



Roj: **STS 4250/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:4250**

Id Cendoj: **28079140012017100820**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **14/11/2017**

Nº de Recurso: **1774/2015**

Nº de Resolución: **873/2017**

Procedimiento: **Auto de aclaración**

Ponente: **SEBASTIAN MORALO GALLEGO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 1774/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Sebastian Moralo Gallego

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Margarita Torres Ruiz

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 873/2017

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Luis Fernando de Castro Fernandez

D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

D^a. Rosa Maria Viroles Piñol

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Sebastian Moralo Gallego

En Madrid, a 14 de noviembre de 2017.

Esta Sala ha visto los recursos de casación para la unificación de doctrina interpuestos por Hoteles Coach, S.A. (Hotel don Carlos), representado y defendido por el letrado D. Javier Fernández-Burgos Ramírez, y por D. Jacinto , representado y defendido por el letrado D. Eduardo Alarcón Alarcón, contra la sentencia dictada el 9 de abril de 2015, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía -Málaga-, en el recurso de suplicación núm. 268/2015 , que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 9 de Málaga, de fecha 2 de octubre de 2014 , recaída en autos núm. 330/2014, seguidos a instancia de D. Jacinto contra las empresas Hoteles Coach, S.L.; 1929 Gestión, S.L.; Expo Grupo, S.A.; Mestre Ferrer Edificios en Renta, S.A.; Step Forward, S.L.; Hotel Princesa Sofía, S.L.; Rodha 500, S.L.; y Agua Diagonal Wellness Center, con citación del Fondo de Garantía Salarial (FOGASA) y del Ministerio Fiscal, sobre despido.

Han sido partes recurridas las mercantiles Aqua Diagonal Wellness Center, S.L.; 1929 Gestión, S.L.U.; Expro Grupo, S.A.; Mestre Ferrer Edificios en Renta, S.A.; STPE Foward, S.L.; Hotel Princesa Sofía, S.L.; y Rodha 5000, S.L., representadas y defendidas por la letrada D.^a María José Agüera Fernández.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Sebastian Moralo Gallego.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 2 de octubre de 2014 el Juzgado de lo Social nº 9 de Málaga dictó sentencia , en la que se declararon probados los siguientes hechos: « **1º.** - D. Jacinto , mayor de edad, ha prestado servicios para la empresa Hoteles Coach SA, en el centro de trabajo hotel Don Carlos Marbella, con una antigüedad

reconocida en nomina de 6-3-79, ostentando la categoría profesional de camarero (grupo IV) con funciones de jefe de rango y percibiendo un salario mensual medio de los últimos 12 meses de 2776,45 € incluida prorrata de pagas extraordinarias.

2º. - Que el actor fue despedido mediante carta de 21-2-14 con efectos del mismo día en la que se alegan causas objetivas económicas y organizativas y se pone a disposición del actor la indemnización de 33.351,34 € y la suma de 1389,60 € por los 15 días de preaviso, que obra a los folios 11 a 15 y se tiene por reproducida.

3º. - Que el actor no ha ostentado durante el último año la condición de representante legal de los trabajadores, y se encuentra afiliado a sindicato CCOO.

4º.- Que el día 1-4-14 tuvo lugar ante el C.M.A.C. el preceptivo acto de conciliación en virtud de demanda presentada el 19-3-14.

5º.- Que el actor ha prestado servicios un periodo de su vida laboral como fijo discontinuo, computándose 10.199 jornadas efectivas.

6º.- La empresa en el mes de febrero de 2014 ha despedido a otros 6 trabajadores por causas objetivas, de ellos uno estaban afiliados a CCOO con descuento de la cuota sindical en nomina y otro Victorio estaba afiliado a CCOO sin descuento en nomina desde julio de 2013 por petición del trabajador.

7º.- La empresa en 2013 no procedió a realizar ningún despido en base a pacto firmado con la representación de los trabajadores el 19-11-12 en el que consta que las partes son conscientes de la difícil situación económica general que afecta tanto a la costa del sol como al Hotel Don Carlos así como la necesidad de buscar soluciones que reduzcan tal situación, vigencia del pacto de enero a diciembre de 2013 (folios 1284 a 1285).

8º.- La empresa desde 2007 ha realizado 46 despidos objetivos en el Hotel Don Carlos, de 19 trabajadores les constaba la afiliación sindical y 27 no afiliados en base al descuento en nomina de la cuota sindical (folio 980).

9º.- La empresa en temporada alta de junio a septiembre de 2014 ha contratado a ayudantes de camarero, en concreto una ayudante de camarera de 19-6-14 a 31-7-14, Abelardo 12-6-14 a 31-7-14 prorrogado a 15-9-14, Casimiro semana santa 17-4-14 a 20-4-14 y de 7-9-14 a 31-10-14, María 4-7-14 a 31-7-14 prorrogado a 15-9-14, otra ayudante de camarera de 1-8-14 a 15-9-14 y otra de 19-6-14 a 31-7-14 prorrogado a 15-9-14 (folios 1576 a 1585).

10º.- La empresa a 1-3-14 contaba con 78 trabajadores, siendo superior la plantilla en temporada alta.

11º.- El 3-3-09 se llevo ante el SERCLA a un acuerdo entre la empresa Hotel Don Carlos y el Comité de empresa, en el que consta que son conscientes de la difícil situación económica de la empresa y la necesidad de adopción de medidas para paliar la crisis, se acuerda que en los dos próximos años se proceda a la novación del contrato de 36 empleados de fijos en fijos discontinuos garantizando un mínimo de alta de 8 meses en la empresa con vigencia de 24 meses de 1-10-9 a 31-12-10 (folios 1271 a 1274), el actor fue incluido en la novación de 2009 pasando a fijo discontinuo durante el periodo pactado.

13º. - (sic) El 1-10-12 se dicto sentencia por el juzgado de lo social nº 6 de Málaga en materia de conflicto colectivo por la que se declara la vigencia del pacto extraestatutario 2008/2009 incluido el artículo 21 del mismo condenando a la empresa a estar y pasar por esta declaración, dicha sentencia fue confirmada por el TSJA (MA) de 9-1-14 y se ha interpuesto contra la misma recurso de casación.

14º.- El 16-2-13 la empresa convoco para le 11-3-13 reunión al objeto de iniciar procedimiento de modificación colectiva de condiciones de trabajo, celebrándose la primera reunión el 11-3-13, incluyéndose uno de los aspectos a modificar el artículo 21 del pacto extraestatutario 2008/2009 señalándose que se pasara a un plus absorbible y no será objeto de incremento alguno.

15º.- EL 20-2-12 por el sindicato CCOO se interpuso denuncia ante la inspección de trabajo por vulneración de libertad sindical, constando oficio de la inspección de 16-4-14 en el que se dice que en relación con la denuncia ante esta inspección contra Hoteles Coach SA por considerar infringido el derecho al ejercicio de la actividad sindical, le comunicamos que se han llevado a cabo las actuaciones habiéndose cumplido el requerimiento que por la premura del reconocimiento del derecho se hizo de forma verbal efectuado a la dirección empresarial (folios 1574 y 1575 a 1577).

