



Roj: **STS 2601/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:2601**

Id Cendoj: **28079149912018100014**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **20/06/2018**

Nº de Recurso: **168/2017**

Nº de Resolución: **656/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **LUIS FERNANDO DE CASTRO FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AND 1204/2016,**
STS 2601/2018

CASACION núm.: **168/2017**

Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Fernando de Castro Fernandez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Escudero Cinca

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

PLENO

Sentencia núm. 656/2018

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jesus Gullon Rodriguez, presidente

Dª. Maria Milagros Calvo Ibarlucea

D. Luis Fernando de Castro Fernandez

Dª. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

Dª. Rosa Maria Viroles Piñol

Dª. Maria Lourdes Arastey Sahun

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Angel Blasco Pellicer

D. Sebastian Moralo Gallego

Dª. Maria Luz Garcia Paredes

En Madrid, a 20 de junio de 2018.

Esta Sala ha visto los recursos de casación formalizados por las representaciones procesales de Foisa Mediterráneo, S.A. y la Comisión Representativa de los Trabajadores en el ERE de Foisa Mediterráneo, S.A, contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla, en fecha 23 de febrero de 2016 [autos 20/2015], en actuaciones seguidas por la representación procesal de Dª Angelica , Dª. Guadalupe , D. Adriano y D. Edemiro , como miembros de la Comisión Representativa de los Trabajadores, contra Foisa Mediterráneo, S.A. Y Sistegas, S.L.; sobre despido colectivo.



Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Luis Fernando de Castro Fernandez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Por el Letrado Sr. Jiménez Almagro, actuando en representación de D^a. Angelica , D^a. Guadalupe , D. Adriano y D. Edemiro , se formuló demanda ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, sobre impugnación de despido colectivo, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaron de aplicación, terminaba suplicando se dicte sentencia por la que: «con estimación de la demanda se declare la NULIDAD del despido o, subsidiariamente, se declare que el mismo NO ES AJUSTADO A DERECHO condenando a FOISA MEDITERRANEO S.A. y SISTEGAS, S.L. a estar y pasar por dicha declaración, con las consecuencias legales previstas».

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se celebró el acto del juicio, en el que se practicaron las pruebas que fueron admitidas, con el resultado que aparece recogido en el acta levantada al efecto.

TERCERO.- Con fecha 23 de febrero de 2016, se dictó sentencia por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía , cuya parte dispositiva dice: «Que estimamos la demanda formulada por D^a. Angelica , D^a. Guadalupe , D. Adriano y D. Edemiro , como miembros de la Comisión Representativa de los Trabajadores, contra FOISA MEDITERRANEO, S.A. y SISTEGAS, S.L., declarando el despido colectivo no ajustado a derecho y la existencia de grupo de empresas a efectos laborales entre las demandadas».

CUARTO .- En la anterior sentencia se declararon probados los siguientes hechos: « PRIMERO: El 28 de septiembre de 2015, la empresa demandada le comunicó a la representación de los trabajadores su intención de adoptar la medida de despido colectivo. La empresa encargó verbalmente a D. Martin que la representara en todo el trámite legal.- SEGUNDO: El 7 de octubre de 2015, se celebró la primera reunión del periodo de consultas, entregando la empresa la siguiente documentación a los representantes de los trabajadores: el balance y la cuenta de pérdidas y ganancias presentada en el Registro Mercantil, correspondiente a los ejercicios 2012, 2013 y 2014, así como el balance y la cuenta de pérdidas y ganancias a 22 de septiembre de 2015; un documento elaborado por la empresa relativo a que no tenía obligación de presentar auditoría: el estado de cambios en el patrimonio neto de los ejercicios 2013 y 2014; la memoria justificativa de las causas; los criterios de selección de los trabajadores afectados; el número y la clasificación profesional de los trabajadores afectados, así como de los trabajadores empleados habitualmente en el último año. En esta reunión, se acordó celebrar otra el 16 de octubre de 2015 y, tras ésta, tendrían lugar, reuniones sucesivas, cada tres días, hasta finalizar el período de consultas. La representación de los trabajadores solicitó la aportación por la empresa de la siguiente documentación: la escritura donde se acrediten los poderes del administrador de la empresa; el calendario de las vacaciones pendientes del año 2015 de los trabajadores afectados; las declaraciones trimestrales del IVA de enero de 2014 a septiembre de 2015; el saldo entre empresas del grupo, tanto acreedor, como deudor y, las cuentas anuales de todas las delegaciones de la empresa que tengan trabajo en España en los últimos dos años.- TERCERO: El 7 de octubre de 2015, se le comunicó a la Autoridad Laboral la apertura del periodo de consultas en relación con el procedimiento de despido colectivo que se estaba llevando a cabo en la empresa demandada, por causas económicas.- CUARTO. El 16 de octubre de 2015, se celebró la última reunión del periodo de consultas, acordando las partes, de forma conjunta, dar por finalizado el periodo de consultas sin acuerdo. La empresa entregó a la representación de los trabajadores las declaraciones trimestrales del IVA de enero de 2014 a septiembre de 2015.- QUINTO: El 20 de octubre de 2015, la representación de la empresa le comunicó a la Autoridad Laboral, la finalización del periodo de consultas sin acuerdo, la decisión de despedir a los 21 trabajadores de la plantilla; aportando las actas de las dos reuniones del periodo de consultas; la comunicación de la decisión empresarial a efectos del desempleo; y, la nueva lista de trabajadores afectados, ya que, en un principio, el despido colectivo iba a afectar sólo a 18 de los 21 trabajadores de la empresa.- SEXTO: La Inspección de Trabajo y Seguridad Social emitió el correspondiente informe.- SÉPTIMO: Según las cuentas de pérdidas y ganancias depositadas en el Registro Mercantil, los resultados de la empresa FOISA MEDITERRANEO S.A., en el ejercicio 2012 ascendieron, después de deducir los impuestos, a 24.272,90 euros; en el 2013, a 13.452,02 euros; en 2014, a 12.266,39 euros; y al 22 de septiembre de 2015, a un resultado negativo de 588.180,77 euros.- OCTAVO: El volumen de facturación de la empresa FOISA MEDITERRANEO S.A. ascendió en el ejercicio 2013 a 2.812.295,78 euros; en el 2014, a 3.915,409,79 euros; en el primer trimestre de 2015, a 1.115 891,43 euros, -lo que supone 200.428,64 euros menos que en el primer trimestre de 2014-; en el segundo trimestre de 2015, a 940.767,18 euros, -lo que supone 175.124,25 euros menos que en el segundo trimestre de 2014-; y, en el tercer trimestre de 2015, a 931.323,08 euros, -lo que supone 9.444,10 euros menos que en el tercer trimestre de 2014-. NOVENO: FOISA MEDITERRANEO S.A. fue constituida mediante escritura pública de 25 de marzo de 2004, con el siguiente objeto social: la canalización de todo tipo de conducciones y la comercialización de todo tipo de materiales relacionados con esta actividad y, la ejecución de instalaciones de gas, instalaciones térmicas en edificios, mantenimiento de instalaciones térmicas y de climatización de



