



Roj: **STS 2132/2020 - ECLI:ES:TS:2020:2132**

Id Cendoj: **28079149912020100012**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **22/06/2020**

Nº de Recurso: **195/2019**

Nº de Resolución: **488/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **MARIA LUZ GARCIA PAREDES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CAT 898/2019,**  
**STS 2132/2020**

CASACION núm.: 195/2019

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> María Luz García Paredes

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

**TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Social**

**PLENO**

**Sentencia núm. 488/2020**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jesús Gullón Rodríguez, presidente

D.<sup>a</sup>. María Luisa Segoviano Astaburuaga

D.<sup>a</sup>. Rosa María Virolés Piñol

D.<sup>a</sup>. María Lourdes Arastey Sahun

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Ángel Blasco Pellicer

D. Sebastián Moralo Gallego

D.<sup>a</sup>. María Luz García Paredes

D.<sup>a</sup>. Concepción Rosario Ureste García

D. Juan Molins García-Atance

D. Ricardo Bodas Martín

D. Ignacio Garcia-Perrote Escartín

En Madrid, a 22 de junio de 2020.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por el Procurador D. Diego Sánchez Ferrer, en nombre y representación de D. Segundo, D.<sup>a</sup> Candida y D. Carlos Miguel, contra la sentencia de 20 de febrero de 2019, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el procedimiento núm. 24/2018, seguido a instancia de D. Segundo, D.<sup>a</sup> Candida y D. Carlos Miguel, contra GRAN OPUS INVERSIONES, S.L.,



GRAN LOGIA INVERSIONES, S.L., GRAN ARCO INVERSIONES, S.L. y FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, sobre despido colectivo.

Ha comparecido en concepto de parte recurrida GRAN OPUS INVERSIONES SL, GRAN LOGIA INVERSIONES SL, GRAN ARCO INVERSIONES SL., representada por Procurador Dña. Ana Isabel Arranz.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.<sup>a</sup> María Luz García Paredes.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por la representación de D. Segundo , D.<sup>a</sup> Candida y D. Carlos Miguel , en su condición representativa de los trabajadores, se presentó demanda contra GRAN OPUS INVERSIONES, S.L., GRAN LOGIA INVERSIONES, S.L., GRAN ARCO INVERSIONES, S.L. y Fondo de Garantía Salarial, sobre impugnación de despido colectivo, de la que conoció la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando se dicte sentencia por la que: "con estimación de la demanda se declare la existencia del grupo de empresas a efectos laborales, y la NULIDAD DEL DESPIDO COLECTIVO, o subsidiariamente, se declare que el mismo no es ajustado a derecho, condenando a las demandadas a estar y pasar por dicha declaración, con las consecuencias legales previstas, y reconociendo las condiciones laborales indicadas para cada trabajador en el HECHO SEXTO a efectos de las correspondientes ejecuciones".

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la demanda, tuvo lugar el acto del juicio, en el que la parte actora se ratificó en la misma, oponiéndose la demandada, según consta en acta. Recibido el juicio a prueba, se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

**TERCERO.-** El día 20 de febrero de 20196, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "Desestimando la demanda interpuesta por D. Segundo , D.<sup>a</sup> Candida y D. Carlos Miguel , como Comisión Negociadora durante el período de consultas, contra GRAN OPUS INVERSIONES, S.L., GRAN LOGIA INVERSIONES, S.L., GRAN ARCO INVERSIONES, S.L. y FONDO DE GARANTIA SALARIAL, declaramos el despido colectivo ajustado a derecho".

En la anterior sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

"1.- Los demandantes constituyen la Comisión representativa de los trabajadores en el procedimiento de despido colectivo seguido por la empresa demandada GRAN OPUS INVERSIONES, S.L (doc. N° 1 de los acompañados a la demanda, obrante en caja de prueba anexa). 2.- La sociedad GRAN OPUS INVERSIONES, S.L., se constituyó mediante escritura de 13 de octubre de 2.014. Fueron sus socios fundadores Don Benedito , Don Benjamín y Doña Leticia , por partes iguales, quienes formaban parte del órgano de Administración como Administradores solidarios. Su domicilio social se ?ja en la Ciudad de Reus, calle Antoni Rius i Miró, nº 38, 1º C. Y su objeto social viene constituido, entre otros, por la "promoción de instalaciones de hostelería y servicios de alimentación en cualquiera de sus modalidades (restaurantes, bares, heladería, locales nocturnos y establecimientos análogos), mediante su explotación directa, en arrendamiento, en régimen de franquicia o cualesquiera otras". Dicha sociedad explotaba una franquicia, para gestionar un establecimiento de restauración de la cadena de "100M/100 MONTADITOS/ CERVECERÍA 100 MONTADITOS" (folios 652 y ss.; doc. N° 9, folios 1129 ss.).

