



Roj: **SAN 3478/2012 - ECLI: ES:AN:2012:3478**

Id Cendoj: **28079240012012100127**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **26/07/2012**

Nº de Recurso: **124/2012**

Nº de Resolución: **91/2012**

Procedimiento: **DEMANDA**

Ponente: **RICARDO BODAS MARTIN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 3478/2012,**
STS 4636/2014

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Social

Secretaría de D^a. MARTA JAUREGUIZAR SERRANO

SENTENCIA Nº: 0091/2012

Fecha de Juicio: 23/07/2012

Fecha Sentencia: 26/07/2012

Fecha Auto Aclaración:

Núm. Procedimiento: 0000124/2012

Tipo de Procedimiento: DEMANDA

Procedim. Acumulados:

Materia: IMPUGNACION DESPIDO COLECTIVO

Ponente Ilmo. Sr.:D. RICARDO BODAS MARTÍN

Índice de Sentencias:

Contenido Sentencia:

Demandante: -D. Carlos Francisco RTE. SINDICAL DE SUPERMERCADOS SUPER OLÉ, S.L. CENTRO SAN ANTÓN

-D. Abel

-D. Anselmo

-D. Bernardo

Codemandante:

Demandado: -DISTRIBUIDORA URIBE, S.A., -SUPERMERCADOS SUPER OLÉ, S.L., -SUPERMERCADOS SUPER OLÉ LEVANTE, S.L., -INMOBILIARIA URIBE, S.A.,

-GESTIÓN INMOBILIARIA URIBE, SL.

-CASH URIBE NORTE, S.L.

-CASH URIBE PONIENTE, S.L.



- MINISTORE, SL.
- SUPERMERCADOS URIBE, S.L.
- D. Eladio
- D. Fabio
- D. Gonzalo
- DOÑA Micaela
- ADMINISTRACIÓN CONCURSAL DE INMOBILIARIA URIBE, SL. (ASENSIO Y ASOCIADOS AUDITORES CONSULTORES, S.L.P)
- ADMINISTRACIÓN CONCURSAL DE SUPER OLÉ LEVANTE, SL. (REC CONSULTORES SLP)
- ADMINISTRACIÓN CONCURSAL DE DISTRIBUIDORA URIBE, S.A. (LEALTADIS CONCURSAL SLP)
- ADMINISTRACIÓN CONCURSAL DE SUPERMERCADOS SUPER OLÉ, S.L. (HISPACONTROL PROCEDIMIENTOS CONCURSALES, S.L.)
- ADMINISTRACIÓN CONCURSAL DE GESTIÓN INMOBILIARIA URIBE, S.L. (ASENSIO Y ASOCIADOS AUDITORES CONSULTORES, S.L.)
- FONDO DE GARANTÍA SALARIAL

Codemandado:**Resolución de la Sentencia: ESTIMATORIA****Breve Resumen de la Sentencia :**

Impugnándose un despido colectivo, realizado por varias empresas pertenecientes a un grupo de empresas, algunas de las cuales fueron declaradas en concurso después de consumarse el despido, se desestima la excepción de incompetencia de jurisdicción, porque la impugnación de despidos previos a la declaración de concurso no corresponde al juez del concurso. - Se estima la falta de legitimación pasiva de los socios, porque no se acreditó que fueran los empresarios reales. - Se desestima también la falta de legitimación pasiva del FOGASA, puesto que varias empresas demandadas estaban concursadas. - Se estima la demanda, porque las empresas, que formaban parte de un grupo de empresas a efectos laborales, no aportaron la documentación de todas ellas, incumpléndose, por consiguiente, el procedimiento del despido colectivo, habiéndose acreditado, por otra parte, actuaciones fraudulentas en el desarrollo de las negociaciones, así como presiones inadmisibles a los negociadores del período de consultas, por lo que se declara la nulidad del despido.

AUDIENCIA NACIONAL**Sala de lo Social****Núm. de Procedimiento: 0000124 / 2012****Tipo de Procedimiento: DEMANDA****Indice de Sentencia:****Contenido Sentencia:**

Demandante: -D. Carlos Francisco RTE. SINDICAL DE SUPERMERCADOS SUPER OLÉ, S.L. CENTRO SAN ANTÓN

-D. Abel

-D. Anselmo

-D. Bernardo

Codemandante:

Demandado: -DISTRIBUIDORA URIBE, S.A., -SUPERMERCADOS SUPER OLÉ, S.L., -SUPERMERCADOS SUPER OLÉ LEVANTE, S.L., -INMOBILIARIA URIBE, S.A.,

-GESTIÓN INMOBILIARIA URIBE, SL.

-CASH URIBE NORTE, S.L.

-CASH URIBE PONIENTE, S.L.



- MINISTORE, SL.
- SUPERMERCADOS URIBE, S.L.
- D. Eladio
- D. Fabio
- D. Gonzalo
- DOÑA Micaela
- ADMINISTRACIÓN CONCURSAL DE INMOBILIARIA URIBE, SL. (ASENSIO Y ASOCIADOS AUDITORES CONSULTORES, S.L.P)
- ADMINISTRACIÓN CONCURSAL DE SUPER OLÉ LEVANTE, SL. (REC CONSULTORES SLP)
- ADMINISTRACIÓN CONCURSAL DE DISTRIBUIDORA URIBE, S.A. (LEALTADIS CONCURSAL SLP)
- ADMINISTRACIÓN CONCURSAL DE SUPERMERCADOS SUPER OLÉ, S.L. (HISPACONTROL PROCEDIMIENTOS CONCURSALES, S.L.)
- ADMINISTRACIÓN CONCURSAL DE GESTIÓN INMOBILIARIA URIBE, S.L. (ASENSIO Y ASOCIADOS AUDITORES CONSULTORES, S.L.)
- FONDO DE GARANTÍA SALARIAL

Ponente Ilmo. Sr.: D. RICARDO BODAS MARTÍN

SENTENCIA Nº: 0091/2012

Ilmo. Sr. Presidente:

D. RICARDO BODAS MARTÍN

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. MANUEL POVES ROJAS

D^a. MARIA CAROLINA SAN MARTÍN MAZZUCCONI

Madrid, a veintiseis de julio de dos mil doce.

La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional compuesta por los Sres. Magistrados citados al margen y

EN NOMBRE DEL REY

Ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el procedimiento nº 124/12 seguido por demanda de D. Carlos Francisco Rte. Sindical de Supermercados SUPER OLÉ, S.L. Centro San Antón, D. Abel , D. Anselmo y D. Bernardo contra DISTRIBUIDORA URIBE, S.A., SUPERMERCADOS SUPER OLÉ, S.L., SUPERMERCADOS SUPER OLÉ LEVANTE, S.L., INMOBILIARIA URIBE, S.A., GESTIÓN INMOBILIARIA URIBE, SL. CASH URIBE NORTE, S.L., CASH URIBE PONIENTE, S.L., MINISTORE, SL., SUPERMERCADOS URIBE, S.L. D. Eladio , D. Fabio , D. Gonzalo y DOÑA Micaela y contra ADMINISTRACIÓN CONCURSAL de INMOBILIARIA URIBE, SL. (Asensio y Asociados Auditores Consultores, S.L.P), ADMINISTRACIÓN CONCURSAL DE SUPER OLÉ LEVANTE, SL. (Rec Consultores SLP), ADMINISTRACIÓN CONCURSAL DE DISTRIBUIDORA URIBE, S.A. (Lealtadis Concursal SLP), ADMINISTRACIÓN CONCURSAL DE SUPERMERCADOS SUPER OLÉ, S.L. (Hispacontrol Procedimientos Concursales, S.L.) y ADMINISTRACIÓN CONCURSAL DE GESTIÓN INMOBILIARIA URIBE, S.L. (Asensio y Asociados Auditores Consultores, S.L.) y FONDO DE GARANTÍA SALARIAL sobre impugnación de despido colectivo. Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. D. RICARDO BODAS MARTÍN.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Según consta en autos, el día 24-05-2012 se presentó demanda por D. Carlos Francisco Rte. Sindical de Supermercados SUPER OLÉ, S.L. Centro San Antón, D. Abel , D. Anselmo y D. Bernardo contra DISTRIBUIDORA URIBE, S.A., SUPERMERCADOS SUPER OLÉ, S.L., SUPERMERCADOS SUPER OLÉ LEVANTE, S.L., INMOBILIARIA URIBE, S.A., GESTIÓN INMOBILIARIA URIBE, SL. CASH URIBE NORTE, S.L., CASH URIBE PONIENTE, S.L., MINISTORE, SL., SUPERMERCADOS URIBE, S.L. D. Eladio , D. Fabio , D. Gonzalo y DOÑA Micaela y contra ADMINISTRACIÓN CONCURSAL de INMOBILIARIA URIBE, SL. (Asensio y Asociados Auditores



Consultores, S.L.P), ADMINISTRACIÓN CONCURSAL DE SUPER OLÉ LEVANTE, SL. (Rec Consultores SLP), ADMINISTRACIÓN CONCURSAL DE DISTRIBUIDORA URIBE, S.A. (Lealtadis Concursal SLP), ADMINISTRACIÓN CONCURSAL DE SUPERMERCADOS SUPER OLÉ, S.L. (Hispacontrol Procedimientos Concursales, S.L.) y ADMINISTRACIÓN CONCURSAL DE GESTIÓN INMOBILIARIA URIBE, S.L. (Asensio y Asociados Auditores Consultores, S.L.) y FONDO DE GARANTÍA SALARIAL en impugnación de despido colectivo.