todo tipo de materiales relacionados con estas actividades; y b) la compraventa de fincas rústicas y urbanas, su promoción, construcción, administración y arrendamiento no financiero. Su domicilio social se encuentra en el Polígono PAGUSA, calle Sabueso, número 31 de Sevilla. Son administradores solidarios de la entidad D. Abel y D. Eloy y, apoderada D^a. Florencia .- DÉCIMO: Por el Auto firme del Juzgado de lo Mercantil número 1 de los de Sevilla de 4 de diciembre de 2015 , se declaró el concurso voluntario de FOISA MEDITERRÁNEO S.A. así como la intervención de las facultades del órgano de administración. Previamente, por Decreto del Juzgado de lo Mercantil de 6 de octubre de 2015, se tuvo por comunicado por la empresa indicada que había iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación, conforme al artículo 5 bis de la Ley Concursal .- UNDÉCIMO: El 31 de enero de 2016, FOISA MEDITERRÁNEO S.A. causó baja en el censo de empresarios, profesionales y retenedores.- DUODÉCIMO: SISTEGAS, S.L. fue constituida el 19 de abril de 2001, con domicilio social en el Polígono PAGUSA, calle Sabueso, número 31 de Sevilla. Su objeto social consiste en: la ejecución de instalaciones de gas, instalaciones térmicas en edificios, mantenimiento de instalaciones térmicas y de climatización en edificios, así como la comercialización de todo tipo de materiales relacionados con estas actividades. Son administradores solidarios de la entidad D. Abel y D. Eloy y, apoderada D^a. Florencia .- DÉCIMO TERCERO: SISTEGAS, S.L. le ha emitido facturas a FOISA MEDITERRÁNEO S.A. por determinados importes, por la prestación de sus servicios comerciales y, a Energetik Vanssue, S.L. por la comercialización e instalación en determinados domicilios. Por su parte, FOISA MEDITERRÁNEO, S.A. ha recibido factura de otras empresas para el cobro de sus labores de comercialización.- DÉCIMO CUARTO: D. Rodolfo prestó servicios para FOISA MEDITERRÁNEO S.A. desde el 3 al 10 de septiembre de 2015 y, del 11 al 21 de septiembre de 2015 (folios 60 y 64 del ramo de prueba de FOISA MEDITERRÁNEO S.A.). Y, a su vez, prestó servicios para SISTEGAS, S.L., como agente y representante comercial, desde el 3 de septiembre de 2015 al 2 de marzo de 2016 (documental 20 del ramo de prueba de SISTEGAS, S.L.). D^a. Aida prestó servicios para FOISA MEDITERRÁNEO S.A. desde el 3 al 10 de septiembre de 2015 y, del 11 al 21 de septiembre de 2015 (folios 60 y 64 del ramo de prueba de FOISA MEDITERRÁNEO S.A.). Y, a su vez, prestó servicios para SISTEGAS, S.L., como agente y representante comercial, desde el 3 de septiembre de 2015 al 2 de marzo de 2016 (documental 24 del ramo de prueba de SISTEGAS, S.L.).- DÉCIMO QUINTO: D. Agapito prestó servicios para FOISA MEDITERRÁNEO S.A. desde el 1 de septiembre al 23 de octubre de 2015 (folio 64 del ramo de prueba de FOISA MEDITERRÁNEO S.A.). Y, a su vez, prestó servicios para SISTEGAS, S.L., como agente y representante comercial, desde el 9 de noviembre de 2012, en virtud de una relación laboral temporal, convertida en indefinida a partir de 8 de mayo de 2015 (documental 38 del ramo de prueba de SISTEGAS, S.L.).- DÉCIMO SEXTO: D^a. Florencia , -que actuó como gerente de la empresa SISTEGAS, S.L. en la contratación de D. Agapito -, prestó servicios para FOISA MEDITERRÁNEO S.A. desde el 3 de mayo de 2006 al 30 de noviembre de 2015 (folio 60 del ramo de prueba de FOISA MEDITERRÁNEO S.A.).- DÉCIMO SÉPTIMO: Según las cuentas de pérdidas y ganancias depositadas en el Registro Mercantil, los resultados de la empresa SISTEGAS, S.L., en el ejercicio 2012 ascendieron, después de deducir los impuestos, a 1.465,21 euros; en el 2013, a 222.86 euros; y, en 2014, a 241,13 euros».

QUINTO .- En los recursos de casación formalizados por las representaciones procesales de Foisa Mediterráneo, S.A. y la Comisión Representativa de los Trabajadores en el ERE de Foisa Mediterráneo, S.A, se consignaron los siguientes motivos:

Recurso formulado por Foisa Mediterráneo, S.A.: ÚNICO.- Al amparo del art. 207 e) LRJS se denuncia la infracción del art. 51 del Estatuto de los Trabajadores .

Recurso formulado por Comisión Representativa de los Trabajadores en el ERE de FOISA MEDITERRÁNEO SA: Primero: Al amparo del artículo 207 d) de la Ley de Jurisdicción Social por error en la apreciación de la prueba.- Segundo: Al amparo del apartado e) del mismo artículo y cuerpo legal, por infracción de los artículos 51.2 del Estatuto de Trabajadores y 7.1 Real Decreto 1483/2012. de 29 de octubre .- Tercero: Con igual amparo procesal, infracción del artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores y el artículo 4.2 Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre y Cuarto: Amparándose en el mismo artículo cuerpo legal, por infracción del artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores y el artículo 7.1 Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre .

SEXTO.- Transcurrido el plazo concedido para impugnación del recurso, se emitió informe por el Ministerio Fiscal, en el sentido de considerar procedente la estimación del recurso formulado por la empresa Foisa Mediterráneo, S.A. y procedente la desestimación del formulado por la Comisión Permanente de los Trabajadores.

SÉPTIMO.- Se señaló para su la votación y fallo en el Pleno de la Sala el día 20 de junio de 2018, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO.-1.- La sentencia objeto de recurso.- La recurrida STSJ Andalucía/Sevilla 23/Febrero/2016 [autos 20/2015], tras rechazar la nulidad del despido colectivo solicitada con carácter principal, por considerar inexistentes las causas que al efecto se alegaban en la demanda [omisión de preceptiva negociación previa; falta de entrega de obligada documentación; ausencia de buena fe], acogió la petición subsidiaria y declaró «no ajustado a derecho» el despido colectivo de los 21 trabajadores de la plantilla de «Foisa Mediterráneo, SA» [en adelante, «Foisa»], por considerar que tal empresa formaba «grupo de empresas a efectos laborales» con la codemandada «Sistegas, SL» y que «no ha quedado acreditada la existencia de pérdidas actuales» en esta última empresa «según las cuentas de pérdidas y ganancias depositadas en el Registro Mercantil», por lo que no era de apreciar «la concurrencia de la causas económica alegada por la empleadora... al no afectar al grupo como tal».

