



Roj: **SAN 5632/2013** - ECLI: **ES:AN:2013:5632**

Id Cendoj: **28079240012013100236**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **23/12/2013**

Nº de Recurso: **330/2013**

Nº de Resolución: **235/2013**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MANUEL FERNANDEZ-LOMANA GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

Madrid, a veintitres de diciembre de dos mil trece.

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 330/13 seguido por demanda de DOÑA Julieta Presidente del Comité de Empresa de OBRAS COMAN, S.A. (letrado D. Sotero Manuel Casado Matías) contra OBRAS COMAN, S.A. (letrada D^a Laura Garrido Sánchez) GRUPO GESTESA ARRENDAMIENTOS,S.A. (letrado D. Jaime del Castillo Jabardo), MATERIALES ANVI, S.L. (letrado D. Jaime del Castillo Jabardo), GESTESA DESARROLLOS URBANOS, S.L. (letrada D^a Laura Garrido Sánchez), VIJFERGAN, S.L. (letrado D. Jaime del Castillo Jabardo), GESTESA GESTIÓN Y SERVICIOS (letrado D. Jaime del Castillo Jabardo), J. PATRIMONIAL DESARROLLO URBANO 2002, S.L. (letrado D. Fernando domingo Franchy), ACTIVOS DE BUSTARES, S.L.(letrado D. Fernando domingo Franchy), GESTESA FINCA, S.L. (letrado D. Jaime del Castillo Jabardo)o Jabardo), GESTESA DESARROLLOS INMOBILIARIOS INTERNACIONAL, S.L.,(letrado D. Jaime del Castillo Jabardo) PARQUES EMPRESARIALES DE GUADALAJARA, S.L.(letrado D. Jaime del Castillo Jabardo), JC5 & VILLANUEVA, PROM URB DE VILLARROBLEDO, S.A., ALCASUM, S.L.(letrado D. Jaime del Castillo Jabardo), GALSA INSTALACIONES ELÉCTRICAS, S.L.(letrado D. Jaime del Castillo Jabardo), IND HOSTELERA Y RECREATIVA EUROPEA, S.L. (letrado D. Jaime del Castillo Jabardo), CORREDOR DEL IREGUA, S.L. (letrado D. Jaime del Castillo Jabardo), MULOVA CORPORATE, S.L. (letrado D. Jaime del Castillo Jabardo), VILLAS DE VIVEDA (no comparece), CIUDAD DEL CORREDOR, S.L. (letrado D. Jaime del Castillo Jabardo), GESTECAM VIVIENDA JOVEN, S.L. (letrado D. Jaime del Castillo Jabardo), DESARRROLLOS INMOBILIARIOS DE USANOS, S.L. (letrado D. Jaime del Castillo Jabardo), GALVAGES, S.L. (no comparece), POLICREDIT, S.L. (letrado D. Jaime del Castillo Jabardo), SERVICIOS ENERGÉTICOS GLOBALES (letrado D. Jaime del Castillo Jabardo), FOGASA (no comparece), ADMINISTRADOR CONCURSAL LEXAUDIT CONCURSAL SLP (GESTESA DESARROLLOS URBANOS S.L.) (no comparece) y ADMINISTRADOR CONCURSAL OBRAS COMAN, S.L. (no comparece) sobre conflicto colectivo. Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. D. MANUEL FERNANDEZ-LOMANA GARCIA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en autos, el día 26-7-2013 se recibió del Juzgado de lo social nº 1 de Guadalajara demanda presentada por DOÑA Julieta Presidente del Comité de Empresa de OBRAS COMAN, S.A.contra OBRAS COMAN, S.A., GRUPO GESTESA ARRENDAMIENTOS,S.A., MATERIALES ANVI, S.L., GESTESA DESARROLLOS URBANOS, S.L., VIJFERGAN, S.L., GESTESA GESTIÓN Y SERVICIOS, J. PATRIMONIAL DESARROLLO URBANO 2002, S.L., ACTIVOS DE BUSTARES, S.L., GESTESA FINCA, S.L., GESTESA DESARROLLOS INMOBILIARIOS INTERNACIONAL, S.L., PARQUES EMPRESARIALES DE GUADALAJARA, S.L. JC5 & VILLANUEVA, PROM URB DE VILLARROBLEDO, S.A., ALCASUM, S.L., GALSA INSTALACIONES



ELÉCTRICAS, S.L., IND HOSTELERA Y RECREATIVA EUROPEA, S.L., CORREDOR DEL IREGUA, S.L., MULOVA CORPORATE, S.L., VILLAS DE VIVEDA, CIUDAD DEL CORREDOR, S.L., GESTECAM VIVIENDA JOVEN, S.L., DESARROLLOS INMOBILIARIOS DE USANOS, S.L., GALVAGES, S.L., POLICREDIT, S.L., SERVICIOS ENÉRGICOS GLOBALES, FOGASA, ADMINISTRADOR CONCURSAL LEXAUDIT CONCURSAL SLP (GESTESA DESARROLLOS URBANOS S.L.) y ADMINISTRADOR CONCURSAL DE OBRAS COMAN, S.L. sobre CONFLICTO COLECTIVO.