Segundo.- La Sala acordó el registro de la demanda y designó ponente, con cuyo resultado se señaló el día 23-7-2012 para los actos de intento de conciliación y, en su caso, juicio, al tiempo que se accedía a lo solicitado en los otrosí es de prueba.

Tercero.- Llegado el día y la hora señalados tuvo lugar la celebración del acto del juicio, previo intento fallido de avenencia, y en el que se practicaron las pruebas con el resultado que aparece recogido en el acta levantada al efecto.

Cuarto . - Dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 97.2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre , por la que se aprobó la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, debe destacarse, que las partes debatieron sobre los extremos siguientes:

Los demandantes ratificaron su demanda de impugnación de despido colectivo, solicitando se dicte sentencia mediante la que se declare nula la decisión extintiva adoptada; o subsidiariamente se estime no ajustada a derecho la misma; procediendo, en cualquier caso, al reconocimiento de la improcedencia del despido colectivo efectuado, y, en su caso y ante la imposibilidad de readmisión, por el cierre de los centros de trabajo, decreta la extinción de las relaciones laborales con derecho al percibo de la indemnización que legalmente corresponda.

Destacaron, a estos efectos, que el empresario real era un grupo de empresas, integrado por las empresas codemandadas, en el que concurrían todas las notas para considerarle grupo de empresas a efectos laborales, tal y como se deduce de los propios actos de los demandados y de los informes de la Inspección de Trabajo. - Solicitaron consecuentemente la nulidad de las extinciones colectivas, decididas formalmente por las empresas DISTRIBUIDORA URIBE, SA, SUPERMERCADOS SUPER OLÉ, SL y SUPERMERCADOS SUPER OLÉ LEVANTE, SL, porque no se aportó la documentación de todas las empresas del grupo, que eran el empleador real de los trabajadores afectados por los despidos colectivos, no habiéndose documentado tampoco los criterios de selección de los trabajadores afectados.

Denunciaron, por otra parte, que la negociación estuvo afectada por coacciones permanentes, como el impago de los salarios de los trabajadores afectados por el despido, mientras se abonaba a los restantes trabajadores o la inclusión inicial de los representantes de los trabajadores, no habiéndose negociado efectivamente, puesto que las empresas se limitaron a ofertar la indemnización legal con cargo al FOGASA.

Solicitaron subsidiariamente que se declarara la injustificación de la medida, porque no concurrían las causas económicas alegadas por las empresas codemandadas.

DISTRIBUIDORA URIBE, SA; INMOBILIARIA URIBE, SA; GESTIÓN INMOBILIARIA URIBE, SL y las personas físicas codemandadas se opuso a la demanda, excepcionando, en primer término, incompetencia de la jurisdicción social, puesto que DISTRIBUIDORA URIBE, SA; INMOBILIARIA URIBE, SA; GESTIÓN INMOBILIARIA, SL; SUPERMERCADOS SUPER OLÉ, SL y SUPERMERCADOS SUPER OLÉ LEVANTE, SL han sido declaradas en concurso de acreedores mediante Autos del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Almería de 29-05-2012 , a quien corresponde conocer sobre la impugnación del despido colectivo, a tenor con lo dispuesto en el art. 8.2 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal .

Excepcionó, así mismo, falta de legitimación pasiva de las personas físicas codemandadas, quienes no fueron nunca empleadores de los trabajadores afectados por el despido.

Negaron, que las empresas codemandadas constituyan un grupo de empresas a efectos laborales, aunque admitieron que si conformaban un grupo de empresas mercantil, destacando que DISTRIBUIDORA URIBE es quien compra la mercadería y la distribuye entre los diferentes supermercados, pero con la consiguiente facturación regularizada, que se realiza también por los servicios administrativos, que presta a las demás empresas del grupo.

Señalaron, que las empresas aportaron toda la documentación exigida legalmente, así como la solicitada por los representantes de los trabajadores, quienes tuvieron copia completa de la documentación aportada al Juzgado de lo Mercantil, destacando, que las empresas codemandadas no estaban obligadas a presentar cuentas consolidadas desde el ejercicio 2010.



Destacaron, por otra parte, que no hubo prestación indistinta de servicios entre las diferentes empresas del grupo, aunque admitieron, que algunos trabajadores fueron contratados por empresas del grupo, cuando habían extinguido sus contratos en otras empresas del mismo grupo.

Negaron, además, que no se hubieran identificado los criterios de selección de los trabajadores afectados, quienes se relacionaron siempre con los centros de trabajo, que se pretendía cerrar.

Negaron, por demás, que se hubieran producido coacciones, aunque admitieron el impago de los salarios a los trabajadores afectados por el despido, debido a un error, que se subsanó en cuanto se supo, pagándose lo que se pudo pagar. - Señalaron, del mismo modo, que la inclusión de representantes de los trabajadores en el ERE se debió a un error, que se subsanó inmediatamente, aunque alguno de ellos ha interpuesto demanda de resolución de contrato, conforme a lo dispuesto en el art. 50 ET . - Destacaron también, que se excluyó del despido a los trabajadores con preferencias legales, aunque algunos de ellos solicitaron su inclusión, por lo que se les concedió finalmente la posibilidad de adherirse voluntariamente.

Negaron en todo caso, que se hubiera producido ventas de activos.

Negaron finalmente que no se hubiera producido negociación efectiva, puesto que las empresas reconocieron a los trabajadores la antigüedad mayor, que acreditaran en cualquiera de las empresas del grupo y aunque admitieron, que se habían producido negociaciones conjuntas, fue debido a la solicitud de los representantes de los trabajadores.

SUPERMERCADOS SUPER OLÉ, SL y SUPERMERCADOS SUPER OLÉ LEVANTE, SL se opusieron a la demanda, haciendo suyas las alegaciones antes dichas, destacando, por otra parte, que han solicitado la liquidación definitiva y un despido colectivo, que afecta a la totalidad de sus plantillas, acreditando, de este modo, la concurrencia de una situación económica negativa.

La ADMINISTRACIÓN CONCURSAL DE SUPERMERCADOS SUPER OLÉ, SL se opuso a las demandas, excepcionando la incompetencia de la jurisdicción social, a tenor con lo dispuesto en los arts. 8.2 y 64 de la Ley Concursal , en relación con el art. 3 LRJS, que contempla la plena competencia del Juzgado de lo Mercantil, subrayando que en el Auto de declaración del concurso se solicitó a la Autoridad Laboral, que aportara los expedientes administrativos correspondientes.

El FONDO DE GARANTÍA SALARIAL se opuso a la demanda y excepcionó falta de legitimación pasiva ad processum.

Los demás codemandados no acudieron al acto del juicio, pese a que estaban citados legalmente.

Los demandantes se opusieron a la excepción de incompetencia de jurisdicción, porque la demanda se dirige contra empresas concursadas y no concursadas, porque constituyen un grupo de empresas laboral, cuyo conocimiento corresponde al orden social, como ha defendido el Auto de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo de 6-07-2011 .

Se opusieron, así mismo, a la excepción de falta de legitimación pasiva de las personas físicas codemandadas, puesto que concurría confusión patrimonial entre ellas y las empresas codemandadas, como se desprende de las cuentas consolidadas del año 2010, en las que aparecen multitud de operaciones vinculadas de las citadas personas físicas con las empresas codemandadas.

Se opusieron finalmente a la excepción de falta de legitimación pasiva, alegada por el FOGASA, puesto que varias de las empresas codemandadas están en suspensión de pagos, aunque no lo estén todas.