16º.- EL 16-5-14 se interpuso denuncia por CCOO ante la inspección de trabajo contra Hoteles Coach SA por incumplimiento de normas laborales (folio 1869 y 1870).

17º. - Se han dictado sentencias en relación a despidos objetivos realizados por Hoteles Coach SA en los años 30-1-09 sentencia del juzgado de lo social nº 3, 27-10-10 sentencia del juzgado de lo social nº 4, octubre

de 2011 sentencia del juzgado de lo social nº 10, 21-11-11 sentencia del juzgado de lo social nº 2 revocada por sentencia del TSJA (MA), 27-9-12 sentencia del juzgado de lo social nº 5, en todas ellas se declara la procedencia de los despidos por causas objetivas realizados por la demandada y se desestima la existencia de grupo de empresas a efectos laborales.

18º.- La empresa Hoteles Coach tiene como objeto social la construcción, ampliación y explotación de hoteles, al adquisición, venta, urbanización, promoción, construcción y explotación de terrenos y la construcción y venta de toda clase de edificaciones y locales dedicados fundamentalmente al turismo. Actualmente su actividad se centra en la explotación del hotel Don Carlos de 5 estrellas.

19º.- Expo grupo SA su actividad principal es la de hostelería y cafetería, explotando hotel de 3 estrellas denominado Expo Valencia, el objeto social es el de promoción, construcción, compra, venta y explotación en régimen de arrendamiento o cualquier otra modalidad de establecimientos hoteleros y de restauración.

20º.- 1929 Gestion SL, tiene como actividad principal servicios administrativos y auxiliares de empresas.

21º.- Mestre Ferrer Edificios en Renta SA, tiene como actividad principal arrendamientos de inmuebles, lavandería, aparcamientos de vehículos, comercio de muebles y equipos de oficina, servicios financieros y contables y comercio de alimentos y bebidas.

22º.- Step Forward SL, la actividad principal es de operaciones sobre inmuebles en general, tanto rústicos como urbanos y su explotación bajo cualquier modalidad jurídica y económica, incluyendo la realización de toda clase de obras de construcción y reforma y transformación por parcelación y urbanización.

23º.- Hotel Princesa Sofia SL, tiene como objeto el desarrollo y explotación de las actividades de hostelería y restauración, así como arrendamiento de locales comerciales y la explotación de aparcamientos y actividades conexas a estas. Es propietaria del Hotel Princesa Sofia en Barcelona, tiene participación mayoritaria en Siempre en forma SL que esta en liquidación y también en Wellness Center SL que explota el centro deportivo del hotel.

24º.- Rodha 500 SL, tiene como objetos social la ingeniería para el diseño y la construcción de instalaciones en inmuebles e industrias, mantenimiento y reparación de instalaciones, compra y distribución de maquinaria y componentes, diseño e instalación de equipos informáticos y de comunicación, compra, distribución de unidades y componentes.

25º.- Aqua Diagonal Wellness Center, tiene como actividad la realización de todo tipo de actividades relacionadas con la gimnasia, cultura física, estética y belleza, comercialización de productos relacionadas con aquellas, prestación de servicios de peluquería de señora y caballero, así como de institutos y salones de belleza.

26º.- Cada una de las sociedades presentan cuentas anuales propias y tiene de alta a su personal, existen relaciones comerciales entre las sociedades y Hoteles Coach que están documentadas con contratos de prestación de servicios siendo estos facturados y abonados entre ellas conforme a precios de mercado.

27º.- Hoteles Coach SL, 1929 Gestion SL, Mestre Ferrer Edificios en Renta SA, Hotel Princesa Sofia SL y Aqua Diagonal Wellness Center constituyen un grupo mercantil que presenta cuentas consolidadas.

28º.- Asunción como firma como empresa en carta de sanción impuesta a un trabajador de Aqua Diagonal el 19-7-13 (folio 1533).

29º.- Asunción es directora del Hotel Don Carlos.

30º.- Que consta acta de inspección de 6-3-09 relativa al trabajador Ramón en la que consta que este esta vinculado al Hotel Julio Cesar Palace SL de Arona y fue desplazado del 8-12-08 a 19-12-08 al Hotel Don Carlos mediante acuerdo entre las partes para realizar trabajos informáticos dado que el que había de realizarlos estaba de baja medica (Folio 1534).

31º.- La empresa Hoteles Coach SL tuvo perdidas en 2008 -3.140.709 €, 2009- 4.386.399,75 €, 2010 -3.87.992,26 €, 2011-2.204.873 €, 2012 -680.685 € y 2013 - 624.337 €.

32º.- En 2014 primer trimestre unas perdidas de 1.687.000 € siendo las del primer trimestre de 2013 de -1.517.000 €.

33º.- En 2013 la plantilla media del hotel fue de 136 trabajadores suponiendo el gasto de personal sobre la cifra de ventas un 36,65%.

34º.- EL importe neto de la cifra de negocio en 2008 fue de 19.658.218 €, 2009 11.897.651 €, 2010 de 12.929.437 €, 2011 de 12.438.838 €, 2012 de 14.863.719 €, 2013 de 14.021.583 €.



35º.- EL 19-3-12 se accedió por la TGSS a un aplazamiento de pago de la deuda con la seguridad social a Hoteles Coach SA

36º.- Por la Agencia Tributaria se accedió al pago fraccionado de 43.952,83 € con fecha 19-4-12.

37º.- La ocupación del hotel tiene importantes variaciones entre temporada alta de (junio a Septiembre) y temporada baja, en 2013 ha variado de un 60 % en junio, 70 % julio, 90 % en agosto, 62 % septiembre, 35 % octubre, 18 % noviembre, un 12 % en diciembre y enero, 15 % febrero, 3 % marzo, 30 % abril y 60 % mayo».

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: «Que estimo la excepción de falta de legitimación pasiva de las empresas y 1929 Gestión SL, Expo grupo SA, Mestre Ferrer Edificios en Renta SA, Step Forward SL y Hotel Princesa Sofia SL y debo de desestimar y desestimo la demanda por despido objetivo formulada por D. Jacinto contra la empresa Hoteles Coach SA y consiguientemente debo calificar y califico el despido objetivo del actor como procedente, absolviendo a la demandada de la demanda de despido formulada de contrario».