2.- Recurso de la empresa.- Tal pronunciamiento es recurrido en casación por la representación de la empresa «Foisa», que formula un solo motivo en el que se denuncia la infracción del art. 51 ET , en relación con la doctrina sobre «grupo de empresas laboral» elaborado por la jurisprudencia [entre otras, SSTS 31/01/91 , 20/05/15 y 20/10/15], solicitando se deje sin efecto la declaración -plasmada en el fallo- de que las empresas demandadas integraban grupo con efectos laborales y que -en consecuencia- se declare ajustado a derecho el despido colectivo [en adelante, PDC].

3.- Recurso de los trabajadores.- Por su parte, el recurso presentado por la Comisión negociadora de los trabajadores se articula mediante los siguientes motivos:

a).- Revisar el cuarto de los HDP, para que se añada texto expresivo de que «Respecto de las cuentas anuales de los años 2013 y 2014, la empresa no aportó el estado de in-flujos (sic) de efectivos, la memoria del ejercicio y el informe de gestión»; y que se rectifique la indicación de que las declaraciones de IVA entregadas desde enero de 2014 lo fueron «a septiembre del 2015», siendo así que lo fueron hasta «junio del 2015».

b).- Denunciar la infracción de los arts. 51.2 ET y 7.1 RD 1483/2012 , porque «no se llevó a cabo un preceptivo periodo de consultas durante la tramitación del ERE».

c).- Vulneración de los arts. 51.2 E ET y 4.2 RD 1483/2012 , así como de la jurisprudencia [SSTS 20/03/12 -rco 81/12 - y 27/05/13 -rco 78/12 -], en tanto que «la empresa incumplió su obligación de entregar la documentación económica preceptiva durante la tramitación del ERE».

d).- Conculcación de los arts. 51.2 ET y 7.1 RD 1483/2012 , así como de la jurisprudencia aplicable [STS 16/12/16 -rco 65/16 -], porque «la empresa incumplió su obligación de negociar de buena fe».

4.- Sistemática en el examen de los recursos.- Tal como se plantea la presente casación, en el examen de los recursos así formulados, el método procesal impone: a) de un lado, el análisis prioritario de la revisión fáctica propuesta por la representación de los trabajadores; b) de otra parte, que en el estudio de los motivos de infracción sustantiva, se deje para el final el tratamiento de la pretendida nulidad del despido colectivo por defecto en la documentación aportada, siendo así que el vicio imputado por los trabajadores en gran medida vendría determinado por la existencia de «grupo empresarial» a efectos laborales, y esta cuestión -la existencia de grupo- es precisamente el exclusivo tema que suscita el recurso de la empresa, por lo que tal coincidencia en el objeto de las denuncias -aunque con diversa perspectiva-, justifica que ambas hayan de tener tratamiento final conjunto y respuesta única.

SEGUNDO.-1.- Requisitos de la revisión de hechos.- Sobre el primer aspecto, huelga reproducir en detalle nuestra doctrina en torno a la revisión de los HDP en este recurso extraordinario de casación, siendo bastante con recordar que para que prospere la denuncia del error es unánime criterio exigir -entre otros requisitos-: a) que el hecho de cuya incorporación se trata resulte de forma clara, patente y directa de la prueba documental que expresamente se invoca, de manera que goce de eficacia radicalmente excluyente, contundente e incuestionable, sin requerir argumentos, deducciones, conjeturas o interpretaciones valorativas; y b) que sea trascendente a los efectos del fallo, en tanto que no resulte inocua al objeto de determinar un posible cambio de sentido en la parte dispositiva (por ejemplo, SSTS 14/03/17 -rco 299/14 -; 20/06/17 -rco 170/18 -; SG 24/10/17 -rco 107/17 -; 106/2018, de 07/02/18 - rco 272/16 -; y 348/2018, de 22/03/18 - rco 41/17 -).

Ahora bien, esta última exigencia ha sido matizada en tiempo recientes, en el sentido de que igualmente haya de admitirse la viabilidad de aquellas modificaciones que -cumplido el requisito de adecuado soporte documental- aún sin incidir en el fallo, de todas formas clarifiquen la argumentación y consientan una mejor justificación del fallo, en tanto que refuerzan o facilitan la exposición de la «ratio decidendi», o bien sirvan de soporte al razonamiento recurrente, o en último término subsanen la ausencia de un dato que si bien no es imprescindible para resolver el tema de fondo, en todo caso su constancia ofrece una visión más adecuada del presupuesto fáctico del litigio (así, SSTS 26/06/12 -rco 19/11 -; 19/12/13 -rco 37/13 -; ... SG 23/09/14 -rco 231/13-; 21/10/14



-rco 11/14-; 03/02/16 -rco 31/15-; SG 23/11/16 -rco 94/16-; y SG 710/2017, de 26/09/17 -rco 80/17-). Y la procedencia de esta flexibilidad se evidencia en supuestos como el de autos, en que la revisión alude a un extremo -defecto de aportación documental- que es precisamente el presupuesto de una denuncia normativa, por lo que la hipotética intrascendencia del motivo comportaría el examen previo o simultáneo del alcance de la infracción acusada, lo que claramente resulta inadecuado desde una perspectiva no sólo procesal sino también expositiva, por lo que lo aconsejable es -a no dudarlo- la aceptación de incorporar tales datos, de estar acreditados con documental literosuficiente.

2.- Admisión de la revisión propuesta.- Por ello nos hemos de limitar a este último requisito -acreditamiento documental-, y conforme a ello referir que la prueba documental invocada justifica en forma plena la adición propuesta. De esta manera y sin perjuicio de la valoración -trascendencia- que sobre tal extremo nos corresponderá hacer a propósito del examen de la infracción normativa denunciada, en todo caso procede completar el relato de hechos indicando que en el corto proceso negociador, la empresa no aportó el estado de flujos, la memoria del ejercicio, el informe de gestión y la liquidación del IVA correspondiente al tercer trimestre de 2015.

TERCERO.-El negado periodo de consultas.- Sostiene el recurso de los trabajadores -primer motivo- que en el caso debatido no se había producido un verdadero periodo de consultas, en tanto que «sólo hubo una reunión entendida como "consulta", la del día 16 de octubre del 2015, y que ello comporta necesariamente la declaración de nulidad del despido colectivo». Pero no podemos aceptar tal planteamiento, habida cuenta de que -como observa el Ministerio Fiscal- en el inmodificado relato de HDP se hace constar: a) que en 07/10/15 «se celebró la primera reunión del periodo de consultas, entregando la empresa la siguiente documentación... En esta reunión se acordó celebrar otra el 16 de octubre de 2015 y tras ésta, tendrían lugar, reuniones sucesivas, cada tres días, hasta finalizar el periodo de consultas» [ordinal segundo]; y b) que efectivamente tuvo lugar esa reunión de 16/10/15, «acordando las partes, de forma conjunta, dar por finalizado el periodo de consultas sin acuerdo».