Quinto . - De conformidad con lo dispuesto en el art. 85, 6 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre , se precisa que los hechos pacíficos y controvertidos fueron los siguientes:

Pacíficos

1.- Se admitió concurso el 29-5-2012 en un Juzgado de lo mercantil de Almería .

Controvertidos

1.- Super Olé Levante presentó el 18-7-2012 ERE de totalidad de la plantilla y solicitud de liquidación.

2.- Se debate la concurrencia de grupo de empresas.

3.- Después del ejercicio 2010 se perdieron los requisitos para presentar las cuentas consolidadas.

4.- Distribuidora negocia precios y márgenes con proveedores de todas las empresas pero tienen facturación independiente.



- 5.- No hay prestación indistinta de trabajadores en las empresas aunque han podido ser contratadas unas personas al cesar en una empresa por otra.
 - 6.- Distribuidora lleva la actividad administrativa para el resto de las empresas pero siempre con facturación.
 - 7.- En la negociación las empresas admitieron antigüedad máxima de los trabajadores que hubiera.
 - 8.- En la negociación se hicieron reuniones conjuntas a iniciativa de los trabajadores.
 - 9.- Se niega que en los accionistas concurra levantamiento del velo.
 - 10.- Se ha admitido el impago de salarios por falta de liquidez aunque se abonarán las cifras al final del expediente.
 - 11.- En la documental facilitada a los trabajadores se aportaron los criterios para determinar los trabajadores afectados.
 - 12.- Por error se incluyó a un trabajador de Distribuidora, se corrigió el error y se le excluyó del ERE y este pidió ser incluido.
 - 13.- Se excluyó del ERE a madres en periodo de lactancia que pidieron ser incluidas, la empresa ofreció un período de carencia para las solicitudes de inclusión.
- Resultando y así se declaran, los siguientes

HECHOS PROBADOS

PRIMERO .- El 27-03-2012 se presentaron ante la Autoridad Laboral de Almería sendas comunicaciones de la apertura del período de consultas de despido colectivo de tres empresas, encuadradas en el denominado "GRUPO URIBE": DISTRIBUIDORA URIBE, SA; SUPERMERCADOS SUPER OLÉ, SL y SUPERMERCADOS SUPER OLÉ LEVANTE, SL.

La comunicación de SUPERMERCADOS SUPER OLÉ, SL se remitió por la Autoridad Laboral de Almería a la Dirección General de Empleo y la de SUPERMERCADOS SUPER OLÉ LEVANTE, SL a la Autoridad Laboral de Murcia.

SEGUNDO .- Las reuniones del período de consultas se realizaron conjuntamente por las empresas demandadas y la RLT de DISTRIBUIDORA URIBE, SA y SUPERMERCADOS SUPER OLÉ, SL y por una "comisión ad hoc", elegida por los trabajadores de los centros de trabajo afectados de SUPERMERCADOS SUPER OLÉ LEVANTE, SL, aunque se levantaron actas diferenciadas de dichas reuniones, celebradas los días 10, 18 y 26-04-2012, concluyendo sin acuerdo.

TERCERO. - En las comunicaciones de apertura del período de consultas se hicieron constar los extremos siguientes:

- a. La especificación de las causas del despido colectivo.
- b. Número y clasificación profesional de los trabajadores afectados por el despido.
- c. Número y clasificación profesional de los trabajadores empleados habitualmente en el último año.

No se especificó, sin embargo, el periodo previsto para la realización de los despidos, los criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por los despidos, (art. 51.2 del ET), la información sobre la composición de la representación de los trabajadores así como de la comisión negociadora del expediente de regulación de empleo, las actas relativas a la atribución de la representación a la comisión, (art 8 RD 801/2011) y el escrito de solicitud a los representantes de los trabajadores , del informe a que se refiere el art 64.5 a) y b) del estatuto de Los Trabajadores (art 8, apartado e del RD 801/2011).

Por la Autoridad Laboral se realizó advertencia a la empresa sobre estos extremos, de conformidad con lo establecido en el art 51.2 del RDL 1/1995 , por el que se aprueba el Texto refundido del estatuto de los Trabajadores, contestándose por la empresa que el criterio, seguido para designar a los trabajadores afectados, fue su adscripción a los centros de trabajo, que se pretendía cerrar.

Se aportó al expediente Memoria explicativa de las causas y análisis sobre viabilidad empresarial, cuentas anuales de los dos últimos ejercicios económicos completos, integradas por balance de situación, cuentas de pérdidas y ganancias, memoria abreviada de estos ejercicios y plan de Acompañamiento Social. No se aportan las cuentas provisionales de la solicitud del expediente firmadas por los administradores o representantes de la empresa, ni la declaración de la representación de la empresa sobre la exención de auditoría.



CUARTO . - DISTRIBUIDORA URIBE, SL presentó solicitud de concurso el 20-04-2012, al igual que SUPERMERCADOS SUPER OLÉ, SL, SUPERMERCADOS SUPER OLÉ LEVANTE, SL, INMOBILIARIA URIBE, SA y GESTIÓN INMOBILIARIA, SA. - La documentación, aportada en la solicitud del concurso se hizo llegar a los representantes de los trabajadores.

QUINTO . - El 29-05-2012 el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Almería dictó auto , en su procedimiento de concurso ordinario 237/2011, mediante el que declaró en situación de concurso de acreedores a DISTRIBUIDORA URIBE, SL, acumulándose a los concursos de SUPERMERCADOS SUPER OLÉ, SL, SUPERMERCADOS SUPER OLÉ LEVANTE, SL, INMOBILIARIA URIBE, SA y GESTIÓN INMOBILIARIA URIBE, SA.

SEXTO . - Los trabajadores, afectados por el ERE, no percibieron los salarios de febrero, marzo y abril de 2012, a diferencia de los restantes trabajadores de la empresa, habiéndoseles abonado solamente el 30% del salario de enero de 2012.

DISTRIBUIDORA URIBE, SA vendió un camión matrícula CZS a un proveedor (Frutas Rocalla, SL) por 26.550 euros, alegándose por la empresa que traía causa en dación en pago de deudas contraídas con dicha empresa, que no se han documentado. - Del mismo modo, dicha mercantil procedió a enajenar cuatro supermercados a don Segundo , antiguo trabajador de la empresa, sin contraprestación alguna, salvo el compromiso de subrogarse en los contratos de los trabajadores en tres de ellos y el pago de existencias y por 20.000 euros el cuarto supermercado, sito en Garrucha, que incluyen la explotación comercial, las instalaciones, mobiliario, enseres y dos vehículos. - La empresa no informó a los representantes de los trabajadores de las ventas mencionadas.

Las existencias de DISTRIBUIDORA URIBE, SL se han reducido en 45, 75% desde 2010, que ascendían a 4.503.339, 06 euros, pasando en 2011 a 2.060.362, 38 euros; SUPERMERCADOS SUPER OLÉ LEVANTE, SL han pasado de 621.057, 42 euros en 2010 a 446.460, 20 euros en 2011, lo que supone una reducción del 71, 89% y SUPERMERCADOS SUPER OLÉ, SL han pasado de 2.680.638, 54 euros en 2010 a 1.291.440, 08 euros en 2011, lo que supone una reducción del 48, 18%. - Se han producido, por otra parte, salidas de mercancías de los almacenes, que no tenían destinatario alguno.

SÉPTIMO . - En el período de consultas, las empresas codemandadas ofertaron únicamente la indemnización legal con cargo al FOGASA.

No obstante, aunque las empresas incluyeron a representantes de los trabajadores entre los afectados por el despido colectivo, se les excluyó durante la negociación del período de consultas.

Del mismo modo, incluidas inicialmente algunas trabajadoras con preferencias por cuidado de menores, se les excluyó posteriormente, aunque algunas de ellas solicitaron posteriormente su inclusión en el despido colectivo.

Al concluir el período de consultas las empresas demandadas admitieron la máxima antigüedad, que se acreditara en cualquiera de las empresas del "Grupo Uribe".

OCTAVO . - El 30 de Abril se comunica a los representantes legales de los trabajadores, que una vez terminado el período de consultas y ANTE LA FALTA DE ACUERDO:

- La empresa DISTRIBUIDORA URIBE S.A. procederá a la extinción de la relación laboral de 49 trabajadores, con fecha de 4 de mayo de 2012; y al traslado de 6 trabajadores, con fecha 7 de mayo de 2012.

- La empresa SUPERMERCADO SUPER OLÉ, procederá a la extinción de la relación laboral de 94 trabajadores, con fecha de 4 de mayo de 2012; y al traslado de 12 trabajadores, con fecha 5 de mayo de 2012.