SEGUNDO.- La Sala acordó el registro de la demanda y designó ponente, con cuyo resultado se señaló el día 5-12-2013 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.

El 22-10-2013 fué ampliada la demanda contra los Administradores Concursales de Obras coman, S.L. y de Gestesa- Desarrollos Urbanos S.L. LEXAUDIT-CONCURSAL, S.L.

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.

La parte actora desistió de las siguiente empresas demandadas: JC5 & VILLANUEVA, PROM URB DE VILLARROBLED, S.A., ALCASUM, S.L., GALSA INSTALACIONES ELÉCTRICAS, S.L., IND HOSTELERA Y RECREATIVA EUROPEA, S.L., CORREDOR DEL IREGUA, S.L., MULOVA CORPORATE, S.L., VILLAS DE VIVEDA, CIUDAD DEL CORREDOR, S.L., GESTECAM VIVIENDA JOVER, S.L., DESARROLLOS INMOBILIARIOS DE USANOS, S.L., GALVAGES, S.L., POLICREDIT, S.L., SERVICIOS ENERGETICOS GLOBALES, ADMINISTRADOR CONCURSDAL DE OBRAS COMAN S.L..

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:

-El 8-10-12 la empresa notifica a ELT del comité de Guadalajara el inicio del ERTE, se envía comunicación a los trabajadores del todos los centros para que delegaran en el comité.

- En la Memoria se precisan las causas productivas.

- Se seleccionó a los trabajadores por departamentos atendiendo a la inexistencia de obras o la reducción de las mismas.

-Hubo una mediación en la que la empresa accedió a recolocar a los trabajadores afectados si surgían nuevas obras y los representantes de los trabajadores no lo aceptaron.

-Se ofrecieron medidas de acompañamiento como que se completaría el desempleo, se cubrirían las IT con trabajadores afectados y en Febrero 2013 en una obra en Francia llevan a trabajadores afectados por el ERTE.

-Respecto del grupo de empresas no hay grupo mercantil ni laboral.

-El Juzgado de lo Social nº 4 de Madrid en Sentencia allí dictada se descarta que haya grupo de empresas.

-Los trabajadores no prestan servicios indistintamente; no hay caja única ni unidad de dirección entre las empresas.

-Pérdidas de obras Coman son de 20.601 638 en 2011, 4.420 203 Euros en 2012, 1.290 076 Euros en 2013.

-No hay Comité de empresa en Obras Coman.

-Ha habido actividad comercial entre las empresas; coincidencia de administradores; comparten Web pero ninguna controla a las demás.

-Las empresas con nº 13 y 14 son empresas patrimoniales.

QUINTO. - Son hechos conformes:

-El periodo de consultas se extiende 17-10-12; 19-10-12; 23-10-12.

-El 5-11-12 la empresa notifica a la Autoridad Laboral la decisión.

-La empresa comunicó el 7-11-12 a los trabajadores la medida con efectos del 8-11-12 y el 6-11-12 al Comité.

-No hay consolidación de cuentas por obras Coman.

-Se ha producido una reducción geométrica de la facturación en 2011 de 34.409.022 Euros, en 2012 21.459.010 Euros.



Resultando y así se declaran, los siguientes

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- GESTESA DESARROLLOS URBANOS se encuentra en situación de concurso desde el 29 de abril de 2013. OBRAS COMAN SA tiene más de 50 trabajadores.

SEGUNDO.- El 8 de octubre de 2012 OBRAS COMAN SA comunicó a los representantes de los trabajadores el inicio del periodo de consultas de un expediente de regulación temporal de empleo. A juntando memoria explicativa en la que se exponían razones de índole económica y productiva para justificar el despido colectivo. Proponiendo la reducción de jornada de 1 contrato de trabajo y la suspensión de 13 contratos de trabajo. En la memoria se explican las razones económicas y de producción que, a juicio de la empresa justifican la medida; se indican los trabajadores afectados y las razones de la selección; se aporta declaración del Impuesto de Sociedades de 2011; Informe de Auditoría de cuentas e Informe de gestión de los años 2010, 2011; balances y cuentas provisionales a 31 de julio de 2012; Resolución de la TGSS concediendo un aplazamiento del pago de deuda por suma de 594.459,13 ; documentación acreditativa de deuda en materia impositiva (AEAT y municipios) y solicitud al Juzgado Mercantil de declaración en situación de concurso.