Sentada esta realidad, el fracaso de la denuncia es inevitable, porque -como señala atinadamente el Ministerio Fiscal- el art. 7.6 del RD 1483/2012 [a partir de ahora, RDPDC] dispone que «las partes, de común acuerdo, podrán en cualquier momento dar por finalizado el periodo de consultas, por entender que no resulta posible alcanzar acuerdo alguno»; de forma que, si tras haberse acordado el obligado calendario de negociaciones y con ello dado cumplimiento al art. 7.2 del RDPDC, por la voluntad concorde de ambas partes se prescinde de las mismas, mal puede la Comisión «ad hoc» alegar posteriormente en vía judicial el incumplimiento del trámite y que se hubiese frustrado la finalidad atribuida al periodo de consultas por el art. 7.1 del RDPDC, pues sus ordinarias previsiones pueden -conforme a lo dicho- satisfacerse con el acuerdo de finalización de las negociaciones, sin que la Ley disponga al respecto límite temporal o numérico inmodificables, pues tratándose de empresas con menos de 50 trabajadores, el mínimo legal de dos reuniones admite «pacto en contrario», conforme al art. 7.4. Y ello al margen de la palmaria -e inadmisibles- incoherencia que supone denunciar una falta de diálogo que libremente se acuerda por ambas partes, contrariándose con ello la exigible buena a la que posteriormente nos referiremos con más detalle.

CUARTO.-1.- El alegato de ausente buena fe.- La misma solución desestimatoria se impone para el alegato -segundo motivo- de ausencia de buena fe por parte de la empresa, siendo así que esta imputación se fundamenta en datos que, o bien resultan absolutamente insustanciales [el representante de la empresa no acreditó sus poderes], o son específicamente integrantes de otra denuncia formulada [insuficiencia de documentación; tan sólo dos reuniones, y la primera de ellas para entregar documentos], o tienen naturaleza claramente subjetiva [«falta de una mínima preparación» de la apoderada, que -se argumenta- dificultaba «cualquier acercamiento con la Comisión Representativa»]; datos todos ellos que a nuestro juicio no constituyen base sólida para llegar a la conclusión de que «no existió una mínima voluntad negociadora de la empresa durante la tramitación del ERE».

2.- Significación general de la buena fe.- Recordemos que nuestra doctrina sobre la buena fe parte de la regla contenida en el art. 51.2 ET y expresiva de que "durante el periodo de consultas las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo". Y aunque ciertamente ha de reconocerse que la expresión legal ofrece innegable generalidad, al no hacerse referencia alguna a las obligaciones que el deber comporta y -menos aún- a las conductas que pudieran vulnerarlo, de todas formas en la configuración del mismo no cabe olvidar:

a).- Desde el momento en que el art. 51 ET instrumenta la buena fe al objetivo de «la consecución de un acuerdo» y que el periodo de consultas «... deberá versar, como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento», está claro que la buena fe que el precepto exige es una buena fe comercial (SSTS - todas ellas de Pleno- 27/05/13 -rco 78/12-, asunto «Aserpal »; 18/02/14 -rco 74/13 -; ... 26/01/16 -rco 144/15-,



asunto «Unitono»; 11/02/16 -rco 98/15-, en «Caminos de Jaén»; ... 850/2017, de 31/10/17 -rco 115/17-, para «Ayuntamiento de Isla Cristina» ...).

b).- Que esa buena fe negocial que debe presidir el periodo de consultas [art. 51.2], es mera especificación del deber general de buena fe que corresponde al contrato de trabajo [como a todo contrato : art. 1258 CC] y que en el campo de la negociación colectiva especifica el art. 89.1 ET [«ambas partes estarán obligadas a negociar bajo el principio de la buena fe»], lo que comporta una elemental coherencia entre los planteamientos del citado periodo deliberativo y la fase judicial (SSTS SG 17/07/14 -rco 32/14-, asunto «Sic Lázaro»; y SG 17/07/14 -rco 32/14 -),

c).- Por ello, tal exigencia -buena fe- la hemos declarado «componente determinante para la apreciación de defectos en el periodo de consultas» y a la par la hemos entendido como «manifestación -siquiera indirecta- de la doctrina de los propios actos, que impone la vinculación del autor de una declaración de voluntad -de significación jurídica inequívoca- al sentido objetivo de la misma y a la imposibilidad de adoptar después un comportamiento que contradiga aquélla (SSTS SG 17/07/14 -rco 32/14-, asunto «Sic Lázaro», FJ 7.3 ; SG 17/07/14 -rco 32/14 -; SG 16/06/15 -rco 273/14-, asunto «Grupo Norte Soluciones»; y SG 20/10/15 -rco 172/14 -FJ 6.4, asunto «Tragsa»).

3.- La buena fe en las negociaciones.- Recordemos igualmente que aun partiendo de la base de que la proyección del deber de buena fe sobre el curso de las negociaciones por fuerza ha de ofrecer un casuismo que dificulta notablemente las formulaciones generales, la Sala -tanto en procesos de despido colectivo como de MSCT- ha efectuado algunas declaraciones -siempre por el Pleno, salvo las de modificaciones- que nos han de servir de orientación en el caso. Singularmente: a) que en «el marco de esa obligación de negociación de buena fe, ha de incluirse el deber de la empresa de ofrecer a la representación de los trabajadores la información necesaria sobre la medida y sus causas, mas tampoco hay en el texto legal imposición formal alguna al respecto, bastando con que se produzca el intercambio efectivo de información» [SSTS 30/06/11 -rco 173/10 - ; 26/03/14 -rco 158/13 -; y 22/12/14 -rco 185/14 -]; b) que «configurado de esta manera ese deber, habrá de analizarse en cada caso el alcance de la posición empresarial y la manera en la que han discurrido esas negociaciones» [SSTS 18/02/14 -rco 74/13 -; 21/05/14 -rco 249/13 -; 24/09/15 -rco 41/15-, asunto «Ever Team Spain SAU »; y 23/11/16 -rco 256/15-, asunto «UGT/Andalucía »]; c) que la carencia de buena fe que está ligada a la ausencia de un verdadero periodo de consultas, por lo que la mala fe ha de excluirse cuando se cumplen los deberes de información, se producen numerosas reuniones [diez] y hay variación sobre las iniciales de la empresa (STS 21/05/14 -rco 249/13 -); y d) por el contrario, ha de apreciarse la falta de buena fe cuando se da la doble circunstancia de la falta de información a la representación de los trabajadores y el mantenimiento a ultranza de la posición empresarial desde el inicio [SSTS 20/03/13 -rco 81/12 -; 21/05/14 -rco 162/13 -; y 22/12/14 -rco 185/14 -]» (SSTS 16/07/15 -rco 180/14-, en asunto «HP »; 16/09/15 -rco 230/14-, asunto «Recuperación Materiales Diversos, SA »; 29/09/15 -rco 1/15-, asunto «Montajes Elementos de Calderería, SL »; 20/10/15 -rco 181/14-, asunto «GEA 21 SA»; 23/10/15 -rco 169/14 -; 11/02/16 -rco 98/15 -, en «Caminos de Jaén»; 15/09/16 -rco 243/15-, para «Carrefour, SA »; y 21/04/17 -rco 149/16-, para el «INE»).