Entre los trabajadores despedidos se ha incluido a quienes no trabajaban en centros cerrados, trasladándose los que trabajaban en los mismos a los centros de los que procedían los trabajadores incluidos efectivamente.

NOVENO . - Las empresas, afectadas por el despido colectivo, tienen fuertes deudas con Hacienda y con la Seguridad Social, habiéndose acreditado que SUPERMERCADOS SUPER OLÉ LEVANTE, SL tiene 69.335, 94 euros por descubiertos en la cotización, mientras que SUPERMERCADOS SUPER OLÉ, SL tiene una deuda de un millón de euros con la Seguridad Social y de 738.000 euros con Hacienda.

DÉCIMO . - La cifra de negocios de las empresas, afectadas por el despido colectivo, ha disminuido considerablemente:

DISTRIBUIDORA URIBE, SA pasó de 28.379.616, 79 euros en 2010 a 26.291.105, 65 euros en 2011.

SUPERMERCADOS SUPER OLÉ, SL de 29.366.635, 58 euros en 2010 a 26.157.189 euros en 2011.

SUPERMERCADO SUPER OLÉ LEVANTE, SL de 3.47.490, 33 euros en 2010 a 2.793.510, 55 euros en 2011.



Los resultados antes de impuestos han disminuido también en los ejercicios 2010 y 2011:

DISTRIBUIDORA URIBE, SA: de - 34.793, 55 euros a -4.497.749, 07 euros.

SUPERMERCADOS SUPER OLÉ LEVANTE, SL: de - 4.302, 75 euros a - 447.606, 83 euros.

SUPERMERCADOS SUPER OLÉ, SL: de - 41.628, 59 euros a - 1.267.869, 85 euros.

Dichas mercantiles han disminuido sustancialmente sus volúmenes de ventas en 2011 respecto a 2010:

DISTRIBUIDORA URIBE, SA: - 2.088.511, 14 euros.

SUPERMERCADOS SUPER OLÉ LEVANTE, SL: - 677.779, 78 euros.

SUPERMERCADOS SUPER OLÉ, SL: - 3.209.446, 58 euros.

UNDÉCIMO . - El capital social de las empresas codemandadas está suscrito mayoritariamente por don Eladio , don Fabio , don Gonzalo y doña Micaela , quienes dirigen dichas mercantiles, conocidas comercialmente como "Grupo Uribe".

DISTRIBUIDORA URIBE, SA actúa como central de compras de los supermercados pertenecientes a las sociedades integradas en el grupo de sociedades reseñadas (SUPERMERCADOS SUPER OLÉ, SL; SUPERMERCADOS SUPER OLÉ LEVANTE, SL; CASH URIBE NORTE, SL; CASH URIBE PONIENTE, SL; MINI STORE, SL; SUPER CASH URIBE, SL; INMOBILIARIA URIBE, SA y GESTIÓN INMOBILIARIA URIBE, SA), quienes se ocupan de su distribución minorista. - INMOBILIARIA URIBE, SA y GESTIÓN INMOBILIARIA URIBE, SA actúan como avalistas y garantes del grupo.

DISTRIBUIDORA URIBE, SA se ocupa de la gestión administrativa de todas las empresas del grupo, centralizadas mediante un sistema de caja única, que cubre las actividades de todas las demás, abonando particularmente los salarios de los trabajadores de todas las empresas.

En las cuentas consolidadas del ejercicio 2010, que fueron auditadas debidamente, aparecen operaciones vinculadas entre las sociedades codemandadas y las personas físicas codemandadas.

DUODÉCIMO . - Las empresas demandadas han utilizado habitualmente trabajadores de todas ellas.

DÉCIMO TERCERO . - El 18-07-2012 SUPERMERCADOS SUPER OLÉ LEVANTE, SL solicitó al Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Almería, que procediera a la apertura del período de liquidación, solicitando en la misma fecha se autorizara el despido colectivo de todo su personal.

Se han cumplido las previsiones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO . - De conformidad con lo prevenido en el artículo 97, 2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre los hechos, declarados probados, se han deducido de las pruebas siguientes:

- a. - El primero no fue controvertido, reputándose conforme, a tenor con lo dispuesto en el art. 87.1 LRJS.
- b. - El segundo no fue combatido, deduciéndose, en todo caso, de las actas citadas, que obran en los expedientes administrativos incorporados a los autos por las Autoridades Laborales citadas.
- c. - El tercero de los informes de la Inspección de Trabajo, que obran como documento 9 del expediente de Distribuidora; del documento 10 del expediente de SUPERMERCADOS SUPER OLÉ y del documento 3 del expediente administrativo de SUPERMERCADOS SUPER OLÉ, SL.
- d. - El cuarto y quinto del Auto citado, que obra como documento 4 del expediente administrativo de SUPERMERCADOS SUPER OLÉ LEVANTE y como documento 4 de HISPACONTROL Y PARRA (descripción 135), que fue reconocido de contrario. - Es conforme la aportación de la documentación de solicitud del concurso a la representación de los trabajadores, deduciéndose, en todo caso, de la memoria aportada como documento 14 de los demandantes (descripción 153 de autos), que fue reconocida de contrario.
- e. - El sexto de los informes de la Inspección ya citados, así como de las memorias, aportadas por las empresas demandadas y del informe pericial, practicado en el acto del juicio, admitiéndose por don Fabio en interrogatorio de parte que no pagaron a los trabajadores afectados por el despido, aunque matizó que se debió a un error, que no precisó, ni se acreditó de ningún modo por los demandados.
- f. - El séptimo de las actas citadas, particularmente las que pusieron fin al período de consultas sin acuerdo, que se reproducen en los informes de la Inspección de Trabajo reiterados.



- g. - El octavo no se combatió, en lo que se refiere a los trabajadores afectados, deduciéndose que se produjeron cambios de trabajadores en los términos descritos por la declaración testifical de doña María Teresa .
- h. - El noveno de los informes de la Inspección de Trabajo.
- i. - El décimo de las cuentas de las empresas codemandadas, así como de las memorias que se aportaron al inicio del período de consultas.
- j. - El undécimo se refleja en las actas de la Inspección, reconociéndose expresamente por don Fabio , quien admitió las funciones de Distribuidora, particularmente su actuación como caja única del Grupo Uribe. - Las cuentas auditadas de 2010 y las de 2011 obran como documentos 3 y 4 de los demandantes (descripciones 12 y 13 de autos), que fueron reconocidas de contrario.
- k. - El duodécimo de los informes de vida laboral, que obran como documento 5 del ramo de los demandantes (descripción 144 de autos), que fue reconocido de contrario, así como de las declaraciones de doña Teodora , don Pablo Jesús , don Alonso y doña María Teresa .
- l. - El décimo tercero de las solicitudes citadas, que se aportaron en el acto del juicio por la mercantil antes dicha.

SEGUNDO . - Las personas jurídicas y las personas físicas codemandadas excepcionaron, en primer lugar, incompetencia de jurisdicción por razón de la materia, porque el conocimiento del litigio compete de forma exclusiva y excluyente al juez del concurso, a tenor con lo dispuesto en el art. 3.h LRJS, en relación con los arts. 8.2 y 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal , adhiriéndose tanto los administradores concursales comparecidos, como el FOGASA.

Los demandantes, como anticipamos más arriba, se opusieron a la excepción, porque la causa de pedir principal de su demanda es que las empresas codemandadas constituyen un grupo mercantil a efectos laborales, cuyo conocimiento compete al orden jurisdiccional social, apoyándose, a estos efectos, en el Auto de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo de 6-07- 2011.

El art. 3.h LRJS excluye del conocimiento de la jurisdicción social las pretensiones cuyo conocimiento y decisión esté reservado por la Ley Concursal a la jurisdicción exclusiva y excluyente del juez del concurso. - Por el contrario, el art. 8.1 LRJS encomienda a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional el conocimiento en única instancia de los procesos de despido colectivo impugnados por los representantes de los trabajadores de conformidad con lo previsto en los apartados 1 a 10 del art. 124 de esta Ley , cuando extiendan sus efectos a un ámbito territorial superior al de una Comunidad Autónoma.

Así pues, la resolución de la excepción exigirá despejar, si la Ley concursal encomienda de modo exclusivo y excluyente al Juez del Concurso el conocimiento exclusivo y excluyente de los despidos colectivos consumados, como sucede aquí, con anterioridad a la declaración del concurso.

Para resolver dicho interrogante conviene reproducir, en primer término, lo dispuesto en el art. 8.2 de la Ley Concursal , que precisa la competencia del Juez del concurso y en segundo lugar el art. 64.1 de dicha norma , que precisa las funciones del juez del concurso en los expedientes de extinción de contrato de las empresas concursadas.