TERCERO.- La primera reunión se produjo el 17 de octubre de 2012. Por parte de los trabajadores asistieron los miembros del Comité de Empresa de Guadalajara. La empresa explicó la situación de la empresa y comunicó la posibilidad de disminuir los efectos de la medida si obtenían nuevas obras. Se discutió por las partes sobre el alcance de la medida, incluso se dijo que algunos trabajadores preferían la extinción a la suspensión del contrato de trabajo. La empresa indicó que si GESTESA abona la deuda que tenía con COMAN la situación económica cambiaría, pero GESTESA también estaba en situación preconcursal y se habla de la tramitación de un ERE extintivo en GESTESA.

CUARTO.- La segunda reunión se produjo el 18 de octubre de 2012. La empresa entrega una contraoferta en relación con la oferta realizada por los trabajadores el último día. Se discuten diversos puntos y se realizan ofertas y contraofertas.

QUINTO.- El 23 de octubre de 2012 se realiza la tercera reunión. La empresa realiza ofertas que no son aceptadas por los trabajadores, terminando la reunión sin acuerdo. El 5 de noviembre de 2012 la empresa comunica su decisión. En esta decisión la empresa excluye a determinados trabajadores de la suspensión, pero incluye a dos, uno de ellos presta servicios en Cuarte de Huerva (Zaragoza) y otro de Madrid; acogiendo algunas de las solicitudes de los trabajadores.

SEXTO.- La decisión afecta a trabajadores de centros de trabajo en Madrid, Castilla La Mancha, Alicante y Aragón.

SEPTIMO.- El capital social de OBRAS COMAN SA está repartido entre: PARQUES EMPRESARIALES GUADALAJARA SL, Jacinto y Landelino , (con una participación del 89,50% la persona jurídica y un 5,25% cada una de las personas físicas). La Administradora única de OBRAS COMAN SA es GESTESA GESTIÓN Y SERVICIOS SL, cuyo representante es Jacinto .

A su vez, PARQUES EMPRESARIALES GUADALAJARA SL está participada en el 50 % de su capital social por PATRIMONIAL DE DESARROLLO URBANO 2002 Y ACTIVOS DE BUSTARES, cada una un 50%. Su Consejo de Administración está integrado por Jacinto , Presidente y Consejero, así como Landelino y Felicísima , ambos Consejeros y esta última, además. Secretaria.

GESTESA GESTIÓN Y SERVICIOS SL, son administradores Landelino y Jacinto ; correspondiendo un 33,33% a cada uno de ellos y un 33,33% a GESTESA DESARROLLOS URBANOS SL.

Por su parte, GESTESA DESARROLLOS URBANOS SL, en abril de 2011 se produjo la escisión parcial de PARQUES EMPRESARIALES GUADALAJARA SL Sus Administradoras solidarias son PATRIMONIAL DE DESARROLLO URBANO 2002 SL y ACTIVOS DE BUSTARES SL participadas, respectivamente, en el 100% de su capital social, por Jacinto y Landelino , ambas administradas solidariamente por estas dos personas físicas.

Las mercantiles citadas desarrollan su actividad en el ámbito inmobiliario: GESTESA DESARROLLOS URBANOS SL y PARQUES EMPRESARIALES GUADALAJARA SL son promotoras, OBRAS COMAN SA es constructora, GESTESA GESTIÓN Y SERVICIOS SL presta servicios de gestión y asesoramiento comunes al grupo, al tiempo que PATRIMONIAL DE DESARROLLO URBANO 2002 SL y ACTIVOS DE BUSTARES SL son patrimoniales dedicadas a la compraventa de bienes inmobiliarios.

D. Jacinto y D. Landelino 27 y 23 vinculaciones societarias vigentes, respectivamente.



OBRAS COMAN SA y GESTESA DESARROLLOS URBANOS SL comparten el mismo domicilio (Calle Trafalgar 20, de Guadalajara).

OCTAVO.- PATRIMONIAL DE DESARROLLO URBANO 2002 tiene como administradores a Landelino y Jacinto . Y una participación del 50% en GESTESA DESARROLLO URBANO SL y PARQUES EMPRESARIALES DE GUADALAJARS SL. Y el 100% de su capital corresponde a Jacinto .

MATERIALES ANVI tiene como administradores a Landelino , Jacinto , Vidal y Carlos José . El 50% de su capital es de D. Vidal , 39,49% de OBRAS COMAN SA y 10,51% de GESTESA.