4.- Casuismo determinante.- No olvidemos, de otra parte, que: a) para examinar el cumplimiento de ese deber de negociar de buena fe «habrá de analizarse en cada caso el alcance de la posición empresarial y la manera en la que han discurrido esas negociaciones» (entre tantas otras, SSTS 27/05/13 -rco 78/12-, asunto «Aserpal »; 18/02/14 -rco 74/13-, asunto «ITAP, SA »; 21/05/14 -rco 249/13-, asunto «VAERSA »; 25/03/15 -rco 295/14 -, para «VBR»; 16/06/15 -rco 273/14 -, para «Grupo Norte»; 24/09/15 -rco 41/15-, asunto «Ever Team Spain SAU »; 16/09/16 -rcud 38/15-, asunto «Maxam Europe, SAU »; 23/11/16 -rco 256/15-, asunto «UGT/Andalucía »; y 16/12/16 -rco 65/16-, asunto «Ayuntamiento de Estepona »); b) que tales deficiencias han de ir acompañadas -para que sea apreciable falta de buena fe- «de un elemento de propósito vulnerador de la confianza» (STS 20/05/14 -rco 276/13-, asunto «SPA »); y c) que el «análisis de la concurrencia o no de buena fe exige que la parte que lo niega identifique de manera concreta las circunstancias en las que se fundamenta y los hechos específicos de los que pudiere derivarse la contravención de la otra parte, no bastando para ello la genérica y abstracta invocación de una supuesta información deficiente por parte de la empresa, sino que es necesaria la identificación de aquellas particulares conductas, comportamientos, actuaciones u omisiones de las que pudiere constatarse que no se ha respetado ese principio esencial de la negociación durante el periodo de consultas» (STS 05/10/16 -rco 79/16-, asunto «Fresenius Medical Care Extremadura , S.A.»).

5.- Apreciación de buena fe en el caso debatido.- A la vista de tal doctrina, en el presente caso coincidimos con la decisión recurrida en que no está acreditada la falta de buena fe negocial por parte de la empresa, siendo así que -partiendo de la inexistencia de grupo empresarial «patológico», según posteriormente razonaremos- se trata de una compañía en situación económica progresivamente negativa y con decreciente facturación [ordinales séptimo y décimo séptimo], que tras haber intentado sin éxito su refinanciación inicia el PDC en situación de precurso, que por Auto -J/M- de 04/12/15 es declarada en situación de concurso voluntario



[ordinal décimo], y a la que la Administración del mismo procede en 31/01/16 darla de baja en el censo de empresarios [undécimo de los HDP]. Y es obvio que hay situaciones empresariales, como la presente, cuya negativa posición -económica y en el mercado- comporte nulas posibilidades de negociación en aras a conseguir el objetivo que describe el art. 7.1 RDPDC [... evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias...], justificándose con ello la parquedad o falta de propuestas concretas, así como la brevedad de las negociaciones, de manera que en tales supuestos -como es el caso debatido- hallaría comprensible justificación que el periodo de consultas presente un cumplimiento más bien formal, habida cuenta de que las circunstancias concurrentes obstaculizan alcanzar la finalidad que la Ley le atribuye, y que precisamente por ello ambas partes acuerden, nada más comenzar las consultas, tenerlas por concluidas, sin que por ello deba o pueda apreciarse la denunciada falta de buena fe.

SEXTO.-1.- Precisión terminológica sobre el «grupo de empresas».- Resta por examinar la posible existencia de grupo de empresas a efectos laborales, que subyace en los dos últimos motivo hasta el momento no tratados, el de la empresa [la concurrencia de la causa, limitada a la situación económica en «Fois»] y también en el de la Comisión accionante [insuficiencia en la documentación aportada].

Para empezar recordemos una precisión terminológica que hemos efectuado en los tiempos recientes e indicativa de que "la expresión «grupo patológico» ha de ser reservada para los supuestos en que las circunstancias determinantes de la responsabilidad solidaria se enmarcan en el terreno de la ocultación o fraude, pero cuando los datos objetivos que llevan a esa responsabilidad laboral no se ocultan, no responden a una actuación con finalidad defraudatoria ni atienden a abuso alguno, la terminología más adecuada más bien debiera ser la de «empresa de grupo» o «empresa-grupo», que resultaría algo así como el género del que aquél -el grupo patológico- es la especie, cualificada precisamente por los referidos datos de abuso, fraude u ocultación a terceros" (así, SSTs -todas ellas de Pleno-20/10/15 -rco 172/14-, asunto «Tragsa »; 850/2017, de 31/10/17 - rco 115/17-, para «Ayuntamiento de Isla Cristina »; y 869/2017, de 10/11/17 - rcud 3049/15-, asunto «Tecno Envases, SA »).

2.- Los requisitos en general del «grupo» .- Efectuada tal precisión, corresponde referir nuestra doctrina sobre la existencia de grupo empresarial a efectos laborales - sea «grupo patológico» o simple «empresa-grupo», que ha sido desarrollada en numerosas resoluciones del Pleno de la Sala [SSTs 27/05/13 -rco 78/12-, asunto «Aserpal »; ...; 28/01/14 -rco 16/13-, asunto «Jtekt Corporation »; 04/04/14 -rco 132/13-, asunto «Iberia Expres »; 21/05/14 -rco 182/13-, asunto «Condesa »; 02/06/14 -rcud 546/13-, asunto «Automoción del Oeste »;...; 22/09/14 -rco 314/13-, asunto «Super Olé » ; ...; - 24/02/15 -rco 124/14-, asunto «Roto encuadernación »; y 16/07/15 -rco 31/14-, asunto «Iberkake »] y que puede ser resumida con las siguientes indicaciones:

a).- Que son perfectamente diferenciables el inocuo -a efectos laborales- «grupo de sociedades» y la trascendente -hablamos de responsabilidad- «empresa de grupo».