El art. 8.2 de la Ley Concursal dice lo siguiente:

"2º Las acciones sociales que tengan por objeto la extinción, modificación o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en los que sea empleador el concursado, así como la suspensión o extinción de contratos de alta dirección, sin perjuicio de que cuando estas medidas supongan modificar las condiciones establecidas en convenio colectivo aplicable a estos contratos se requerirá el acuerdo de los representantes de los trabajadores. En el enjuiciamiento de estas materias, y sin perjuicio de la aplicación de las normas específicas de esta ley, deberán tenerse en cuenta los principios inspiradores de la ordenación normativa estatutaria y del proceso laboral" .

El art. 64.1 LRJS dice lo siguiente:

"Los expedientes de modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, incluidos los traslados colectivos, y de suspensión o extinción colectivas de las relaciones laborales, una vez declarado el concurso, se tramitarán ante el juez del concurso por las reglas establecidas en el presente artículo. Si a la fecha de la declaración del concurso estuviere en tramitación un expediente de regulación de empleo, la autoridad laboral remitirá lo actuado al juez del concurso. Dentro de los tres días siguientes al de recepción del expediente, el secretario judicial citará a comparecencia a los legitimados previstos en el apartado siguiente para exponer y justificar, en su caso, la procedencia de continuar con la tramitación de las medidas colectivas, conforme a lo previsto en este artículo. Las actuaciones practicadas en el expediente anterior hasta la fecha de la declaración



de concurso conservarán su validez en el expediente que se tramite ante el juzgado. Si a la fecha de la declaración de concurso ya hubiera recaído resolución que autorice o estime la solicitud, corresponderá a la administración concursal la ejecución de la resolución. En todo caso, la declaración de concurso ha de ser comunicada a la autoridad laboral a los efectos que procedan" .

La lectura de ambos preceptos permite concluir, que el requisito constitutivo, para activar la competencia del juez del concurso en las extinciones colectivas, es que la empresa haya sido declarada en concurso, en cuyo caso la administración concursal, el deudor o los trabajadores de la empresa concursada podrán solicitar del juez del concurso la extinción colectiva de los contratos de trabajo, conforme dispone el art. 64. 2 LC , sustituyendo el juez del concurso a la Autoridad Laboral, como se deduce inequívocamente del art. 64.7 LC .

Esa es la razón, por la que el art. 64.1 LC dispone que si a la fecha de declaración del concurso estuviere en tramitación un expediente de regulación de empleo, la Autoridad laboral lo remitirá al juez del concurso, ya que la competencia exclusiva y excluyente para la autorización del expediente le corresponde, desde la declaración del concurso, al juez del mismo.

En el supuesto debatido, constatamos que el despido colectivo se consumó el 30-04-2012, cuando las empresas demandadas, afectadas por el concurso, no habían sido declaradas en situación de concurso, lo que se produjo mediante sendos autos del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Almería de 29-05-2012 , dos días hábiles después de presentarse la presente demanda ante la Sala.

Por consiguiente, si el despido ya se había consumado antes de la declaración del concurso, debemos descartar que su impugnación corresponda exclusiva y excluyentemente al juez del concurso, cuyas competencias se limitan a autorizar o denegar los despidos colectivos, que se produzcan después de la declaración del concurso, de conformidad con lo dispuesto en el art. 64.7 LC , sin que quepa remitir lo actuado desde la Sala, como pretenden los demandados, porque el art. 64.1 LC se refiere expresamente a expedientes de regulación de empleo, presentados ante la Autoridad Laboral, que se encuentren pendientes de resolución por la misma en la fecha de declaración del concurso, lo que no sucede aquí, puesto que la nueva versión del art. 51 ET , dada por el RDL 3/2012, liquidó la autorización administrativa para los despidos colectivos, que se deciden libremente por el empresario, de manera que el juez del concurso ya no tiene nada que autorizar.

Por lo demás, el art. 51.1 LC dispone lo siguiente:

"Los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración de concurso continuarán sustanciándose ante el mismo tribunal que estuviere conociendo de ellos hasta la firmeza de la sentencia. Por excepción se acumularán de oficio al concurso, siempre que se encuentren en primera instancia y no haya finalizado el acto de juicio o la vista, todos los juicios por reclamación de daños y perjuicios a la persona jurídica concursada contra sus administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, y contra los auditores" .

Dicho precepto ha sido interpretado por el Auto de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo de 24-06-2010, rec. 29/2009 , EDJ 2010/145258, del modo siguiente:

"Ello implica la atribución del conocimiento de la fase declarativa de los procesos que tengan alguno de los objetos que se concretan tanto en el art. 8, como en los arts. 64 y 65 LCon. En estos dos preceptos se incluyen supuestos de extinción contractual, regidos en todo caso por el carácter colectivo de la ruptura del nexo contractual laboral, con la sola excepción de los contratos de trabajo de quienes estén vinculados a la empresa mediante una relación laboral de carácter especial de alta dirección (art. 2.1 a) del Estatuto de los Trabajadores EDL 1995/13475 y Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto EDL1985/8994). Por otra parte, las acciones de impugnación por la extinción del contrato habrán de someterse a lo que señala el art. 51.1 LCon, que contiene una regla general según la cual "los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración de concurso se continuarán hasta la firmeza de la sentencia".

Varias son las razones por las que no es posible enmarcar en el ámbito de competencia del juez del concurso la acción de los trabajadores:

a) La demanda de despido es anterior a la declaración de concurso. Al respecto, habrá de estarse a la fecha de su presentación y no, como sostiene el Auto del Juzgado de lo Social, a la expresa admisión a trámite. Y ello, porque la tramitación del procedimiento de despido se inicia desde el momento de la presentación de la demanda, con independencia de que el Juzgado, debiendo examinar su competencia, como así hace, no dicte otra resolución que aquella por la que decide declararse incompetente y, por tanto, no declara admitida a trámite de la demanda; puesto que tal es la consecuencia prevista en el art. 5 LPL EDL1995/13689 .

b) Pese a ello, el art. 51.1 LCon establece la excepcional acumulación al concurso de los procedimientos declarativos ya iniciados cuando se den dos requisitos: 1º) que sean competencia del juez del concurso con



arreglo al art. 8; y 2º) que el juez del concurso estime que su resolución tiene transcendencia sustancial para la formación del inventario de la lista de acreedores. De ello se desprende que, aun en el caso, de que se tratara de acciones de las que se incluyen en el art. 8.2 LCon - sobre lo que nos detendremos a continuación- sería el juez del concurso el competente para evaluar la conveniencia de su acumulación al procedimiento concursal y, por ende, la atribución del conocimiento de las mismas a dicho juez del concurso, sin que el juez de lo social pueda efectuar la estimación de la transcendencia a la que el art. 51.1 LCon se refiere.

c) Se añade a lo dicho el que las acciones ejercitadas acumuladamente por los 20 trabajadores demandantes tienen por objeto la impugnación de los despidos individuales efectuados por la empresa al amparo del art. 52 c) del Estatuto de los trabajadores EDL1995/13475.

Descartado que los demandantes ostentaran la condición de personal laboral especial de alta dirección - circunstancia que no se alega, ni resulta de lo actuado- y eliminada asimismo la posibilidad de acudir a la excepción del art. 64.10 LCon que equipara a una extinción colectiva la pretensión de extinción del contrato de trabajo por parte de los trabajadores por el vía del art. 50.1 b) del Estatuto de los trabajadores EDL 1995/13475 pues en el presente caso se parte de una comunicación expresa de despido por parte de la empresa, únicamente la consideración de que la extinción de los contratos de trabajo de los actores tenía afectación colectiva hubiera permitido, en su caso, incluir el supuesto en el art. 8.2 LCon y, por ende, abrir la posibilidad a que el juez del concurso hiciera uso de la facultad de decretar la acumulación del procedimiento declarativo iniciado.

Pero, además, de que, como hemos dicho, se trataría de una decisión que habría de adoptar el juez de concurso, no cabe hacer consideraciones sobre el carácter colectivo del despido con carácter previo y con el único fin de alterar la competencia del órgano judicial del orden social para resolver sobre la pretensión, siendo en el debate y resolución de la misma en donde, en su caso pudiera suscitarse la calificación del despido en atención a la infracción de las normas sobre los umbrales, si éste fuera un extremo alegado y controvertido".