GESTESA DESARROLLOS INMOBILIARIOS INTERNACIONAL, sus administradores son Landelino y Jacinto . El 30% pertenece a D. Juan Antonio y el 70% a GESTESA DESARROLLO URBANOS SL.

GESTESA ARRENDAMIENTOS SA, su administrados es GESTESA DESARROLLOS URBANOS SL, a ella le corresponde el 100% del capital.

GESTESA FINCAS SL, sus administradores son Landelino y Jacinto , el 10% del capital corresponde a GESTESA ARRENDAMIENTOS SA y el 90% a GESTESA DESARROLLOS URBANOS SL.

ACTIVOS DE BUSTARES, sus administradores son Landelino y Jacinto , perteneciendo el 100% a Landelino , la empresa tiene participaciones en GESTESA DE DESARROLLOS URBANOS Y PARQUE EMPRESARIAL DE GUADALAJARA.

NOVENO.- En el año 2010 OBRAS COMAN SA tuvo unas pérdidas de - 907.087 . Elevándose las pérdidas durante el año 2011 a la cifra de -20.601.638 . Por lo tanto, comparando los años 2010 y 2011, el volumen de perdidas se ha incrementado en 19.694.551 en el año 2011 con respecto al 2010. Según los datos económicos del cierre provisional de la contabilidad a 31 de julio de 2012 la empresa tiene unas pérdidas acumuladas en lo que va de año de - 1.243.593

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- 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 2, g de la Ley 36/2011, de 10 de octubre , compete el conocimiento del proceso a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.

SEGUNDO .- De acuerdo 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:

- 1.- El hecho primero se infiere de las descripciones 23 y 24.
- 2.- El hecho segundo del Doc. 1 del expediente.
- 3.- Los hechos tercero, cuarto y quinto del Doc. 3 del expediente.
- 4.- Los hechos sexto y séptimo se infieren del Doc. 9 del expediente. Y de las descripciones 399, 400, 406 y 410.
- 5.- El hecho octavo de la descripción 388, 393, 405, 407, 412 y 905.

TERCERO.- Conviene precisar que el demanda desistió en el juicio de varias empresas, siendo finalmente demandadas: OBRAS COMAN SA; GESTESA DESARROLLOS URBANOS SL; VIJFERGAN SL; GESTESA GESTION Y SERVICIOS; PATRIMONIAL Y DESARROLLO URBANO 2002 SL; ACTIVOS DE BUSTARES SLU; GESTESA FINCAS SL; GESTESA DESARROLLO INMOBILIARIOS INTERNACIONAL SL; y PARQUES EMPRESARIALES DE GUADALAJARA SL.

Se articuló la excepción de "falta de capacidad" del Comité de Empresa para demandar al no tener "carácter nacional". Es decir, como el Comité de Empresa impugnante es sólo del centro de trabajo ubicado en Guadalajara no puede impugnar un ERTE que afecte a varias Comunidades Autónomas, es decir, aplica el principio de correspondencia a la legitimación. Pero esta Sala ya ha rechazado esta argumentación sosteniendo que cualquier comité de empresa de un centro afectado por la medida, tiene legitimación para impugnar la medida - SAN 20 de marzo de 2013 (Rec. 219/2012)-.

CUARTO.- Todas las empresas codemandadas, con excepción de OBRAS COMAN SA, alegaron la excepción de falta de legitimación pasiva. La cuestión se encuentra estrechamente vinculada con la determinación de si existe o no grupo de empresas. No obstante las empresas codemandadas alegaron indefensión al ignorar los motivos concretos por las que se las consideraba un grupo de empresas. Debemos analizar, por lo tanto, dos cuestiones: la posible existencia de indefensión y la posible existencia de grupo de empresas patológico. Analizadas estas cuestiones podremos determinar si existe o no falta de legitimación pasiva.



En relación con la indefensión alegada, la cuestión guarda conexión con la descripción de los hechos precisos para demandar. En efecto, de conformidad con lo establecido en el art. 80.1.c) el demandante tiene la obligación de hacer constar en su demanda "la enumeración clara y concreta de los hechos sobre los que verse la pretensión y todos aquellos que, según la legislación sustantiva, resulten imprescindibles para resolver las cuestiones planteadas", los denominados, en expresión de la doctrina: "hechos necesarios para resolver". Por lo tanto, no basta con la genérica afirmación de la exigencia de grupo o con la designación genérica de los requisitos exigidos por la doctrina para apreciar la existencia de grupo patológico. El demandante tiene la obligación legal de exponer los hechos concretos por los que entiende que existe grupo de empresa. Solo así se garantiza la seriedad en la demanda a varios sujetos y la ausencia de indefensión a los demandados.