3.- El local en el que se desarrollaba su actividad era titularidad de BA&PAS PROMOCIONS MEDITERRANIES, S.L., habiendo suscrito las partes contrato de arrendamiento del mismo el 11 de noviembre de 2.012. La titular del local presentó demanda de juicio verbal de desahucio por falta de pago, habiéndose dictado sentencia mediante la que se estimó la demanda, declarando resuelto del contrato de arrendamiento y condenando a la arrendataria a su desalojo, que se llevó a cabo el 20 de junio de 2.018. (Doc. nº 6 de dicha parte, folios 883 y ss., y esencialmente, 891, 974 y 983; doc. N° 8, folios 1112 y ss.).

4.- El 22 de enero de 2.018, dicha sociedad presentó un escrito ante el Juzgado Mercantil de Tarragona por el que ponía en conocimiento el inicio de negociaciones para alcanzar un acuerdo de ? nanciación u obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, que correspondía al Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Tarragona. Posteriormente, el 23 de mayo de 2.018 presentó demanda sobre concurso voluntario abreviado, que tuvo entrada en dicho el 31 de mayo de 2.018. Por Auto de 19 de julio de 2.018 dictó Auto mediante el que se acordó declarar a GRAN OPUS INVERSIONES, S.L. en concurso voluntario de acreedores voluntario y, al mismo tiempo, acuerdo su conclusión y el archivo de las actuaciones por insu?ciencia de masa activa Contra dicho Auto los demandantes presentaron recurso de apelación, que no consta haya sido resuelto. (Doc. 1 y 2 de la parte codemandada, y especialmente folios, 597, 622, 832, 834).



5.- El 5 de noviembre de 2018, el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Tarragona dictó Auto, en relación a la comunicación remitida por el Departament de Treball de la Generalitat de Catalunya, de 6 de julio de 2.018 , sobre el expediente de regulación de empleo de la mercantil GRAN OPUS INVERSIONES, S.L., declarando la falta de jurisdicción y la inadmisión de dicho expediente al encontrarse archivado el procedimiento concursal respecto a dicha concursada. (folios 483 y 484).

6.- El 20 de junio de 2.018, la demandada GRAN OPUS INVERSIONES, S.L., informó a los trabajadores de la intención de iniciar un procedimiento de despido colectivo; ese mismo día se nombró un representante de los trabajadores, si bien posteriormente, el 26 de junio, siete de los trabajadores afectados nombraron una comisión representativa de los trabajadores (doc. Nº 1 de los acompañados por los demandantes junto a la demanda, obrante en la caja de prueba anexa).

7.- El 5 de julio de 2018, la empresa comunicó formalmente la apertura del período de consultas para la tramitación de un expediente de regulación de empleo para la extinción de los contratos de trabajo, aportando la siguiente documentación: comunicación formal, memoria explicativa del expediente de regulación de empleo de 26 de junio de 2.018, Diligencia de Ordenación del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Reus, sobre procedimiento de desahucio por falta de pago, que reiteraba el señalamiento de la fecha del lanzamiento del local para el día 20 de junio de 2.018, y Decreto de 5 de febrero de 2.018 del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Tarragona, procedimiento de comunicación art. 5 de la Ley Concursal (Doc. Nº 3 de la parte demandante, acompañado a la demanda).

8.- El 6 de julio se presenta ante la Autoridad Laboral el escrito de comunicación de despido colectivo, a la que se acompañaba la comunicación de la apertura del período de consultas, la composición de la Comisión representativa de los trabajadores, una memoria explicativa, en la que se hacía referencia, entre otros extremos, al objetivo del expediente, la situación de la empresa, el número de trabajadores afectados, los criterios de afectación, y a la que se acompañaba como Anexo la resolución acordando el lanzamiento y la admisión de la solicitud del Concurso ante el Juzgado de lo Mercantil. El 10 de julio, els Serveis Territorials del Departament de Treball, Afers Socials i Famílies remitieron comunicación a la empresa, a los efectos que se aportase informe técnico en el que se justificaba el expediente, y solicitando aclaración sobre la tramitación del concurso. (folios 87 a 113).

9.- El período de consultas se desarrolló entre el 12 y el 20 de julio; se celebraron tres reuniones, los días 12, 17 y 20. Con carácter previo a la primera reunión, la representación social solicitó se aportara una serie de documentación: contratos de trabajo y últimas doce nóminas de cada trabajador contratado en el último año; propuesta indemnizatoria para cada trabajador; solicitud de declaración de concurso y procedimiento mercantil; información contable de la empresa, entre otras, balances y cuentas de explotación (Doc. 5 de los acompañados a la demanda). En la primera, la empresa expuso las razones que le habían llevado a la presentación del ERE facilitando a la representación de los trabajadores la documentación que había sido solicitada con anterioridad: contratos de trabajo y nóminas, justificante de la presentación del Concurso de Acreedores, cuentas anuales de los ejercicios 2014, 2015 y 2016, balance hasta mayo de 2.018, depósitos de cuentas en el Registro Mercantil de los ejercicios 2014, 2015 y 2016. También se aportó documentación laboral de determinados trabajadores (Doc. Nº 6 a 24 de los acompañados a la demanda) En dicha reunión los trabajadores expusieron que se les adeudaban los salarios desde el mes de mayo y preguntaron por la cantidad indemnizatoria que reconocería la empresa. La representación de los trabajadores solicita a la empresa si se reconocería a algunos de los trabajadores los salarios correspondientes a la categoría que entienden realmente efectuadas. La empresa indicó que las categorías y salarios son los que han venido percibiendo en nómina. Se propuso un calendario para las siguientes reuniones (folio 137).