Consecuentemente, como el procedimiento de impugnación de despidos colectivos, regulado en el art. 124 LRJS, es propiamente un juicio declarativo, tal y como se desprende de su apartado 9, donde se pone de manifiesto que todos los pronunciamientos de la sentencia deben ser declarativos y constatado que la presente demanda se presentó el 24-05-2012, se hace evidente que su conocimiento no compete de modo exclusivo y excluyente al juez del concurso, como exige el art. 3.h LRJS, sino a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, a tenor con lo dispuesto en el art. 8.1 LRJS.

Confirma la tesis expuesta, lo dispuesto en el art. 124.9 LRJS, donde se prevé como causa de nulidad del despido colectivo, cuando la decisión extintiva no haya obtenido la autorización del juez del concurso, puesto que acredita que corresponde únicamente al juez del concurso autorizar o no la medida extintiva colectiva, promovida por la Administración del concurso, la empresa o los representantes de los trabajadores, de manera que, si una empresa concursada despide, sin contar con la autorización del juez del concurso, la medida se declarará nula, pero dicha declaración no corresponderá al juez del concurso, sino al órgano jurisdiccional social competente, puesto que la nulidad del despido colectivo solo puede declararse mediante sentencia y el juez del concurso resuelve mediante auto, a tenor con lo dispuesto en el art. 64.7 LC.

Queremos cerrar este fundamento, citando el Auto de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo de 28-09-2011, rec. 37/2011, EDJ 2011/242499, donde se deja claro que en los litigios, interpuestos con anterioridad a la declaración del concurso, en los que la causa de pedir afecte a empresas concursadas y no concursadas, como sucede aquí, el conocimiento del litigio corresponde necesariamente al orden social.

Desestimamos, por tanto, la excepción propuesta y declaramos nuestra competencia para el conocimiento de la presente demanda, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 9, 5 y 67 de la Ley Orgánica 6/85, de 1 de julio, del Poder Judicial, en relación con lo establecido en los artículos 8.1 y 124. 1 a 10 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre

TERCERO . - Las personas físicas codemandadas excepcionaron falta de legitimación pasiva, porque ni son, ni han sido, empleadores de los trabajadores afectados por el despido colectivo, oponiéndose los demandantes, quienes defendieron que los señores Eladio Micaela Fabio Gonzalo eran los empresarios reales, como demuestra la confusión patrimonial existente entre sus patrimonios particulares y el patrimonio social de las empresas codemandadas.

Las fuentes de la teoría del levantamiento del velo de las personas jurídicas, como recuerda la STS 8-06-2005, rec.150/2004, EDJ 2005/108948, no son legales, sino jurisprudenciales, porque el fenómeno equivale a una derogación de las reglas de la persona jurídica, y tiene lugar con ocasión de litigios en los que el Juez estima que los principios de la persona jurídica han sido en realidad desconocidos por los propios socios o componentes de la entidad, pero tanto la doctrina como la jurisprudencia parten de la regla general del respeto a la personalidad, admitiendo la posibilidad ocasional de levantar el velo debido a la prevalencia de



las realidades económicas sobre las formas jurídicas, añadiendo la citada sentencia que para proceder al levantamiento del velo deben concurrir una serie de circunstancias, tales como la confusión de patrimonios, la infracapitalización, el fraude, la persona jurídica ficticia y la conclusión de contratos entre la persona física y "su" sociedad.

Así pues, correspondía probar a los demandantes, quienes cargaban con la prueba, a tenor con lo dispuesto en el art. 217.2 LEC, la confusión patrimonial entre los socios y las mercantiles codemandadas, ya que la concurrencia de operaciones vinculadas entre socios y mercantiles (hecho probado undécimo) no demuestra por sí sola confusión patrimonial, siendo un fenómeno típico de las relaciones mercantiles, que debería haberse desentrañado por los demandantes, para acreditar que dichas vinculaciones contables se apartaron del recto tráfico mercantil, lo que no ha sucedido de ningún modo.

No han probado tampoco la concurrencia de ninguno de los supuestos, referidos más arriba, puesto que centraron su pretensión de responsabilizar a los socios en la concurrencia de operaciones vinculadas entre socios y mercantiles, debemos estimar obligatoriamente la falta de legitimación pasiva de los señores Eladio Micaela Fabio Gonzalo.

CUARTO . - El FOGASA excepcionó falta de legitimación ad processum, que no podemos compartir, puesto que varias empresas codemandadas están declaradas en concurso, procediendo, por consiguiente, que el FOGASA sea parte en el procedimiento, conforme a lo dispuesto en el art. 23.2 LRJS, aunque la causa de pedir principal sea que las empresas codemandadas constituyan un grupo de empresas a efectos laborales.

QUINTO . - Los demandantes mantuvieron desde el inicio del período de consultas, que el empresario real no era propiamente DISTRIBUIDORA URIBE, SA, SUPERMERCADOS SUPER OLÉ, SL y SUPERMERCADOS SUPER OLÉ LEVANTE, SL, sino el denominado "GRUPO URIBE" en su conjunto, que era un grupo de empresa a efectos laborales, oponiéndose los demandados, quienes defendieron que no eran un grupo de empresas a efectos laborales, aunque admitieron pacíficamente que eran un grupo de empresas mercantil.

La jurisprudencia, por todas STS 10-06-2008, rec. 139/2005, RJ 2008\4446, ha sintetizado las diferencias existentes entre el grupo de empresas laboral y el mercantil del modo siguiente:

" Para ello, y por razones de seguridad jurídica, hemos de referirnos a la doctrina de esta Sala del Tribunal Supremo relativa a los Grupos de Empresa y a la comunicabilidad de las responsabilidades empresariales de las sociedades que lo forman, que es pacífica y uniforme en orden a la exigencia de los elementos y requisitos que deben darse para que la existencia de un grupo de empresas tenga consecuencias sobre los contratos de trabajo que mantengan las empresas integrantes del grupo para con sus trabajadores y a la hora de fijar las responsabilidades laborales.

Como señala esta Sala del Tribunal Supremo de 26 de enero de 1998 (RJ 1998\1062), recordada por la de 21 de diciembre de 2000 (rec. 4383/1999 [RJ 2001\1870]) citada en la de instancia: "(...) el grupo de empresas, a efectos laborales, ha sido una creación jurisprudencial en una doctrina que no siempre siguió una línea uniforme, pero que hoy se encuentra sistematizada en la Jurisprudencia de esta Sala". Así ya se afirmó que "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" (Sentencias de 30 de enero [RJ 1990\233] , 9 de mayo de 1990 [RJ 1990\3983] y 30 de junio de 1993 [RJ 1993 \4939]). No puede olvidarse que, como señala la sentencia de 30 de junio de 1993 (RJ 1993\4939), "los componentes del grupo tienen en principio un ámbito de responsabilidad propio como persona jurídicas independientes que son". La dirección unitaria de varias entidades empresariales no es suficiente para extender a todas ellas la responsabilidad. Ese dato será determinante de la existencia del Grupo empresarial. No de la responsabilidad común por obligaciones de una de ellas. Como dicho queda, para lograr tal efecto, hace falta un plus, un elemento adicional, que la Jurisprudencia de esta Sala ha residenciado en la conjunción de alguno de los siguientes elementos: 1) Funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo (SS. de 6 de mayo de 1981 [RJ 1981\2103] y 8 de octubre de 1987 [RJ 1987\6973]). 2.- Prestación de trabajo común, simultánea o sucesiva, en favor de varias de las empresas del grupo (SS. 4 de marzo de 1985 [RJ 1985\1270] y 7 de diciembre de 1987 [RJ 1987\8851]). 3.- Creación de empresas aparentes sin sustento real, determinantes de una exclusión de responsabilidades laborales (SS. 11 de diciembre de 1985 [RJ 1985\6094], 3 de marzo de 1987 [RJ 1987\1321], 8 de junio de 1988 [RJ 1988\5256], 12 de julio de 1988 [RJ 1988\5802] y 24 de julio de 1989 [RJ 1989\5908]). 4. Confusión de plantillas, confusión de patrimonios, apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección (SS. de 19 de noviembre de 1990 [RJ 1990\8583] y 30 de junio de 1993 [RJ 1993\4939]). Y todo ello teniendo en cuenta que "salvo supuestos especiales, los fenómenos de circulación del trabajador dentro de las empresas del mismo grupo no persiguen una interposición ilícita en el contrato para ocultar al empresario real, sino que obedecen a razones técnicas y organizativas derivadas de la división del trabajo dentro



del grupo de empresas; práctica de lícita apariencia, siempre que se establezcan las garantías necesarias para el trabajador, con aplicación analógica del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995\997) " .