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación procesal de D. Jacinto ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía -Málaga-, la cual dictó sentencia en fecha 9 de abril de 2015 , en la que consta el siguiente fallo: «I.- Se estima parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por don Jacinto , y se revoca parcialmente la sentencia del Juzgado de lo Social número nueve de Málaga, de 2 de octubre de 2014 , en el extremo relativo a la absolución de Hoteles Coach, S.A., manteniéndose el resto de los pronunciamientos relativos al resto de las sociedades codemandadas. II.- Se declara improcedente el despido de dicho trabajador. III.- Se condena a Hoteles Coach, S.A., a que, a su opción, readmita a la trabajador en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, con abono de los salarios de tramitación, a razón de noventa y siete euros con treinta céntimos (97,30 €) diarios, desde el 21 de febrero de 2014, hasta la notificación de esta sentencia; o al abono de una indemnización de noventa y un mil cuatrocientos sesenta y cinco euros con cincuenta y dos céntimos (91.465,52 €), importe de la diferencia entre la indemnización debida, de ciento veinticuatro mil ochocientos dieciséis euros con ochenta y seis céntimos (124.816,86), y la puesta a disposición por la empresa, de treinta y tres mil trescientos cincuenta y un euros con treinta y cuatro céntimos (33.351,34 €). IV.- Dicha opción deberá ejercitarse por escrito o comparecencia ante la Secretaria de esta Sala, dentro de los cinco días siguientes a la notificación de esta sentencia, sin esperar a su firmeza, entendiéndose que se opta por la readmisión en el caso de no verificarse aquella. En el caso de optarse por la indemnización, se entenderá producida la extinción del contrato en la fecha de aquel despido. Así mismo, en el caso optarse por la readmisión, el trabajador habrá de reintegrar la indemnización recibida, una vez firme la sentencia; y si se optase por la extinción, se compensará la indemnización reconocida. V.- Dese a la cantidad consignada el destino que corresponda, una vez firme esta sentencia».

TERCERO.- Por la representación procesal de Hoteles Coach, S.A. se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina. Se invoca como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en fecha 16 de septiembre de 2010 (RSU 2659/2010). El recurso se formula al amparo del artículo 224 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , en relación con el artículo 207 del mismo cuerpo legal . Se plantea como cuestión casacional la calificación del error -excusable o inexcusable- derivado de la no inclusión del llamado "plus *ad personam* 4" en el salario regulador para el cálculo de la indemnización.

Por la representación procesal de D. Jacinto se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se funda en los siguientes motivos:

1º.- Se invoca como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social de este Tribunal Supremo, en fecha 17 de febrero de 2014 (RCUD. 444/2013). Se plantea una inicial cuestión relativa a la revisión fáctica de los hechos probados instada en suplicación.

2º.- Se invoca como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social de este Tribunal Supremo, en fecha 8 de noviembre de 2011 (RCUD. 364/2011). Se pretende la nulidad del despido, por no comunicar el mismo al Comité de empresa y a la Sección Sindical, de forma simultánea.

3º.- Se invoca como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en fecha 27 de enero de 2012 (RSU 5308/2011). Se incide en el carácter discriminatorio del despido, según el recurrente, porque el 90 % de los despedidos eran afiliados a CCOO.

4º.- Se invoca como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social de este Tribunal Supremo, en fecha 30 de marzo de 2010 (RCUD. 1068/2009). Este motivo afecta al contenido de la carta de despido respecto de la situación económica negativa de la empresa.



5º.- Se invoca como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social de este Tribunal Supremo, en fecha 23 de enero de 2007 (RCUD. 641/2005). Se concreta en la pretensión de la existencia de grupo de empresas a efectos laborales.

6º.- Se invoca como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en fecha 30 de marzo de 2004 (RSU 57/2004). Se hace referencia al hecho de que, en este caso, se haya pretendido sustituir trabajo estable por eventual.

7º.- Se invoca como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en fecha 30 de marzo de 2004 (RSU 57/2004). Se refiere a la extinción del contrato por amortización por causas económicas.

CUARTO.- Admitidos a trámite los presentes recursos, se dio traslado de los escritos de interposición y de los autos a la representación procesal de las partes recurridas para que formalizaran su impugnación en el plazo de quince días. Evacuado el traslado de impugnación, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que emitió informe en el sentido de estimar improcedentes ambos recursos.

QUINTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 14 de noviembre de 2017, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. - Es objeto del recurso de casación para la unificación de doctrina la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, de 9 de abril de 2015, rec. 268/15 , que con estimación parcial de la suplicación del trabajador, revoca la de instancia en el extremo relativo a la absolución de Hoteles Coach, S.A., manteniendo el resto de los pronunciamientos relativos a las demás sociedades codemandadas que fueron absueltas. Declara improcedente el despido objetivo y condena a Hoteles Coach, S.A. a las consecuencias inherentes.

Contra la anterior sentencia interponen sendos recursos de casación unificadora, el trabajador y la empresa.

2.- Con carácter previo a la resolución de las diferentes cuestiones que plantean los recurrentes, tenemos que dejar constancia de que esta Sala IV ya ha tenido ocasión de pronunciarse en el Auto de 13/9/2016, rcud. 1780/2015, sobre un asunto absolutamente idéntico al presente, en el que la demandada era la misma empresa, y el demandante, otro de los trabajadores del centro de trabajo a los que aplicó el mismo despido objetivo, en iguales circunstancias y por idénticas razones.

La defensa letrada de la empresa y la del trabajador de aquel otro asunto es la misma que en el caso de autos, lo que ha dado lugar a la más absoluta identidad en la redacción de sus respectivos recursos de casación unificadora, hasta el punto de que el del trabajador aporta exactamente las mismas sentencias de contraste para cada de los diferentes motivos, siendo que la empresa invoca una sentencia del mismo Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de la misma fecha y contenido, que la citada de contraste en aquel anterior asunto.

La identidad entre ambos alcanza a las sentencias de instancia y la de suplicación, que coinciden igualmente en sus argumentos y pronunciamientos.

Tan absoluta y total identidad exige que el Tribunal ofrezca una misma y única respuesta en ambos casos, porque no hay razón alguna que pudiese justificar una solución diferente.

3. - Precisamente por esa circunstancia y con esa base, la empresa presentó un escrito en el que insta incidente de nulidad de actuaciones frente al auto de inadmisión dictado en el recurso 1780/2015, con el que acertadamente reclama una misma respuesta judicial en ambos asuntos para evitar la infracción del derecho a la igualdad.

Pero contra lo que en aquel escrito de nulidad se sostiene, el hecho de que en el caso de autos se hubiere dictado Auto de admisión del recurso de casación para la unificación de doctrina, no significa necesariamente que la sentencia que debe resolverlo haya de entrar a conocer del fondo del asunto, puesto que cabe la posibilidad de que dicha sentencia aprecie igualmente la inexistencia de contradicción y desestime por este mismo motivo los recursos de ambas partes.

Y una vez examinado pormenorizadamente todas las circunstancias del presente asunto; el contenido de cada uno de los dos recursos; de las cuestiones que se han planteado en el proceso; y de las sentencias invocadas de contraste; eso es justamente lo que así procede, por cuanto no es de admitir la concurrencia de contradicción en ninguno de los diferentes motivos de uno y otro recurso, siendo que la acertada solución es la ofrecida por aquel Auto de 13 de septiembre de 2016 dictado en el recurso 1780/2015, a cuyos argumentos vamos a atenernos.



Conforme seguidamente razonaremos, la sentencia invocada de contraste en el recurso de la empresa ofrece matices claramente diferenciales, que impiden considerar la existencia de contradicción respecto a la recurrida.