b).- Que para la existencia del segundo -empresas/grupo- «no es suficiente que concurra el mero hecho de que dos o más empresas pertenezcan al mismo grupo empresarial para derivar de ello, sin más, una responsabilidad solidaria respecto de obligaciones contraídas por una de ellas con sus propios trabajadores, sino que es necesaria, además, la presencia de elementos adicionales», porque «los componentes del grupo tienen en principio un ámbito de responsabilidad propio como personas jurídicas independientes que son».

c).- Que «la enumeración -en manera alguna acumulativa- de los elementos adicionales que determinan la responsabilidad de las diversas empresa del grupo bien pudiera ser la que sigue: 1º) el funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo, manifestado en la prestación indistinta de trabajo -simultánea o sucesivamente- en favor de varias de las empresas del grupo; 2º) la confusión patrimonial; 3º) la unidad de caja; 4º) la utilización fraudulenta de la personalidad jurídica, con creación de la empresa «aparente»; y 5º) el uso abusivo -anormal- de la dirección unitaria, con perjuicio para los derechos de los trabajadores».

d).- Que «el concepto de grupo laboral de empresas y, especialmente, la determinación de la extensión de la responsabilidad de las empresas del grupo depende de cada una de las situaciones concretas que se deriven de la prueba que en cada caso se haya puesto de manifiesto y valorado, sin que se pueda llevar a cabo una relación numérica de requisitos cerrados para que pueda entenderse que existe esa extensión de responsabilidad» (así, SSTs 20/10/15 -rco 172/14 -, para «Tragsa»; 450/2017, de 30/05/17 - rco 283/16 -, asunto «Aqua Diagonal Wellness Center SL »; 850/2017, de 31/10/17 - rco 115/17 -, para «Ayuntamiento de Isla Cristina»; 866/2017, de 08/11/17 - rco 40/17 -, asunto «Cemusa »; 869/2017, de 10/11/17 - rcud 3049/15 -, asunto «Tecno Envases, SA »)

3.- Concretos elementos determinantes.- Finalmente, sobre los referidos elementos adicionales son imprescindibles las precisiones -misma doctrina de la Sala- que siguen:



a).- Funcionamiento unitario con confusión de plantillas.- En los supuestos de «prestación de trabajo "indistinta" o conjunta para dos o más entidades societarias de un grupo nos encontramos ... ante una única relación de trabajo cuyo titular es el grupo en su condición de sujeto real y efectivo de la explotación unitaria por cuenta de la que prestan servicios los trabajadores»; situaciones integrables en el art. 1.2. ET , que califica como empresarios a las «personas físicas y jurídicas» y también a las «comunidades de bienes» que reciban la prestación de servicios de los trabajadores».

b).- Confusión patrimonial.- Este elemento «no hace referencia a la pertenencia del capital social, sino a la pertenencia y uso del patrimonio social de forma indistinta, lo que no impide la utilización conjunta de infraestructuras o medios de producción comunes, siempre que esté clara y formalizada esa pertenencia común o la cesión de su uso»; y «ni siquiera existe por encontrarse desordenados o mezclados físicamente los activos sociales, a menos que "no pueda reconstruirse formalmente la separación"».

c).- Unidad de caja.- Factor adicional que supone el grado extremo de la confusión patrimonial, hasta el punto de que se haya sostenido la conveniente identificación de ambos criterios; hace referencia a lo que en doctrina se ha calificado como «promiscuidad en la gestión económica» y que al decir de la jurisprudencia alude a la situación de «permeabilidad operativa y contable», lo que no es identificable con las novedosas situaciones de «cash pooling» entre empresas del mismo Grupo, en las que la unidad de caja es meramente contable y no va acompañada de confusión patrimonial alguna, por tratarse de una gestión centralizada de la tesorería para grupos de empresas, con las correspondientes ventajas de información y de reducción de costes.

d).- Utilización fraudulenta de la personalidad.- Apunta a la «creación de empresa aparente» -concepto íntimamente unido a la confusión patrimonial y de plantillas- y alude al fraude en el manejo de la personificación, que es lo que determina precisamente la aplicación de la doctrina del «levantamiento del velo», en supuestos en los que -a la postre- puede apreciarse la existencia de una empresa real y otra que sirve de «pantalla» para aquélla.

e).- Uso abusivo de la dirección unitaria.- La legítima dirección unitaria puede ser objeto de abusivo ejercicio -determinante de solidaridad- cuando se ejerce anormalmente y causa perjuicio a los trabajadores, como en los supuestos de actuaciones en exclusivo beneficio del grupo o de la empresa dominante» (en tal sentido, las decisiones de Pleno citadas en el apartado anterior).

SÉPTIMO.- 1.- Base argumental de la supuesta «empresa de grupo».- En el supuesto debatido concurren una serie de coincidencias entre «Foisa» y «Listegas, SL», tales como la parcial coincidencia en el objetivo social, la identidad de socios y Apoderada, y el mismo domicilio; pero no existen -no sólo no están acreditados, sino que expresamente se excluyen- los decisivos elementos de confusión patrimonial, unidad de caja y utilización fraudulenta de una dirección unitaria.

Exclusivamente apunta a aquella figura -empresa de grupo- el funcionamiento unitario que derivaría de una pretendida -y admitida por la recurrida- confusión de plantillas, la cual tan sólo resultaría inferible de los servicios prestados simultáneamente para ambas empresas demandadas por el Sr. Rodolfo [19 días], la Sra. Aida [16 días] y el Sr. Agapito [53 días], en los tres casos como «agente y representante comercial». Se prescinde, por supuesto, de la coincidencia en la persona de la Apoderada [Sra. Florencia], en tanto que tal dato únicamente puede ser considerado como una manifestación más de la que hemos entendido como intrascendente identidad directiva.

2.- La declarada «confusión de plantilla».- Con tales mimbres fácticos la Sala no puede compartir la conclusión de la Sala de Sevilla, en el sentido de que estemos ante una «empresa de grupo» por confusión de plantilla; ni por ello podemos tampoco aceptar las consecuencias obligadamente derivables de tal dato, a los efectos de examinar la obligación de aportación documental, o de determinar el ámbito -empresa o grupo- de la causa económica.

Hemos de partir del concepto -«confusión de plantilla»- al que alude la muy escasa jurisprudencia que sobre el tema se ha sentado, y para la que el fenómeno se produce cuando se prestan servicios de manera indiferenciada para dos o más empresas, con la consecuencia de ser apreciable unidad de relación laboral y pluralidad empleadora [SSTS 06/05/81 -ril-, asunto «Arcos-Vergara »; 22/03/91 -ril 665/90 - , asunto «Navalinka-Ciresa »; 31/12/91 -ril-, asunto «León Tubos y Aceros Ibérica, SA »]; o bien -como mantiene autorizada doctrina- de relaciones laborales distintas para los diversos empresarios, porque -se afirma- «[e]l dato decisivo para apreciar la existencia de una única relación laboral no es la unidad del empresario, que no se da, sino la unidad de prestación de servicios realizada por el trabajador».