Siendo pacífico que el denominado "GRUPO URIBE", compuesto por todas las mercantiles codemandadas, es un grupo de empresas en el que concurre una dirección unitaria, personificada en sus administradores sociales, que son todos miembros de la familia Eladio Micaela Fabio Gonzalo , quienes detentan la mayoría de su capital social, siendo, así mismo, pacífico, que DISTRIBUIDORA URIBE, SA es la empresa dominante, como admitieron las mercantiles en la memoria presentada ante el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Almería, que lo refleja en sus autos de 29-05-2012, debemos despejar, a continuación, si concurren las notas, exigidas por la jurisprudencia, para considerarle también un grupo de empresas a efectos laborales, a lo que anticipamos desde ahora una respuesta positiva.

Nuestra respuesta es positiva, porque se ha acreditado, como resaltó el FOGASA, que el GRUPO URIBE funciona en régimen de caja única, centralizada en DISTRIBUIDORA URIBE, SA, que cobra todas las facturas y atiende a todos los gastos de las diferentes empresas del grupo, incluyendo los salarios de todos los trabajadores del Grupo, como admitió en interrogatorio de parte don Fabio , concluyéndose por la Sala que dicho funcionamiento unitario permite presumir la concurrencia de confusión patrimonial entre las empresas del grupo, de conformidad con lo dispuesto en el art. 386. LEC , puesto que no se ha probado eficientemente por los demandados, que un régimen económico tan atípico tenga fundamento contractual entre las mercantiles codemandadas y se apoye en soportes contables creíbles y transparentes, debiendo resaltarse, a estos efectos, que nadie ratificó ni adveró, de ningún modo, documentos de los que pudiera deducirse efectivamente que la centralización del régimen económico se contabilizara adecuadamente y se retribuyera conforme a las reglas de mercado por los demás componentes del Grupo.

Se ha probado, a mayor abundamiento, que DISTRIBUIDORA URIBE, SA no actúa solamente como central de compras, sino que es quien desarrolla la totalidad de la actividad administrativa de las empresas del Grupo, de manera que, si dicha mercantil era quien organizaba el funcionamiento de todas las empresas del grupo, compraba las mercancías, las facturaba y cobraba las facturas, haciendo finalmente frente a la totalidad de los gastos de las empresas, incluyendo el abono de los salarios de los trabajadores, parece evidente que las demás mercantiles del grupo no actuaban propiamente como empresas autónomas en el tráfico mercantil, limitándose a actuar como corifeos o apariencias de empresas, que encubrían a la empresa real, que era el Grupo en su conjunto, cuyo centro de operaciones se ejecutaba por DISTRIBUIDORA URIBE, SA.

Se ha demostrado, por otra parte, que los trabajadores del GRUPO URIBE han trabajado indistintamente y también simultáneamente para las diferentes empresas del grupo, siendo revelador que en las negociaciones del período de consultas se negociara conjuntamente por todas las empresas, acreditando, de este modo, la unidad empresarial, aunque se intentara generar más confusión, si cabe, mediante la formalización de actas diferenciadas, que no acreditaban la realidad de lo sucedido.

Revela finalmente, a nuestro juicio, la existencia de grupo de empresas a efectos laborales, que en las actas finales del período de consultas las empresas admitieran la mayor antigüedad de sus trabajadores en cualquiera de las empresas del Grupo, ya que dicho reconocimiento demuestra, por los propios actos de los demandados, que el Grupo como tal era el auténtico empleador de los trabajadores de las distintas empresas, puesto que si no hubiera sido así, si los trabajadores hubieran rotado entre las empresas del grupo después de finalizar contratos en otras empresas del grupo, no habría razón para el reconocimiento de toda la antigüedad en un grupo de empresas, que al finalizar el período de consultas era plenamente consciente de su decisión de solicitar concurso de acreedores (hecho probado tercero).

La tesis expuesta ha sido aplicada en supuestos similares por sentencias del TSJ Cataluña de 23-05-2012, proce. 10/2012 , TSJ Madrid de 30-05-2012, proce. 17/2012 ; 25-06-2012, proce. 21/2012 y 11-07-2012, proce. 32/2012 , estudiando supuestos de despidos colectivos promovidos por grupos de empresa a efectos laborales.

SEXTO . - La comunicación de la apertura del período de consultas, de conformidad con lo dispuesto en el art. 51.2 ET , se realizará mediante escrito dirigido por el empresario a los representantes legales de los trabajadores, una copia del cual se hará llegar a la autoridad laboral. En dicho escrito se consignarán los siguientes extremos:

- a) La especificación de las causas del despido colectivo conforme a lo establecido en el apartado 1.*
- b) Número y clasificación profesional de los trabajadores afectados por el despido.*
- c) Número y clasificación profesional de los trabajadores empleados habitualmente en el último año.*
- d) Periodo previsto para la realización de los despidos.*



e) *Criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por los despidos.*

La referida comunicación deberá ir acompañada de una memoria explicativa de las causas del despido colectivo y de los restantes aspectos señalados en el párrafo anterior".

El art. 6.4 RD 801/2011, de 10 de junio, que regula la documentación de los despidos colectivos por causas económicas, cuando la empresa forme parte de un grupo de empresas, dice lo siguiente:

" Cuando la empresa solicitante forme parte de un grupo de empresas, con obligación de formular cuentas consolidadas, deberán acompañarse las cuentas anuales e informe de gestión consolidados de la sociedad dominante del grupo debidamente auditadas, en el caso de empresas obligadas a realizar auditorías, durante el período señalado en el apartado 2, siempre que en el grupo existan empresas que realicen la misma actividad o pertenezcan al mismo sector de actividad y que existan saldos deudores o acreedores de la empresa solicitante con cualquier empresa del grupo. Si no existiera obligación de formular cuentas consolidadas, además de la documentación económica de la empresa solicitante a que se ha hecho referencia, deberán acompañarse las de las demás empresas del grupo debidamente auditadas, en el caso de empresas obligadas a realizar auditorías, siempre que dichas empresas tengan su domicilio social en España, tengan la misma actividad que la solicitante o pertenezcan al mismo sector de actividad y tengan saldos deudores o acreedores con la empresa solicitante".

Aunque las empresas demandadas alegaron, que no estaban obligadas a formular cuentas consolidadas, pese a admitir que constituían un grupo de empresas mercantil, lo cierto es que no practicaron prueba alguna para acreditar que no estaban obligadas a ello, ni tampoco sobre la obligación de realizar auditorías, aunque auditaron sus cuentas en el ejercicio 2010. - En cualquier caso, aunque admitiéramos, a efectos dialécticos, que no estaban obligadas a la consolidación de cuentas, ni tampoco a su auditoría, estarían obligadas a presentar toda la documentación económica, reflejada más arriba, de la totalidad de las empresas del grupo.

No habiéndolo hecho así, puesto que solo presentaron la documentación, referida en el hecho probado tercero, que afectaba únicamente a DISTRIBUIDORA URIBE, SA; SUPERMERCADOS SUPER OLÉ, SL y SUPERMERCADOS SUPER OLÉ LEVANTE, SL, se hace evidente que incumplieron lo dispuesto en el art. 6.4 RD 801/2011, de 10 de junio, por lo que, acreditado, a juicio de la Sala, que el empresario real era el GRUPO URIBE en su conjunto, debemos concluir que no respetaron el procedimiento, previsto en el art. 51.2 ET, lo que nos obliga a declarar la nulidad de la extinción colectiva, de conformidad con lo dispuesto en el art. 124.9 LRJS.

SÉPTIMO. - La fragmentación del despido colectivo, dividido artificialmente en tres partes, pese a que las empresas constituyen un grupo de empresas a efectos laborales, quiebra el principio de buena fe, que les era exigible de conformidad con lo dispuesto en el art. 51.2 ET, puesto que impedía, como reflejan los informes de la Inspección de Trabajo, comprobar cual era la auténtica realidad empresarial, siendo absolutamente revelador, a nuestro juicio, que se negociara conjuntamente durante el período de consultas, aunque se intentara ocultar dicha negociación mediante la suscripción de actas diferenciadas.