El caso de autos es un supuesto claro de lo que no debe hacerse. Se demandó a un total de 25 empresas, con el despliegue y esfuerzo de tramitación que supone para el órgano jurisdiccional y los demandados, para quedar reducida la demanda a 9 empresas. La reducción de la demanda no supuso una alteración de los hechos, lo que es un claro exponente del marcado carácter genérico de los mismos.

Debe, por lo tanto, exigirse a los demandantes que realicen una descripción de los hechos por los que consideran que existe grupo a efectos laborales. De no hacerlo así se produciría una clara indefensión para los demandados, los cuales se verían inmersos en una suerte de causa general, compareciendo en juicio sin saber las concretas causas por las que se les considera un grupo patológico.

Precisamente para evitar la indefensión la Sala debe estar, únicamente, a las concretas imputaciones realizadas por el demandante, para sostener la existencia de grupo, en concreto: que todas las sociedades están gestionadas por dos personas: D. Landelino y D. Jacinto; que las instalaciones de las empresas están en la C/Trafalgar 20 de Guadalajara, donde prestan servicios los trabajadores de las empresas; que todos los empleados manejan un archivo llamado "intranet trabajo"; que obras COMAN SAL el 20 de julio de 2012, firmó un contrato con REVESTIMENTOS BENELUDY y el pagaré emitido es avalado por GESTESA DESARROLLOS URBANOS SL; que se hacen cuentas consolidadas conjuntas y que OBRAS COMAN tiene prestamos participativos con empresas del Grupo por valor de 1.542.401.

QUINTO.- La STS de 23 de octubre de 2012 (Rec. 351/2012) razona que "para extender la responsabilidad no basta la concurrencia de que dos o más empresas pertenezcan al mismo grupo, para derivar de ello, sin más, una responsabilidad solidaria, sino que es necesaria la concurrencia de otros elementos adicionales, como la confusión de plantillas; la confusión de patrimonios sociales; la apariencia externa de unidad empresarial y la dirección unitaria de varias entidades empresariales; por consiguiente, los componentes del grupo tienen, en principio un ámbito de responsabilidad propio, como personas jurídicas independientes que son: En síntesis, la unidad real del grupo como ente empresarial único requiere: unidad de actividades; trasvase de fondos y cesiones inmobiliarias; movilidad de los trabajadores en el seno del grupo; estrategia unificadora y prestaciones laborales indiferenciadas, es decir, que los trabajadores realicen su prestación de modo simultáneo e indiferenciado en varias sociedades del grupo".

Aplica esta doctrina a supuestos de despidos colectivos la STS de 20 de marzo de 2013 (Rec. 81/2012). Esta sentencia reitera la necesidad de que se den los requisitos que antes hemos enunciado y añade que "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. Entre otras cosas, porque en un entramado de nueve empresas como el que hoy tenemos delante, la intensidad o la posición en relación de aquéllas con los trabajadores o con el grupo no es la misma". En dicha sentencia se confirmó la declaración de nulo del despido efectuado al existir un grupo patológico.

Por último, también en materia de despido colectivo, la STS de 27 de mayo de 2013 (Rec. 78/2012), sostiene que: "Como se recuerda en muchas de las sentencias ya referidas [así, entre otras, la SSTS 26/01/98 - Rec. 2365/97 -; 04/04/02 -Rec. 3045/01 -; 20/01/03 -Rec. 1524/02 -; 03/11/05 -Rec. 3400/04 -; 10/06/08 -Rec. 139/05 -; 25/06/09 Rec. 57/08; 21/07/10 - Rec. 2845/09 -; y 12/12/11 -Rec. 32/11 -], para lograr aquel efecto de responsabilidad solidaria, hace falta un componente adicional que esta Sala ha residenciado tradicionalmente -nos remitimos a las sentencias previas a la unificación de doctrina que en aquéllas se citan- en la conjunción de alguno de los siguientes elementos: a) Funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo; b) Prestación de trabajo común, simultánea o sucesiva, en favor de varias de las empresas del grupo; c) Creación de empresas aparentes sin sustento real, con las que se pretende la dispersión o elusión de responsabilidades laborales; y d) Confusión de plantillas, confusión de patrimonios, apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección. 2.- En ese relato de componentes adicionales -determinantes de responsabilidad solidaria- pueden hacerse las siguientes precisiones: a) que no ha de considerarse propiamente adicional la apariencia externa de unidad, porque ésta es un componente