Otro tanto sucede en el recurso del trabajador, en todos y cada uno de los diferentes motivos en los que se divide, y en relación con cada una de las sentencias de contraste que finalmente selecciona para cada uno de ellos.

SEGUNDO . 1. - Las circunstancias del caso, son como siguen.

El demandante ha prestado servicios para la empresa Hoteles Coach SA en el centro de trabajo Hotel Don Carlos Marbella, con una antigüedad de 6/3/1979, ostentando la categoría profesional de camarero (grupo IV). Se encuentra afiliado al sindicato CCOO. En fecha 21/2/2014 fue despedido por causas objetivas, económicas y organizativas. La empresa en el mes de febrero de 2014 ha despedido a otros 6 trabajadores por causas objetivas, de ellos dos estaban afiliados a CCOO.

La sentencia de instancia desestimó la demanda y calificó de procedente el despido por causas objetivas, absolviendo tanto a la empleadora como al resto de las sociedades codemandadas, éstas, por razón de su falta de legitimación pasiva.

Contra la misma, el demandante interpuso recurso de suplicación con la finalidad de que se estimase su demanda, articulando para ello motivo de nulidad, de revisión de hechos probados y de infracción de las normas sustantivas.

La Sala de suplicación efectúa los siguientes pronunciamientos: 1) Se rechaza la pretendida nulidad de actuaciones, porque no se han infringido las normas del procedimiento, ni se le ha ocasionado indefensión. 2) Se acepta el motivo de revisión para incluir en el salario el plus *ad personam*, fijando el salario regulador en 2.971,83 €. 3) Se rechazan el resto de los motivos de revisión fáctica. 4) La conducta empresarial no responde a una reacción por las reclamaciones y acciones ejercitadas por el actor, por lo que no existe vulneración de la garantía de indemnidad. 5) Tampoco se admite la nulidad del despido por no incidir la decisión de la empresa porcentualmente en trabajadores afiliados al sindicato CC OO al que pertenece el demandante. 6) La denuncia de que no se ha oído con carácter previo a la delegada de la sección sindical de CC OO, constituida en la empresa se trata de una cuestión nueva. 7) No existen defectos formales en la carta de despido ni concurren las notas para declarar la existencia de grupo de empresas a efectos laborales. 8) Se estiman acreditadas las causas económicas alegadas para el despido pero no las de naturaleza organizativa. 9) El error en el cálculo de la indemnización es inexcusable. Circunstancias que llevan a declarar la improcedencia del despido, con condena exclusiva de la empresa Hoteles Coach.

TERCERO. 1. - El art 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS) exige para la viabilidad del recurso unificador que concurra la contradicción entre la resolución impugnada y la que se invoca a estos efectos, y en orden a acreditar esta contradicción, se impone el cumplimiento de determinadas exigencias formales.

Así, el art. 224.1.a) LRJS exige que el escrito de interposición del recurso contenga una relación precisa y circunstanciada de la contradicción alegada en los términos de la letra a) del apartado 2 del artículo 221, evidenciando que concurre la sustancial contradicción de sentencias y argumentando sobre la concurrencia de las identidades del artículo 219. Este requisito lo viene exigiendo la Sala IV en numerosas sentencias, las más recientes, de 28 de junio de 2011 (R. 2431/2010), 12 de julio de 2011 (R. 2482/2010), 21 de septiembre de 2011 (R. 3524/2010) y 13 de octubre de 2011 (R. 4019/2010). Según el artículo 225.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social es causa de inadmisión del recurso el incumplimiento de manera manifiesta e insubsanable de los requisitos procesales para interponer el recurso, siendo criterio doctrinal en tal sentido que el incumplimiento de la exigencia prevista en el art. 224.1 a) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social constituye un defecto insubsanable (sentencias, entre otras, de 28 de junio de 2006, R. 793/2005, y 21 de julio de 2009, R. 1926/2008).

2. - Por otra parte, el recurso de casación unificadora es de carácter extraordinario y debe estar fundado en un motivo de infracción de ley o, en su caso, en el quebranto producido en la unificación de la interpretación del derecho. Todo ello, de acuerdo con el artículo 224 1. b) y 224.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, en relación con los apartados a), b), c) y e) del artículo 207 del mismo texto legal. La exigencia de alegar de forma expresa y clara la concreta infracción legal que se denuncia, precisa la Ley Reguladora de la Jurisdicción social, consiste en expresar "separadamente, con la necesaria precisión y claridad, la pertinencia de cada uno de los motivos de casación, en relación con los puntos de contradicción a que se refiere el apartado a) precedente, por el orden señalado en el artículo 207, excepto el apartado d), que no será de aplicación, razonando la pertinencia y fundamentación de cada motivo y el contenido concreto de la infracción



o vulneración cometidas, haciendo mención precisa de las normas sustantivas o procesales infringidas". La Jurisprudencia de esta Sala ya había señalado con insistencia que dicha exigencia «no se cumple con solo indicar los preceptos que se consideran aplicables, sino que además, al estar en juego opciones interpretativas diversas que han dado lugar a los diferentes pronunciamientos judiciales, es requisito ineludible razonar de forma expresa y clara sobre la pertinencia y fundamentación del recurso en relación con la infracción o infracciones que son objeto de denuncia» (sentencias, entre otras, de 7 de octubre de 2011, R. 3528/2010 ; 13 de octubre de 2011, R. 4019/5010 y 13 de diciembre de 2011, R. 4114/2010).

3. - Es obligado, por imperativo del artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , valorar si concurre entre la sentencia recurrida y la que se propone como término de comparación el requisito básico de la contradicción.

Al respecto, la Sala ha reiterado que el artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales" (sentencias, entre otras, de 24 de junio de 2011, R. 3460/2010 , 6 de octubre de 2011, R. 4307/2010 , 27 de diciembre de 2011, R. 4328/2010 y 30 de enero de 2012, R. 4753/2010). Por otra parte, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales (sentencias de 4 de octubre de 2011, R. 3629/2010, 28 de diciembre de 2011, R. 676/2011, 18 de enero de 2012, R. 1622/2011 y 24 de enero de 2012, R. 2094/2011).

CUARTO .- Recurso de Hoteles Coach.

1.- Plantea como cuestión casacional la calificación del error - excusable o inexcusable- derivado de la no inclusión del llamado "plus ad personam 4" en el salario regulador para el cálculo de la indemnización.

La sentencia invocada de contraste, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 16 de septiembre de 2010 (Rec, 2659/2010), que ya hemos dicho que es de idéntico contenido a la dictada en la misma fecha por ese Tribunal en el recurso 3092/2010 que s invocó de contraste en aquel anterior asunto.

Dicha sentencia revoca la de instancia, que había decretado la nulidad de los despidos de los demandantes por defectos formales, concretamente por la existencia de diferencias en la indemnización puesta a disposición de los mismos, declarando la procedencia de los despidos, efectuados por Hotel Princesa Sofía SL.