3.- Intrascendencia de tales servicios simultáneos.- Pues bien, en el concreto caso de autos la sentencia se limita a afirmar que cada uno de aquellos dos trabajadores de «Foisa», «a su vez, prestó servicios para SISTEGAS SL, como agente y representante comercial» en las referidas fechas...»; pero -como destaca



acertadamente el Ministerio Fiscal- en manera alguna consta que tales servicios se hubiese prestado de forma «indiferenciada» -que no sólo simultánea- y percibiesen una exclusiva retribución, sino que -antes al contrario- se halla documentado [folios 20, 24 y 38 del ramo de prueba de «Sistegas»] que para la prestación de tales servicios para la referida empresa, pese a su limitado ámbito temporal, de todas formas se les suscribió un específico contrato, en el que se pactó la correspondiente retribución a comisión a cargo de la contratante y que -precisamente por la específica retribución pactada- ha de entenderse fue compatibilizada con la remuneración a cargo de «Foisa» para el cometido que no consta, aunque presumiblemente hubiese sido también el de Agente comercial.

Pero con independencia de tales consideraciones, lo cierto es que el dato de que tratamos, prestación simultánea de servicios -para las dos codemandadas- por únicamente tres trabajadores, en periodo de tan corta duración y para una laboral profesional tan específica [Agente comercial], en manera alguna tendría relevancia -aunque se tratase de servicios «indistintos», que no simultáneos y amparados en la correspondiente contratación- en manera alguna tiene relevancia como para sostener que estemos en presencia de una «confusión de plantillas», que a su vez evidencie un «funcionamiento unitario» y que a la par consienta afirmar la existencia de «empresa de grupo», que finalmente obligue a situar el ámbito de la crisis económica en el «grupo» y no en la concreta empresa afectada por el PDC.

Ciertamente que con carácter general se mantiene que el ámbito de apreciación de las causas económicas es la empresa o unidad económica de producción [SSTS 13/02/02 -rcud 1436/01 -; 19/03/02 -rcud 1979/01 -; 21/07/03 -rcud 4454/02 -; 31/01/08 -rcud 1719/07 -; 12/12/08 -rcud 4555/07 -; y 16/09/09 -rcud 2027/08 -), pero que tratándose de un «grupo de empresas» -con comunicación de plantilla- la acreditación de las causas económicas deberá ir referida a todas las empresas del grupo y no sólo a la formal empleadora, pues si el grupo de empresas constituye el único empleador de los demandantes, por prestar servicios «indistintamente» para las sociedades, la causa económica concurrente en una de ellas no justifica la concurrencia de la causa extintiva, por estar ante una única relación de trabajo cuyo titular es el grupo en su condición de sujeto real y efectivo de la explotación unitaria por cuenta de la que prestan servicios los trabajadores, que no pueden diferenciar a cuál de las empresas aportan su actividad (SSTS 23/01/07 -rcud 641/05 -; SG 28/01/15 -rcod 279/14 -; y 03/12/12 -rcud 965/12-, asunto «Tallers Colomer, SA»). Ahora bien, en el presente caso negamos la existencia de esa «confusión de plantillas», pues la mínima intercomunicación laboral que más arriba se ha indicado, en un periodo de más de diez años y en una plantilla de unos 20 trabajadores, presenta una entidad mínima cuya trascendencia ha de rechazarse a través de la llamada doctrina de la «insignificancia», que ha tenido consolidada aplicación en el ámbito de la jurisprudencia contencioso- administrativa y que igualmente ha sido aplicada por esta Sala de lo Social, a veces sin denominarla expresamente (SSTS 27/04/15 -rcud 1881/14 -; 12/05/15 -rcud 2683/14 -; y 14/05/15 -rcud 1588/14 -), y otras utilizando ya su concreta denominación (así, en las SSTS 19/02/16 -rcud 3035/14 -; y 06/04/17 -rcud 118/16 -).

4.- Suficiencia de la documentación aportada.- Si por lo dicho no estamos en presencia de un grupo «patológico» -y fraudulento- de empresas, sino que ni siquiera nos hallamos ante una transparente «empresa-grupo», aunque igualmente resulte indudable que las dos empresas demandadas -«Foisa» y «Sistegas»- integran un «grupo de sociedades» en sentido mercantil y ello pudiera comportar algún género de unidad en la dirección económica -sus Administradores son los mismos-, lo cierto es que se trataría de un grupo, no vertical sino horizontal o de coordinación, del que no cabría derivar -salvo uso abusivo de la dirección o utilización fraudulenta de la personalidad- tan siquiera consecuencia alguna relativa a la obligada aportación documental en el periodo de consultas del PDC, siendo así que el deber de proporcionar las cuentas anuales y el informe de gestión de cada una de las empresas del grupo, únicamente alcanza -conforme al art. 4.5 RD 1483/2012 - a las sociedades integrantes de un grupo «vertical», caracterizado por la existencia de una empresa dominante, exista o no «obligación de formular cuentas consolidadas» [art. 2 RD 1159/2010, de 17/Septiembre, sobre «Normas para la formulación de Cuentas Anuales Consolidadas»].

Ello es así, porque -aparte de esa referencia expresa que el art. 4.5 hace a la «sociedad dominante» [lo que excluye de la obligación de que tratamos a las empresas del tipo grupo «horizontal»], en todo caso el concepto de «grupo de empresas» que el precepto refiere no puede sino ser otro que el que acepta -y define- el propio legislador en otras disposiciones legales: así, el art. 3.1.3º de la Ley 10/1997 [24/Abril], sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria, que traspone al Derecho español la Directiva 94/45/CE [22/Septiembre/1994], al decir que es «el formado por una empresa que ejerce el control y las empresas controladas»; o el que refiere el art. 2.d) de la Ley 31/2006 [19/Octubre], sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas, que traspone la Directiva 2001/86/CE, y en el que se configura la «filial» de una sociedad, como la «empresa sobre la cual dicha sociedad ejerce una influencia dominante, definida de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 10/1997, de 24 de abril». Y nos cabe duda de que la eficacia traspasa del concepto el concreto ámbito en el que se le define, habida cuenta de su rango legal y de que traspone Directivas Comunitarias.