consustancial del grupo, en tanto que no representa más que la manifestación hacia fuera de la unidad de dirección que es propia de aquél; b) que el funcionamiento unitario de las organizaciones empresariales, tiene una proyección individual [prestación de trabajo indistinta] o colectiva [confusión de plantillas] que determinan una pluralidad empresarial [las diversas empresas que reciben la prestación de servicios]; c) que la confusión patrimonial no es identificable en la esfera del capital social, sino en la del patrimonio, y tampoco es necesariamente derivable -aunque pueda ser un indicio al efecto- de la mera utilización de infraestructuras comunes; d) que la caja única hace referencia a lo que en doctrina se ha calificado como «promiscuidad en la gestión económica» y que al decir de la jurisprudencia - STS 28/03/83 Ar. 1207- alude a la situación de «permeabilidad operativa y contable»; e) que con elemento «creación de empresa aparente» íntimamente unido a la confusión patrimonial y de plantillas- se alude a la utilización fraudulenta de la personalidad jurídica, que es la que consiente la aplicación de la doctrina del «levantamiento del velo»; y f) que 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. 3.- De esta forma, la enumeración 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".

Del examen de la jurisprudencia y, en especial, de esta última sentencia se extrae la siguiente doctrina:

- a.- Que la apariencia externa de unidad o la existencia de una dirección unitaria son datos o notas que son propios tanto del grupo patológico como del grupo mercantil, por lo tanto, no puede existir grupo patológico sin ello, pero su concurrencia no supone la necesaria existencia de tal grupo.
- b.- Que los elementos decisivos son la existencia de confusión patrimonial o unidad de caja y la existencia de prestación laboral indiferenciada de los trabajadores en las empresas que configuran el grupo.
- c.- Que la prestación de trabajo de forma indiferenciada puede tener una proyección individual o colectiva, en el primer caso hablamos de "prestación de trabajo indistinta" y en el segundo caso de "confusión de plantillas".
- d.- Que la "confusión patrimonial" no es identificable "en la esfera del capital social", es decir, que por el hecho de que una sociedad sea titular, por ejemplo del 100% del capital de otra, no cabe hablar de confusión patrimonial a los efectos del "grupo patológico"; siendo necesario que existe una unidad de "patrimonio", que tampoco puede derivarse del hecho que existan infraestructuras de utilización común, práctica por cierto, esta última cada vez de uso más frecuente, en la medida que posibilita una disminución de los gastos. Por último, la denominada "caja única" se refiere a la concurrencia de "promiscuidad en la gestión económica", es decir, a la existencia de una "permeabilidad operativa y contable", de forma que las entidades, de hecho, operen con un alto grado de comunicación entre sus patrimonios, lo que puede manifestarse, en la asunción de pagos o deudas entre ellas.
- e.- Que en todo caso, lo esencial es que a través de los indicados indicios se llegue a la convicción de que existe un uso abusivo o ejercicio anormal del derecho, en beneficio del grupo y en detrimento de los derechos de los trabajadores; existiendo una única empresa real bajo la apariencia del grupo, lo que constituya un fraude de ley, que permite aplicar la doctrina del "levantamiento del velo" - *to lift the veil*- y considerar al grupo como una única empresa.

Se trata de evitar que tras el legítimo uso de formas jurídicas, útiles para el funcionamiento de la economía y, por lo tanto, para el interés general, se realicen conductas abusivas o fraudulentas en detrimento de otros derechos de igual o superior valor. Debe quedar claro que lo esencial es llegar a la convicción de que dicho uso se realiza, en nuestro caso, con el fin de lesionar los derechos de los trabajadores.

Desde esta perspectiva debe valorarse la conducta de las empresas integrantes del grupo en su conjunto, sin que la concurrencia puntual de una de las notas indicadas, por sí, pueda llevar automáticamente a la aplicación de la teoría del "grupo patológico". Lejos de ello, debe examinarse cada caso concreto y analizar si, realmente, estamos en un supuesto de abuso o fraude.

SEXTO.- Pues bien, tras examinar la prueba el recurrente ha conseguido probar lo siguiente:

- Que, en efecto, COMAN y GESTESA actúan como grupo de cara al exterior -descripciones 457 y 461-.
- Que COMAN Y GESTESA DESARROLLOS URBANOS SL tienen el mismo domicilio en Guadalajara, de hecho así, se reconoció ante la Inspección.
- Que las empresas tienen a los mismos administradores y participaciones entre sí -no hemos encontrado prueba alguna respecto de VIJFERGAN SL-.



-Que hay trabajadores de las empresas en el mismo centro, pero la Sala no considera que se haya probado la prestación de servicios indiferenciada.