Las referidas diferencias traen causa de la no inclusión por parte de la empresa del denominado "plus ad personam 04", en relación con el cuál han existido reclamaciones judiciales diversas, dos de ellas en procedimiento de conflicto colectivo al objeto de determinar, en función de la antigüedad en la empresa y la vigencia temporal de un pacto extra estatutario, a quiénes corresponde el percibo. En el primer conflicto colectivo se declaró el derecho al percibo del plus litigioso, establecido por pacto de 8/10/2004, a todos los trabajadores con antigüedad posterior a esa fecha y no incluidos en las previsiones de los artículos 1.3 y 2.1 a) del ET . A raíz del nuevo pacto extra estatutario de 2/2/2006 se reprodujo el conflicto colectivo, dictándose sentencia declarando el derecho al percibo del plus a todos los trabajadores con antigüedad posterior a 8/10/2004 y que se hubieran adherido a dicho pacto, confirmada por la del TSJ de 8/7/2008. El despido objetivo de los actores se notifica el 6/11/08, con efectos de 6/12/08, constando en la exposición fáctica de la sentencia que existió un período de consultas con el comité de empresa, que aceptó la existencia de causas objetivas para la extinción de contratos, y que se ha autorizado la suspensión de 229 contratos por causas objetivas. Al tiempo de producirse la notificación de los despidos, los actores habían planteado demandas de reclamación de cantidad para que se les abonase el plus *ad personam* 2004, siendo suspendidos los tres procedimientos a la espera de que se resolviera sobre la admisión o no del recurso de casación planteado por la empresa, constando que el TS dictó Auto de inadmisión el 8/7/2009 . Circunstancias que llevan a calificar el error de excusable.

2.- Son evidentes las semejanzas entre las sentencias comparadas pues en ambos casos se debate la calificación del error sufrido por la empresa en la puesta a disposición de la indemnización por despido objetivo, consecuencia de no incluir en el salario regulador un plus *ad personam* , habiendo existido sentencias previas dictadas en conflicto colectivo relativas al abono del citado plus. Ahora bien, las pretensiones y contenido de las sentencias de conflicto colectivo, son diferentes lo que influye en el análisis de la ejecutividad



de las mismas. Por otra parte ambas sostienen que la sentencia dictada en el proceso colectivo es ejecutiva desde que se dicta.

3.- Ahora bien, en la sentencia recurrida, consta que el plus personal reconocido a los trabajadores del Hotel Don Carlos, se trata de un plus, no absorbible ni compensable, que estaba previsto en un Acuerdo Extraestatutario en el que se regulaba diversas condiciones contractuales, con una vigencia limitada a tan sólo dos años (2008-2009), pero que contenía una disposición que garantizaba su vigencia, tanto en el contenido normativo como en el obligacional, hasta tanto no fuese sustituido por otro. Denunciado dicho acuerdo por la empresa, ésta dejó de abonar el referido plus, aun cuando siguió aplicando el resto de su contenido. Ante ello, la organización sindical del sector promovió un conflicto colectivo en orden al reconocimiento de la vigencia de aquel acuerdo en lo relativo al referido plus, obteniendo una sentencia favorable en la instancia, el 1/10/2012, pronunciamiento confirmado por el TSJ de Andalucía, en sentencia de 9/1/2014, que fue recurrida en casación para la unificación de doctrina, recurso inadmitido por auto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 13/11/2014. Se valora que la empresa inició unos meses después de la 1ª sentencia, en febrero de 2013, un procedimiento para la modificación de las condiciones de trabajo, entre las que se encontraba la modificación del repetido plus, con propuesta de que se transformase en una percepción absorbible y no incrementable.

La sentencia impugnada resuelve en base a la naturaleza ejecutiva de la sentencia de conflicto colectivo desde el momento en el que se dicte. Sostiene que se trata de un pacto colectivo vinculante, por lo que no puede ignorarse el mismo, que además ha sido parcialmente aplicado por la empresa, y está injustificadamente reducido en virtud de una absorción o compensación contraria a las propias previsiones de dicho acuerdo, concluyendo que dicho plus debe integrarse en el salario regulador. Estas circunstancias, unidas a que la diferencia entre lo consignado y lo debido es importante - 34.996,44 euros a 40.259,52 euros, llevan a calificar de inexcusable el error.

Sin embargo, en la de contraste, las sentencias de conflicto colectivo tienen por finalidad determinar, en función de la antigüedad en la empresa y la vigencia temporal de un pacto extra estatutario, a quiénes corresponde el percibo del controvertido plus. La sentencia sostiene que la sentencia colectiva se limita a realizar una declaración general, al declarar el derecho de los trabajadores con una determinada antigüedad y adheridos al pacto, que luego necesita concretarse con los elementos de hecho singulares. Y, si hay discrepancia sobre ellos, se abrirán los procesos individuales, en los que, al estar condicionados por la sentencia colectiva, ya sólo se examinarán los hechos y su inclusión en la regla general contenida en aquélla. Pues bien, consta un dato de insoslayable relevancia jurídica cual es que al tiempo de producirse la notificación de los despidos, los actores habían planteado demandas de reclamación de cantidad para que se les abonase el plus *ad personam* 2004, siendo suspendidos los tres procedimientos individuales a la espera de que se resolviera sobre la admisión o no del recurso de casación planteado por la empresa, Esto es, la sentencia de conflicto colectivo no era firme al tiempo de producirse el despido, sino que se encontraba pendiente de admisión o no el recurso de casación ante el TS. La sala de duplicación considera que se trata de una partida controvertida en cuanto a su procedencia.

4. - En sus alegaciones, la recurrente insiste en su pretensión y en la contradicción alegadas, intentando relativizar las diferencias expuestas y que justifican, a juicio de esta Sala, la falta del presupuesto legal de contradicción.

QUINTO.- Recurso del trabajador.

1.- El recurso del trabajador se plantea de una forma un tanto confusa, planteando tanto cuestiones de revisión fáctica como de denuncia jurídica, seleccionando diversas sentencias de contraste, que finalmente son determinadas en el escrito de 14/9//2015.

Antes de analizar la posible contradicción entre las sentencias, se pone de relieve que en el presente recurso no se cumplen los requisitos formales exigidos por la LRJS. Así, no se efectúa la relación precisa y circunstanciada de la contradicción pues no existe la debida comparación entre hechos, fundamentos y pretensiones, limitándose en la mayoría de los motivos a indicar una breve referencia el fallo de la sentencia de contraste pero sin examen comparativo alguno entre hechos, fundamentos y pretensiones.

Por otra parte la fundamentación de la infracción que se denuncia tampoco se realiza dado que el recurrente si bien cita los diversos preceptos que considera vulnerados no justifica en que consiste ni indica la razón por la que tal vulneración se produce.

Entrando en el análisis de la contradicción, es de resaltar que en el recurso se plantean diversas materias pero sin numerar, por lo que para una mejor comprensión se va a proceder a numerar las mismas.

1.- Motivo primero: Revisión de hechos.