Por lo mismo, si la documentación a aportar se ciñe a la empresa formal y realmente empleadora -«Foisa»-, la falta de los documentos que hemos referido en la admitida revisión de los HDP [estado de flujos, memoria del ejercicio; informe de gestión; liquidación del IVA del tercer trimestre de 2015], no puede sino abordarse desde dos perspectivas:

a).- La de la tan invocada coherencia entre las fases negocial/judicial, de forma que el hecho de que aquella no fuese requerida -o no se hubiese insistido en la segunda sesión- en las dos únicas ocasiones en que las partes se reunieron para negociar, y que en la última de ellas -primera realmente negociadora- acordasen de consuno dar por agotadas las posibilidades de negociar, todo ello implícitamente comporta que los representantes de los trabajadores consideraban que tenían información suficiente para excluir todo acuerdo referido exclusivamente a «Foisa» y que las posibilidades de posible pacto requería -se observa en la redacción del acta correspondiente- consenso previo sobre la pretendida existencia de una «empresa/grupo», de forma que pretendido el éxito la insuficiencia documental ahora invocada estaba condicionaba a tal existencia de tal figura [«empresa/grupo»], con lo que su rechazo comporta automáticamente la suficiencia de la documental ya aportada y referida a la empleadora «Foisa».

b).- Incluso más decisivamente, considerando que estamos en presencia de una «PYME», y con arreglo a su Plan de General de Contabilidad [art. 2 del RD 1515/2007, de 16/Noviembre , tras redacción dada por el RD 602/2016, de 02/Diciembre], «[l]as cuentas anuales de las pequeñas y medianas empresas comprenden el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias y la memoria. Estos documentos forman una unidad. Sin perjuicio de lo anterior, estas empresas podrán incorporar en sus cuentas anuales un estado de cambios en el patrimonio neto, y un estado de flujos de efectivo que se elaborará de acuerdo con lo establecido en el Plan General de Contabilidad». De esta forma, si -tal como agudamente observa el Ministerio Fiscal- el estado de flujos de efectivos y el de cambios del patrimonio neto no forman parte de sus obligaciones contables -son voluntario-, mal puede pretenderse que forzosamente la confeccionen «ad hoc» para aportarla a la negociación del PDC.

OCTAVO.- Concurrencia de la causa económica.- Finalmente, rechazada la concurrencia de grupo de empresas con repercusión laboral, y limitado el ámbito justificativo de la causa de situación económica negativa a la empresa «Foisa», los HDP nos llevan a acoger el recurso interpuesto por tal empresa, porque (a) si por aquella causa ha de entenderse - art. 51. 1 ET - «la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas», (b) el hecho de que la cuenta de pérdidas y ganancias -tras deducir impuestos- sean las expresadas en el ordinal séptimo [24.272,90 euros en 2012; 13.452,02 euros en 2013; 12.266,39 euros en 2014; y 588.180,77 euros de pérdida a septiembre de 2015], (c) por fuerza hemos de concluir que el escenario económico de la demandada -referido- se ajusta a la descripción que el precepto estatutario -art. 51.1- describe y que se corresponde con la declaración de la empresa en situación de concurso voluntario por Auto de 04/12/15 [J/M nº 1 de Sevilla]. Es más, a la misma conclusión había de llegarse si nos atuviésemos a las cuentas globales del «grupo», en tanto que el saldo sería claramente negativo aún computando los datos acreditados de «Sistegas», conforme al relato de HDP [1.456,21 € en 2012; 222,86 € en 2013; y 241,13 € en 2014].

Porque si bien el control judicial de las medidas adoptadas por el empresario tras un PDC comporta un test de «proporcionalidad» -canon de constitucionalidad- a desarrollar en las tres fases de «adecuación» [idoneidad de la medida adoptada para conseguir el fin pretendido], de «necesidad de la medida» [por no existir otra más moderada para conseguir el mismo fin con igual eficacia] y de «ponderación» [de todos los derechos en juego y todas las circunstancias concurrentes] (SSTS (SSTS -Pleno- 15/04/14 -rco 136/13-, asunto «Gesplan »; 25/06/14 -rco 165/13-, asunto «Teltech »; y 20/10/15 -rco 172/14-, asunto «Tragsa »), no lo es menos que no corresponde a los Tribunales fijar la precisa «idoneidad» de la medida a adoptar por el empresario ni tampoco censurar su «oportunidad» en términos de gestión empresarial (STS 27/01/14 -rco 100/13-, asunto «Cortefiel»; y de Pleno , SS 15/04/14 -rco 136/13-, asunto «Gesplan »; 23/09/14 -rco 231/13-, asunto «Agencia Laín Entralgo »; y 20/10/15 -rco 172/14- asunto «Tragsa »), sino que se debe limitar a excluir «en todo caso, como carentes de "razonabilidad" y por ello ilícitas, aquellas decisiones empresariales, extintivas o modificativas, que ofrezcan patente desproporción entre el objetivo legalmente fijado y los sacrificios impuestos a los trabajadores (SSTS -Pleno- 26/03/14 -rco 158/13-, asunto «Telemadrid »; y 666/2017 , de 12/09/17 -rcud 2562/15-, asunto «Hearst Magazines »). Por lo que no consideramos adecuado -supondría un indebido juicio de «oportunidad»- censurar el cierre de una empresa cuya deficiente trayectoria económica es la ya referida, con caída libre en las pérdidas durante los últimos nueve meses de actividad y cuya futura viabilidad se intentó a través de una fracasada refinanciación, con lo estamos en presencia de una situación en la que se justifican no sólo que la empresa instase judicialmente -ya antes del PDC- ser declarada en situación de concurso voluntario, lo que tuvo lugar por Auto inmediatamente posterior a la medida de extinción colectiva, sino también que la Administración concursal procediese posteriormente a dar de baja a «Foisa» en el censo de empresarios.



NOVENO.- Conclusión final.- Por todo lo indicado se impone acoger el recurso formulado por la empresa, tal como muy razonadamente sostiene el Ministerio Fiscal, con la consiguiente desestimación de la demanda interpuesta y la declaración de que ser ajustada a Derecho la decisión extintiva adoptada [art. 124.11 LJS]. Con lo que ha de acordarse la devolución del depósito para recurrir [art. 228 LJS] y sin que proceda efectuar declaración de imposición de costas [art. 235.1 LJS].

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

1º.- Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de la «Comisión Representativa de los Trabajadores».

2º.- Estimar el recurso formulado por la representación de la empresa «Foisa Mediterráneo, SA».

3º.- Revocar la sentencia dictada por el TSJ Andalucía/Sevilla en fecha 23/Febrero/2016 [autos 20/2015], declarando ajustado a Derecho el despido colectivo por el que se acciona, desestimando la demanda formulada y absolviendo a la referida «Foisa Mediterráneo, SA» y a la codemandada «Sistegas, SL».

4º.- Acordar la devolución del depósito constituido y no imponer costas a ninguna de las partes.

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

Así se acuerda y firma.

D. Jesus Gullon Rodriguez Dª Maria Milagros Calvo Ibarlucea

D. Luis Fernando de Castro Fernandez Dª Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana Dª Rosa Maria Viroles Piñol

Dª Maria Lourdes Arastey Sahun D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Angel Blasco Pellicer D. Sebastian Moralo Gallego

Dª Maria Luz Garcia Paredes