Pues bien, con dichos datos no podemos afirmar con arreglo a la jurisprudencia citada que exista grupo de empresas patológico. En efecto, la existencia de una dirección unitaria, conexión en el accionariado o actuación en el mercado como grupo, no supone un uso abusivo de la personalidad jurídica, encontrándose tal posibilidad admitida por el Derecho Mercantil. También hemos visto como la jurisprudencia permite que el grupo tenga centros de trabajo comunes, sin que ello signifique que el mismo sea patológico a efectos laborales y la concurrencia de diversos trabajadores del grupo en dicho centro, tampoco supone la irregularidad laboral del grupo, mientras no se acredite que prestan servicios en forma indiferenciada, lo que la Sala estima que no ha ocurrido en este caso. Por lo tanto, debe concluirse la falta de legitimación pasiva de todas las entidades demandadas, menos OBRAS COMAN SA.

SEPTIMO.- Debemos ahora analizar los defectos formales denunciados.

En primer lugar, se alegó que el periodo de consultas duró más de 15 días. El argumento no es correcto pues no se superaron los 15 días, confundiendo la parte el fin de la negociación con la notificación de la decisión empresarial.

En segundo lugar, se sostuvo que los trabajadores no habían sido informados de la apertura del ERTE y que, además, no se había acreditado que el Comité de Empresa representase a todos los trabajadores. Según el informe de la Inspección, el único centro con representación unitaria es el de Guadalajara. Consta que se remitió correo electrónico a los trabajadores afectados de otros centros, aunque no su recepción; y que el Comité de Empresa, por propia iniciativa, informó a los trabajadores afectados, con excepción de D. Hermenegildo (del centro de trabajo de Cuarte de Huerva, Zaragoza), y D. Jon , del centro de Madrid, pues a estos trabajadores la empresa los incluyó unilateralmente en el ERTE, sin que se hubiese hecho referencia a los mismos en el periodo de consultas -estos hechos se infiere del acuerdo de la empresa y del informe de la Inspección-.

Pero esta Sala, en su SAN de 17 de junio de 2013 (Rec. 295/2012) ha sostenido que de conformidad con lo establecido en el art. 41.4 del ET , al existir representantes unitarios en una de los centros de trabajo, es con ellos con quien debía realizarse la negociación global, en concreto se dice que, "debe concluirse...que el período de consultas llevado a cabo con el único órgano unitario existente en la empresa tuvo carácter global, y en tal sentido, el acuerdo alcanzado ha de entenderse predicable del íntegro ámbito de la medida". Por lo demás, si ha resultado acreditado que los trabajadores afectados, con excepción de los dos indicados en último lugar, tuvieron conocimiento del ERTE y de su negociación.

En tercer lugar, se razona que se ha omitido el informe técnico en relación con la causa productiva alegada por la empresa. Ahora bien, el art. 22.c) del Real Decreto 801/2011 , establece respecto de la documentación que debe aportarse en el período de consultas que: "La documentación justificativa será la estrictamente necesaria para acreditar la concurrencia de la causa y que se trata de una situación coyuntural de la actividad de la empresa". Pues bien, en nuestra SAN de 30 de enero de 2013 (Rec. 311/2012) hemos considerado que, en supuestos de suspensión con base a en causas productivas, es esencial la aportación del denominado "informe técnico". Pues, en opinión de esta Sala, "el informe técnico, regulado en el art. 7.2 de la misma norma , constituye un instrumento imprescindible para posibilitar que el período de consultas alcance sus fines. - Ello es así, porque la finalidad de dicho informe es acreditar la concurrencia de las causas alegadas en la memoria y acreditar, conforme al diccionario de la Real Academia de la Lengua, equivale a "probar su certeza o realidad", no tratándose, por tanto, de una mera manifestación, sino de un instrumento probatorio, que permita calibrar a la RLT la existencia efectiva de cambios, entre otros, de la demanda de los productos y servicios que la empresa pretende colocar en el mercado". Por lo tanto, la Sala considera que, respecto de la causa productiva, se ha infringido la obligación de aportar la necesaria documentación en el periodo de consultas y de acreditación de la misma, lo que invalida la negociación respecto de la misma. No obstante, esta omisión no afecta a la causa económica.

En cuanto a la designación de los trabajadores afectados, como indica la Inspección y se infiere de la lectura de las actas, aunque la empresa no indicaba los criterios generales de selección de los trabajadores, si indicaba los criterios por los que elegía a los mismos y justificaba la elección a título individual, siendo posible los criterios generales de los motivos indicados, por lo que sería excesivamente formalista anular la medida por tal omisión. En concreto, los criterios de selección han sido la falta de trabajo para el puesto o departamento, (estudio, adjudicación y/o ejecución de obra), y la capacitación profesional y especialización.