Se plantea una inicial cuestión relativa a la revisión fáctica instada en suplicación, denunciando que alguna de ellas fueron rechazadas a pesar de apoyarse en documento hábil, por lo que es dable incluir como hechos probados aquellos que fueron rechazados por intrascendentes como posibilita esta Sala IV en las diversas sentencias que cita, concluyendo que el no acceso a la modificación fáctica provoca indefensión y es contrario a la tutela judicial efectiva.

Este motivo debe rechazarse de plano, pese a las alegaciones efectuadas en trámite de inadmisión, puesto que en realidad, el recurrente muestra su disconformidad de forma genérica, sin denuncia de preceptos infringidos, sin concretar la cuestión procesal concerniente a las revisiones fácticas, y sin señalar sentencia de contraste. En el escrito de selección se dice "se viene a seleccionar la sentencia más moderna de las señaladas" pero en formalización ninguna sentencia se invoca.

La Sala ha señalado con reiteración que la finalidad institucional del recurso de casación para la unificación de doctrina determina que no sea posible en este excepcional recurso revisar los hechos probados de la sentencia recurrida ni abordar cuestiones relativas a la valoración de la prueba pues es claro que el error de hecho no puede fundar un recurso de casación para la unificación de doctrina, y ello tanto si la revisión se intenta por la vía directa de la denuncia de un error de hecho como si de forma indirecta [SSTS 15/10/10 (R. 1820/2009), 31/01/11 (R. 855/2009), 18/07/11 (R. 2049/2010), 05/12/11 (R. 905/2011)], Por otra parte, la finalidad de este recurso es «evitar una disparidad de criterios susceptibles de producir un quebranto en la unificación de la interpretación del derecho y en la formación de la jurisprudencia; quebranto que no se produce cuando el órgano judicial parte de una distinta apreciación de los hechos, que -acertada o no- no puede corregirse a través de este recurso» [SSTS de 12/03/2013 (R. 1531/2012), 02/07/2013 (R. 2057/2012), 17/09/2013 (R. 2212/12)].

2.- Motivo segundo: Nulidad del despido por no comunicar el mismo al Comité de empresa, de forma simultánea.

Se propone como sentencia de contraste la dictada por esta Sala IV de 8 de noviembre de 2011 (rec. 364/11). En dicha resolución se suscita si la omisión de la entrega de la copia de la carta de despido objetivo por la causa del apartado c) del artículo 52 ET a la representación de los trabajadores constituye una infracción que deba determinar la nulidad del despido. La sentencia dio una respuesta afirmativa, al declarar nulo el despido del actor pues no consta acreditado que la empleadora hiciera entrega de una copia de la comunicación extintiva a los representantes de los trabajadores. La Sala llega a la conclusión que entre las formalidades del despido objetivo debe incluirse la entrega de la copia de la carta de despido a los representantes de los trabajadores, y ello porque la omisión de esta exigencia no es un mero incumplimiento de un deber de información cuya represión se agote en una sanción administrativa. La información a los representantes de los trabajadores sobre los despidos objetivos económicos se considera una pieza esencial del sistema legal de control de la distinción institucional entre el despido colectivo y el objetivo y que permite a los representantes de los trabajadores ponderar la situación en orden al control de los límites cuantitativos entre el despido individual y el despido colectivo.

La contradicción entre las sentencias comparadas es inexistente pues son diferentes los supuestos de hecho, los extremos acreditados en orden al cumplimiento del requisito analizado y el alcance de los debates. Así, en el caso de autos, el demandante pretendió la inclusión en suplicación del siguiente hecho: " *No constando que de forma simultánea al despido se haya dado traslado del mismo, ni al Comité de Empresa, ni a la sección sindical de CC.OO en la empresa*". (FD 4º) Y que no es admitido pues no cabe incluir hechos negativos como el propuesto. Además, se trata de una cuestión nueva, no planteada con anterioridad lo que impide entrar a conocer de dicha cuestión en suplicación. Y si bien en la demanda se afirma que «no se ha dado cumplimiento a los requisitos legales y formales que exige tanto la doctrina como la jurisprudencia», resulta que ello va referido a la específica agrupación empresarial que el trabajador sostiene que existe entre las sociedades codemandadas, al afirmarse seguidamente que ese incumplimiento lo ha sido «al tratarse de un grupo de empresas, ...» sin que en el resto del escrito inicial del proceso se haga mención alguna a esa falta de comunicación a la representación de los trabajadores o sindical. En conclusión, la sentencia de suplicación, no entra a conocer de la cuestión ahora suscitada pues la misma no fue planteada en la instancia puesto que en la demanda aunque se alega el incumplimiento de requisitos formales, no existe ningún hecho que, de manera clara y concreta, pusiese de manifiesto la omisión del requisito analizado.

Sin embargo en la sentencia de contradicción el debate gira precisamente sobre si entre las formalidades del despido, debe incluirse la entrega de la copia a los representantes los trabajadores. Además, consta que la empresa no había comunicado la extinción del contrato de trabajo a los representantes de los trabajadores y el debate se centra precisamente sobre dicha cuestión.



Es sabido que para que pueda ser apreciada la identidad, es necesario que además de haberse propuesto en las dos sentencias como tema de decisión la misma cuestión, los debates sean homogéneos, la decisión se sustente en la estimación o desestimación de dicha cuestión y que aquéllas lleguen a soluciones diferentes. Por tanto es preciso que el núcleo de la argumentación o la « *ratio decidendi* » de las sentencias sea el mismo, de modo que no existe contradicción entre una sentencia que decide sobre la cuestión casacional y otra que no lo hace. Y esto es lo ahora acontecido, puesto que una de las sentencias resuelve el recurso, sin entrar a analizar la cuestión de fondo relativa a falta de entrega de la carta de despido a los representantes de los trabajadores, mientras que en la otra es el centro de la argumentación y la razón de decidir.

3.- Tercer motivo: nulidad del despido por no comunicar el mismo a la sección sindical de CCOO.

En el escrito de formalización se plantea en un único motivo la pretensión de nulidad del despido por no comunicación de forma simultánea al despido a los representantes de los trabajadores, introduciendo en el cuerpo del mismo, la referencia a la falta de notificación a la sección sindical, con alegación de una única sentencia - Sala IV de 8 de noviembre de 2011 (rec . 364/11)-.

En el escrito de selección de sentencias, divide las dos cuestiones, seleccionando una sentencia para cada una de ellas. Para la falta de comunicación a la sección sindical de CCOO selecciona la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 2001 (rec 3024/2000) . Esta sentencia no es idónea para el juicio de contradicción pues no fue invocada en el escrito de formalización ni en el de preparación.