Se ha probado, por lo demás, que la empresa no pagó más que el 30% del salario de enero 2012 a los trabajadores afectados por el despido, adeudándoles hasta la fecha los salarios de febrero a abril inclusive de 2012, aunque si los abonó a los demás trabajadores de la empresa, lo que constituye, a nuestro juicio, una presión intolerable, que vicia el período de consultas, de conformidad con lo dispuesto en el art. 7 CC, ya que el impago selectivo de salarios constituye un trato peyorativo, que no podía tener más finalidad que forzar la conformidad de los representantes de los trabajadores, presionados por el impago de salarios a sus compañeros, no habiéndose probado por los demandados, que dicha conducta tuviera causa en un simple error, siendo también significativo que se incluyera inicialmente entre los afectados a representantes de los trabajadores, ya que dicha inclusión, aunque se corrigiera posteriormente, impidió que el período de consultas se negociara con el sosiego y equilibrio necesarios desde su inicio, quebrándose nuevamente las reglas de la buena fe contractual, que eran exigibles a las empresas demandadas, conforme a lo dispuesto en los arts. 20 y 51.2 ET.

Se ha demostrado también, que la empresa no precisó inicialmente los criterios de selección de los trabajadores afectados, incumpliendo, por consiguiente, lo dispuesto en el art. 51.2 ET, en relación con el art. 8.c RD 801/2011, lo que constituye un vicio grave, como destacó STSJ Madrid de 25-06-2012, demanda 21/2012, puesto que impide que el período de consultas alcance sus fines, ya que si los representantes de los trabajadores desconocen los criterios de selección, no solo se les hurtan los derechos de información, que les corresponden legalmente, sino que impiden negociar razonablemente la retirada o la limitación de efectos del despido colectivo, que constituye la finalidad primordial del período de consultas, como viene sosteniéndose por la doctrina comunitaria, por todas STJCE 10-09-2009, TJCE 2009\263.

En efecto, la eficacia de los procedimientos de información y consulta, reguladas en la Directiva 1998/59/CE, cuyo objeto es que sea posible, "...por una parte, la formulación de propuestas constructivas, al menos, sobre



las posibilidades de evitar o de reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias y, por otra parte, la presentación de eventuales observaciones a la autoridad pública competente", quedaría vacía de contenido, como resalta la STJCE 16-07-2009 , TJCE 2009\237, porque haría inviable el objetivo del período de consultas, que consiste en evitar, reducir o atenuar las consecuencias del despido colectivo, impidiendo, por otra parte, realizar observaciones por la autoridad laboral, cuando no se sabe, siquiera, por qué el despido colectivo afecta a unos trabajadores y no a otros.

Del mismo modo quedaría quebrado el derecho a la negociación, predicado del período de consultas, como subraya la STJCE 27-01-2005 , TJCE 2005\31, cuyo sentido desaparecería si su objetivo principal - evitar o reducir el despido colectivo - no cuenta con las razones de afectación de trabajadores, privando también la razón de ser de la notificación a la Autoridad laboral, regulada en el art. 4.2 de la Directiva y en el art. 51.2 ET , cuya finalidad es permitir a la autoridad competente buscar soluciones a los problemas planteados por los despidos colectivos considerados, debiendo tenerse presente, en cualquier caso, que el deber de negociar, establecido por el ET, exige que se hayan cumplido las exigencias de dicho precepto, tratando efectivamente sobre causas, efectos y modo de paliar los mismos sobre los trabajadores afectados, no siendo exigible un formalismo enervante al respecto, por todas TS 30-06-2011, rec. 173/2010 .

De hecho, la jurisprudencia comunitaria ha subrayado el valor de las herramientas de información, consulta y participación de los representantes de los trabajadores a tal punto que no se excusa el cumplimiento de los art. 2, 3 y 4 de la Directiva, aunque se hubiere decidido la disolución y liquidación de la sociedad por mandato judicial, siendo exigible su cumplimiento al empleador mientras la empresa mantenga su personalidad jurídica, por todas STJCE 3-03-2011 , EDJ 2011/8346.

Es cierto y no escapa a la Sala, que la empresa explicó los criterios de selección, cuando se le requirió por la Autoridad Laboral, pero no es menos cierto que se trata de una subsanación extemporánea, puesto que los representantes de los trabajadores no la conocieron durante la totalidad del período de consultas, habiéndose acreditado, en todo caso, que los criterios alegados - trabajadores de los centros que se pretendía cerrar - no se respetó, puesto que al menos en un centro de trabajo de SUPERMERCADOS SUPER OLÉ LEVANTE (hecho probado séptimo) se trasladó a los trabajadores de ese centro y se despidió a los que estaban en el centro no cerrado, quebrándose nuevamente los principios de buena fe, puesto que se propuso un sistema de selección y se aplicó arbitrariamente otro.

Si añadimos, que la empresa ha vendido activos, reflejados en el hecho probado sexto, sin justificar debidamente la finalidad y razonabilidad de las ventas, como refleja el informe de la Inspección de Trabajo, no habiéndoselo comunicado a los representantes de los trabajadores, como le era exigible, se constata un incumplimiento generalizado del procedimiento, previsto en el art. 51.2 ET , que nos obliga a declarar la nulidad de los despidos producidos.

OCTAVO . - Acreditado que cinco empresas codemandadas están en concurso de acreedores, que se tramita ante el Juzgado Mercantil nº 1 de Almería, procede condenar a los Administradores concursales, en su calidad de tales, a estar y pasar por la declaración de nulidad de los despidos colectivos.

NOVENO . - Declarado el concurso de varias de las empresas demandadas se citó como parte al FOGASA, cumpliendo, de este modo, lo dispuesto en el artículo 23, 2 LRJS, sin que proceda, en este momento procesal, su condena o absolución, ya que no concurren los supuestos previstos en el artículo 33 del Estatuto de los trabajadores , sin perjuicio de las responsabilidades que pudieran pararle caso de insolvencia de la empresa condenada.

Sin costas por tratarse de conflicto colectivo y no apreciarse temeridad en ninguno de los litigantes.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

En la demanda de impugnación de despido colectivo, promovida por D. Carlos Francisco Rte. Sindical de Supermercados SUPER OLÉ, S.L. Centro San Antón, D. Abel , D. Anselmo y D. Bernardo , desestimamos la excepción de falta incompetencia de jurisdicción por razón de la materia, alegada por las empresas codemandadas, a la que se adhirieron tanto la Administración concursal, como el FOGASA y declaramos la competencia de la Sala para conocer de la demanda antes dicha.

Desestimamos, así mismo, la excepción de falta de legitimación pasiva, alegada por el FOGASA.

Estimamos la excepción de falta de legitimación pasiva de D. Eladio , D. Fabio , D. Gonzalo y DOÑA Micaela .



Estimamos la demanda de impugnación de despido colectivo, declaramos la nulidad de las extinciones colectivas y condenamos a las empresas DISTRIBUIDORA URIBE, S.A., SUPERMERCADOS SUPER OLÉ, S.L., SUPERMERCADOS SUPER OLÉ LEVANTE, S.L., INMOBILIARIA URIBE, S.A., GESTIÓN INMOBILIARIA URIBE, SL, CASH URIBE NORTE, S.L., CASH URIBE PONIENTE, S.L., MINISTORE, SL., SUPERMERCADOS URIBE, S.L., a estar y pasar por dicha declaración.

Condenamos, así mismo, a HISPACONTROL PROCEDIMIENTO CONCURSAL, en su calidad de administrador concursal de SUPERMERCADOS SUPER OLÉ, SL; ASENSIO Y ASOCIADOS AUDITORES, en su calidad de administrador concursal de INMOBILIARIA URIBE, SA y GESTIÓN INMOBILIARIA URIBE, SA; REC CONSULTORES, SLP, en su calidad de administrador concursal de SUPERMERCADOS SUPER OLÉ LEVANTE, SL y LEALTADIS CONCURSAL, SLP, en su calidad de administrador concursal de DISTRIBUIDORA URIBE, SA a estar y pasar por la declaración de nulidad de los despidos realizados por las empresas condenadas a los efectos legales oportunos.

Notifíquese la presente sentencia a las partes advirtiéndoles que contra la misma cabe Recurso de Casación ante la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, que podrá prepararse ante esta Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en el plazo de **CINCO DÍAS** hábiles desde la notificación, pudiendo hacerlo mediante manifestación de la parte o de su abogado, graduado social colegiado o representante al serle notificada, o mediante escrito presentado en esta Sala dentro del plazo arriba señalado.

Al tiempo de preparar ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional el Recurso de Casación, el recurrente, si no goza del beneficio de Justicia gratuita, deberá acreditar haber hecho el depósito de 600 euros previsto en el art. 229.1.b de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, en la cuenta corriente que la Sala tiene abierta en Banesto, Sucursal de la calle Barquillo 49, con el nº 2419 0000 000124 12.

Llévese testimonio de esta sentencia a los autos originales e incorpórese la misma al libro de sentencias.

Así por nuestra sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.