Por último y es cierto, se ha omitido la presentación del plan de acompañamiento social. Esta omisión se constato por la Inspección de Trabajo y la empresa en el acto del juicio reconoció la omisión, si bien indico que las medidas de acompañamiento se hicieron patentes durante el proceso de negociación.



Establece el art. 23 del Real Decreto 801/2011 que: "En el plan de acompañamiento social, en el caso de empresas obligadas a su presentación, se contemplará las medidas adoptadas o previstas por la empresa para evitar o reducir los efectos de la regulación temporal de empleo y para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados, así como la aplicación de las medidas adecuadas a la situación coyuntural que atraviesa la empresa". En nuestro caso, al tener la empresa más de 50 trabajadores, no cabe duda de alguna de que omitió dicho plan.

Ahora bien, de la lectura de las actas se infiere que la representación de los trabajadores, en ningún momento reclamó la aportación del plan de acompañamiento, discutiéndose a lo largo del proceso de negociación las medidas que las dos partes proponían con el fin de ajustar, en lo posible, las medidas del ERTE. Y, en este sentido, en nuestra SAN de 13 de mayo de 2013 (Rec. 89/2013) analizamos un supuesto en el que, la empresa, aunque formalmente aportó un plan de acompañamiento, realmente lo hacía sin contenido alguno, lo que equivalía a su ausencia, y pese a ello sostuvimos que la omisión de dicho plan no podía constituir "causa de nulidad, por cuanto las medidas, contenidas en el art. 8.2 RD 1483/2012, de 29 de octubre [la doctrina es aplicable al presente caso aunque dicha norma no estaba en vigor en el caso de autos], no son obligatorias, tratándose de propuestas de buena práctica, que el legislador propone a los negociadores del período de consultas y la simple lectura del plan deja claro que la empresa remite su concreción al desarrollo del período de consultas". Sin que ni, en aquel caso, ni el que enjuicamos ahora, la representación de los trabajadores se quejase de la omisión de dicho plan.

OCTAVO.- En cuanto al fondo del asunto, debemos centrarnos en las causas económicas. Pues bien, del examen de las actuaciones se infiere que En el año 2010 OBRAS COMAN SA tuvo unas pérdidas de - 907.087 . Elevándose las pérdidas durante el año 2011 a la cifra de -20.601.638 . Por lo tanto, comparando los años 2010 y 2011, el volumen de perdidas se ha incrementado en 19.694.551 en el año 2011 con respecto al 2010. Según los datos económicos del cierre provisional de la contabilidad a 31 de julio de 2012 la empresa tiene unas pérdidas acumuladas en lo que va de año de -1.243.593 . Concurriendo, por lo tanto, causa económica que justifica la medida acordada. De hecho, los trabajadores no rebatieron tales datos, lo que oponían es que tratándose de un grupo de empresas de los denominados patológicos debía conocerse la situación económica de todas las empresas demandadas. Pero no acreditado tal extremo, de la contabilidad aportada y no rebatida, se infiere que la situación económica es la alegada por la empresa.

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

FALLAMOS

Se tiene por desistida a la parte actora de su demanda frente a las empresas reflejadas en el Antecedente de Hecho 3º y al Administrador Concursal de Obras Coman, S.L.

Desestimamos la excepción de falta de legitimación activa del Comité de Empresa y estimamos la excepción de falta de legitimación pasiva de GESTESA DESARROLLOS URBANOS SL; VIJFERGAN SL; GESTESA GESTION Y SERVICIOS; PATRIMONIAL Y DESARROLLO URBANO 2002 SL; ACTIVOS DE BUSTARES SLU; GESTESA FINCAS SL; GESTESA DESARROLLO INMOBILIARIOS INTERNACIONAL SL; y PARQUES EMPRESARIALES DE GUADALAJARA SL. Asimismo, desestimamos la demanda formulada por el Comité de Empresa contra OBRAS COMAN SA, entidad a la que absolvemos de la pretensión ejercitada.

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 000330 13.

Se advierte, igualmente, a las partes que preparen recurso de casación contra esta resolución judicial, que, según lo previsto en la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, modificada por el RDL 3/13 de 22 de febrero, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, con el escrito de interposición del recurso de casación habrán de presentar justificante de pago de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional a que se refiere dicha norma legal, siempre que no concurra alguna de las causas de exención por razones objetivas o subjetivas a que se refiere



la citada norma, tasa que se satisfará mediante autoliquidación según las reglas establecidas por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas en la Orden HAP/2662/2012, de 13 de diciembre.

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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