De acuerdo con lo que disponen los artículos 221.4 y 224.3 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social la parte recurrente debe identificar en preparación la sentencia o sentencias que considera contradictorias con la recurrida, sin que puedan ser válidamente invocadas en el escrito de interposición las sentencias que no hayan cumplido previamente dicho requisito. Así lo establece la doctrina reiterada de esta Sala, por todas STS 18/12/2014- R. 2810/2012), STS 17/06/2013 (R. 2829/2012) y las que en ella se citan, así como AATS 26/09/2013 (R. 658/2013), 12/09/2013 (R. 717/2013), y 30/05/2013 (R. 1797/2012), según la cual "las únicas sentencias que sirven para acreditar la contradicción son las previamente citadas en el escrito de preparación, careciendo de idoneidad para actuar como sentencias de contraste las resoluciones que no hayan sido mencionadas en el referido escrito".

4.- Cuarto motivo : Nulidad del despido por cuanto el 90% de los despedidos son trabajadores afiliados a CCOO .

La parte recurrente sostiene que la sentencia impugnada no accede a la modificación del relato fáctico y que consta en la grabación del juicio que el 90% de los despedidos pertenece a CCOO.

La contradicción entre las sentencias comparadas es inexistente al ser diferentes los extremos acreditados en relación con la pretendida discriminación. En efecto, el caso de autos, la parte recurrente pretendió la modificación del HP 8º (FD 5º) para hacer constar determinados datos numéricos relativos a la plantilla de la empresa, los afiliados a CCOO y los despedidos de ese sindicato en los años 2009 a 2012 y que no es admitido porque el documento en que se apoya no es un documento hábil para justificar la revisión, al tratarse de un informe de los delegados de CCOO. Añade que no sería suficiente para acreditar la «animadversión» de la dirección de la empresa hacia los trabajadores afiliados a CCOO pues no consta el conocimiento que la empresa pudiera tener de esa afiliación. En todo caso, y en denuncia jurídica (FD 14), se parte de la afiliación del demandante al sindicato CCOO. Consta que la empresa desde 2007 ha realizado 46 despedidos objetivos en el Hotel Don Carlos, de 19 trabajadores les constaba la afiliación sindical y 27 no afiliados, en base al descuento en nómina de la cuota sindical. Se valora que desde el año 2007 se han sucedido diversos acuerdos de indudable relevancia en las condiciones de trabajo, como lo son los alcanzados en 2007, 2009 y 2012 (hechos probados séptimo, décimo primero y décimo tercero), que siempre han contado con la conformidad de aquella representación unitaria, en la que tiene mayoría el sindicato CCOO lo que se estima da a la decisión rasgos de objetividad.

Sin embargo, en la sentencia de contraste, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 27 de enero de 2012 (Rec 5308/12) otros son los hechos tomados en consideración para declarar la nulidad del despido de julio de 2009, por vulneración de la libertad sindical de dos trabajadores afiliados a un sindicato - CGT - a los que la empresa les había comunicado la extinción de la relación laboral en aplicación de un ERE aprobado por la Autoridad Administrativa. En fecha 28-7-09 había un total de 168 trabajadores de la empresa afiliados al sindicato CGT, de los cuales 111 resultaron afectados por el ERE. Consta que en fecha 9-7-09 el sindicato CGT había entregado a la demandada un listado de trabajadores de la empresa afiliados a dicho sindicato, en el que se incluía a los actores, y que estos habían sido incluidos como candidatos por dicho sindicato en el listado de las elecciones sindicales correspondiente al año 2007. La sentencia considera estos datos indicios suficientes para la inversión de la carga de la prueba, a lo que se une la evidente desproporción existente entre

las personas afectadas por el ERE afiliadas a la CGT. Invertida la carga de la prueba ni la empresa ni de los hechos de la sentencia se desprende, prueba alguna que justificara tal forma de actuar.

5.- Quinto motivo: Improcedencia del despido en relación con el contenido de la carta de despido.

En el escrito de formalización se plantea en un único motivo la improcedencia del despido por tratarse de un grupo de empresa y por no aportación de la contabilidad del grupo y no hacerse en la carta de despido referencia alguna a las circunstancias económicas del grupo. Argumenta primero sobre el contenido de la carta de despido, con invocación de la sentencia de Sala Cuarta del TS de 30 de marzo de 2010 (Rec 1068/2009) y luego sobre la existencia de grupo de empresas, citando diversas sentencias. En el escrito de selección de sentencias, plantea dos motivos independientes.

Para el contenido de la carta de despido, invoca de contraste la sentencia de Sala Cuarta del TS de 30 de marzo de 2010 (Rec 1068/2009) que analiza un supuesto de despido objetivo por necesidades de la empresa en el que la comunicación extintiva se basaba -sin más- en la «reestructuración de plantilla» e iba acompañada del reconocimiento de la improcedencia y de la puesta a disposición de la indemnización legal de 45 días. Lo que se cuestiona en el caso es si una escueta referencia al tipo de causa de despido objetivo por necesidades de la empresa integra el requisito del art. 53.1.a) ET La Sala IV sostiene que « *El significado de la palabra "causa" en el contexto de la regulación de las causas del despido objetivo por necesidades de la empresa se refiere normalmente no al tipo genérico de causa de despido (por ejemplo, la reestructuración de la plantilla, el cambio en los productos o en los procesos de producción) o a la causa remota que genera las dificultades o situaciones negativas de la empresa en la que se produce el despido (por ejemplo, la crisis económica o las nuevas tecnologías) sino precisamente, como dice repetidamente el art. 51 ET , a las concretas dificultades o situaciones económicas negativas de la empresa alegadas por el empresario para justificar su decisión extintiva. Son estas dificultades o situaciones económicas negativas las que constituyen, en terminología del art. 51 ET [al que, como ya se ha dicho, remite este aspecto de la regulación el art. 52 c) ET sobre el despido objetivo] las "causas motivadoras" (art. 51.3 ET , art. 51.4 ET art. 51.12 ET) que pueden justificar el acto de despido ...* ". Dado que estas exigencias formales no se han cumplido se declara la nulidad.

La contradicción entre las sentencias comparadas es inexistente al ser diferentes los supuestos de hecho y el alcance de los debates puesto que los "defectos" o incumplimientos formales denunciados no son los mismos. En efecto, en la sentencia recurrida la denuncia de defecto en la formalidad de la carta se refiere a la falta de información relativa al resto de las empresas que entiende forman un grupo a efectos laborales. Se denuncia que «no se ha dado cumplimiento a los requisitos legales y formales que exige tanto la doctrina como jurisprudencia, al tratarse de un grupo de empresas, sin que se haya expuesto la contabilidad del grupo, no se han aportado las cuentas consolidadas del grupo» (hecho segundo de la demanda, folio 2). La sentencia de instancia, además de expresar que se han cumplido los requisitos del artículo 53 del ET (fundamento de derecho cuarto, párrafo último), afirma en cuanto a la concurrencia del grupo, que no se dan los requisitos determinantes de que se establezca la responsabilidad solidaria de todos sus integrantes. Esta decisión es ratificada en suplicación lo que lleva a declarar que aunque la carta limite la información proporcionada al trabajador a tan sólo el resultado económico de Hoteles Coach, S.A., no supone la vulneración denunciada. Sin embargo, en la sentencia de contraste, lo que se cuestiona es el alcance de la expresión "causa" como justificadora del despido, declarando al efecto que no basta con una mención del tipo genérico de la causa o de la causa remota, siendo preciso señalar las causas motivadoras concretas.

6.- Motivo sexto: Existencia de grupo de empresas a efectos laborales.

Invoca de contraste la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2007 (Rec 641/05) que no es contradictoria con la recurrida al ser diferentes los supuestos de hecho, en particular las notas exigidas por la jurisprudencia para la responsabilidad solidaria, a lo que se añade que los debates no son coincidentes.

En efecto, en la de contraste, se parte de la existencia de grupo de empresas a efectos laborales que constituye un único empleador para las demandantes, teniendo en cuenta que éstas prestan servicios "indistintamente" para las dos sociedades con el mismo objeto social e idéntica organización productiva, con la consiguiente responsabilidad solidaria. Y lo que se discute es si es preciso que las causas alegadas, de carácter económico y productivo, concurren en todas las empresas del grupo, concluyendo que es precisa la acreditación de las pérdidas económicas alegadas respecto de las distintas sociedades integrantes del grupo.

Sin embargo, en la sentencia recurrida precisamente lo que se debate es si se dan los elementos adicionales precisos para que se produzca el efecto solidario en la responsabilidad del despido en todas las empresas pertenecientes al grupo mercantil. En el caso únicamente se constata que las codemandadas presentan cuentas consolidadas y que forman un grupo mercantil pero del relato de hechos probados no se desprende ni la unidad de caja, ni la confusión patrimonial ni la prestación indistinta de trabajo, lo que lleva a rechazar la existencia de grupo a efectos laborales.



7.- Motivo séptimo: Improcedencia del despido por fraude de ley al despedir a los actores y ser sustituidos por contrataciones temporales.

Y, finalmente, respecto a la sustitución de trabajo estable por eventual, se propone como sentencia de contraste la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 30 de marzo de 2004 (rec. 57/2004) que resuelve el recurso de suplicación deducido por la demandada frente a la sentencia que estimó la demanda por despido objetivo. Pero se trata de una sentencia que carece de hechos probados.

Y como esta Sala tiene declarado en la sentencia de 21 de marzo de 2002 (rec. 1525/01): " en tales circunstancias esta Sala carece de elementos fácticos para decidir si hay contradicción entre las sentencias en cuanto exigencia necesaria para resolverla (...).Sobre inidoneidad de las sentencias que carecen de hechos probados para fundar en ellas la contradicción: Auto 14 - 10-1991 (Rec.-1169/1991) - No se puede apreciar la contradicción porque en la sentencia " *no hay constancia de cuáles fueron los hechos enjuiciados, puesto que ni siquiera aparecen en ella los que tuvo en cuenta el Juez " a quo", que la de suplicación se limita a dar por reproducidos, y en consecuencia, no hay términos hábiles para intentar siquiera la necesaria comparación*". STS 17-1-1992 (Rec.-1416/1991) " Como es obvio, el limitado ámbito enjuiciador del recurso unificador de referencia exige, como presupuesto básico, la posibilidad real de una efectiva comparación de las sentencias en contraste mediante una adecuada ponderación de sus respectivos sustratos fácticos y jurídicos. *Si esto último no resulta factible, por cuanto los elementos aportados por la sentencia - o sentencias - propuesta como término de comparación de la recurrida son tan exiguos que no permiten advertir la identidad sustancial que se sitúa en la base del recurso planteado, deviene claro que no cabe viabilizar el mismo por falta de un presupuesto esencial para ello* ". "

En todo caso y atendiendo a la fundamentación jurídica es posible deducir algún dato fáctico en el que se sustenta la infracción en derecho, por lo que se procederá a verificar el juicio de contradicción con la misma. Así, se rechaza la concurrencia de las causas objetivas que justifican el despido, porque sin desconocer la acreditada situación económica negativa, no se justificó sin embargo la necesidad de amortizar el puesto de trabajo del actor –middle manager en la Dirección de desarrollo del negocio– por concurrir una nueva contratación temporal. Y esta situación ninguna semejanza presenta con la del caso de autos pues no prospero la revisión del relato fáctico y por tanto no queda constancia de la existencia de nuevas contrataciones. Por otra parte, en denuncia jurídica no se plantea la improcedencia del despido por sustitución de empleo estable por temporal. El actor sostiene en suplicación que no se han acreditado las causas económicas alegadas puesto que la empresa "no ofertó al trabajador ninguna otra alternativa que no fuese la de la extinción el contrato y que ésta ha venido utilizando el mismo argumento económico del que se ha servido tanto en decisiones anteriores como en los acuerdos alcanzados con la representación de los trabajadores, lo que pondría de manifiesto que la medida adoptada no sería ni adecuada, ni proporcional,...".

Las precedentes consideraciones no quedan desvirtuadas en modo alguno por lo que alega la parte en su escrito , del que no se desprenden elementos que permitan habilitar la concurrencia de contradicción respecto a ninguno de los diferentes motivos del recurso.

Por lo demás, esta Sala tiene dicho que la identidad precisa para apreciar la contradicción que da acceso a la casación unificadora no es absoluta, ahora bien también mantiene esta misma jurisprudencia que dicha identidad ha de ser suficiente y tal condición no se cumple en este caso por las razones expuestas.

SEXTO.- De conformidad con lo establecido en los artículos 219 y 225 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y con lo informado por el Ministerio Fiscal, la inexistencia de contradicción es causa de inadmisión de ambos recursos, que en esta fase del procedimiento se convierte en motivo de su desestimación.

En aplicación de lo dispuesto en el artículo 235.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , se imponen las costas a la empresa recurrente y se acuerda la pérdida del depósito constituido, dándose a la consignación efectuada el destino legal. Y sin imposición de costas al trabajador por tener reconocido el beneficio de justicia gratuita.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido desestimar los recursos de casación para la unificación de doctrina interpuestos por el Letrado D. Javier Fernández-Burgos Ramírez, en nombre y representación de Hoteles Coach, S.A. (Hotel Don Carlos), y por el Letrado D. Eduardo Alarcón Alarcón en nombre y representación de D. Jacinto contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Málaga de fecha 9 de abril de 2015, en el recurso de suplicación número 268/15 , interpuesto por D. Jacinto , frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 9 de los de Málaga de fecha 2 de octubre de 2014 , en el procedimiento nº



330/14 seguido a instancia de D. Jacinto , contra Hoteles Coach, S.L.; 1929 Gestión, S.L.; Expo Grupo, S.A.; Mestre Ferrer Edificios en Renta, S.A.; Step Forward, S.L.; Hotel Princesa Sofía, S.L.; Rodha 500, S.L.; y Agua Diagonal Wellness Center, sobre despido.

Se declara la firmeza de la sentencia recurrida, con imposición de costas a la empresa recurrente y pérdida del depósito constituido, dándose a la consignación efectuada el destino legal; y sin imposición de costas al trabajador.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Sebastian Moralo Gallego hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