10.- En la segunda reunión, celebrada el 17 de julio, la empresa solicitó la devolución de la documentación correspondiente a 4 trabajadores, e hizo entrega de la documentación de los otros cuatro afectados por el despido colectivo, aportando la nómina y liquidación calculada a dicha fecha de los trabajadores (Doc. Nº 26 a 31 de los acompañados a la demanda). En dicha reunión, la empresa comunicó que la nómina de mayo había sido abonada, haciendo entrega en dicho acto de la documentación expresada. En la misma, la representación de los trabajadores expuso que se consideraba que existía un grupo de empresa a efectos laborales y aun aceptando que se extinguían las relaciones laborales de solo una empresa por cierre del negocio, sí solicitan, sobre las antigüedades de los trabajadores, que se reconozcan las de la primera actividad para alguna de las empresas del grupo. La representación de la empresa negó la existencia del grupo de empresa, menos de un grupo patológico, y en relación a las categorías debe estar a las que tenían en la fecha del lanzamiento. También la representación de los trabajadores preguntó si las cantidades adeudadas iban a ser abonadas por los trabajadores; se fijaron el salario módulo para determinar la indemnización. Y la representación de los trabajadores manifestó que les falta una explicación sobre el por qué han llegado al punto de que la empresa haya sido desahuciada del local (folios 139 y ss).



11.- En la tercera reunión, la representación de los trabajadores manifestó que no podía haber acuerdo porque todas las propuestas que se había planteado no habían sido aceptadas por la empresa. Expresan que la representación empresarial ha mantenido una propuesta sin posibilidad de negociarla, que se han hecho varias propuestas por dicha representación tanto en relación a la antigüedad como de revisión de los salarios a tener en cuenta en las indemnizaciones que no han sido atendidas. Indicaron que pese a que es claro el cese de la actividad no se han acreditado suficientemente las causas que las habían provocado y por este motivo entiende que no se puede alcanzar un acuerdo. La representación de la empresa manifiesta que en todo momento se ha negociado de buena fe y que se ha facilitado la documentación y datos requeridos de contrato. Se levantó la sesión, dando por finalizado el período de consulta, sin acuerdo (folios 143 y ss.)

12.- El 26 de julio de 2018, la mercantil GRAN OPUS INVERSIONES, S.L., comunicó al Departament de Treball que se le había notificado el Auto del Juzgado de lo Mercantil en relación al concurso (folio 145).

13.- El 27 de julio la Inspección de Trabajo emitió informe en relación a la solicitud despido colectivo, previa reunión de las partes que se celebró el 23 de julio de 2018. En el mismo constan las siguientes conclusiones: 1) Que la comunicación de apertura del período de consultas no incluía la totalidad de los extremos reseñados en el art. 3.1 del Reglamento, sin perjuicio de que se ha complementado la documentación aportada inicialmente. 2) Que se ha aportado documentación suficiente para poder acreditar la concurrencia de la causa alegada ante la existencia de centro de trabajo debido al procedimiento judicial de desahucio, hecho no controvertido en el desarrollo del procedimiento. 3) Que se ha constatado la falta de acuerdo entre la parte empresarial y social fundamentada en la negativa de la empresa a reconocer la existencia de un grupo de empresa, así como reconocimiento de antigüedad y categoría profesional de los trabajadores. 4) Que durante el período de consultas no fueron negociadas las medidas de acompañamiento previstas en el Reglamento, si bien dicho período versó principalmente sobre discrepancias en materia laboral ajenas a la causa alegada por la empresa y motivadora del expediente (antigüedad, pago de salarios, categoría profesional y posible existencia de grupo de empresa). 5) Que los criterios utilizados para la designación de la empresa no resultan discriminatorios. Y 6) Que se comprueba que la decisión empresarial de extinción de los contratos de trabajo se comunica a la autoridad laboral una vez decretado por auto judicial el concurso de acreedores (folios 160 a 164, cuyo contenido se da por reproducido).

14.- El 26 de julio de 2018, la empresa comunicó de forma individual a cada trabajador afectado la extinción de sus respectivos contratos de trabajo.

15.- La codemandada GRAN LOGIA INVERSIONES, S.L., se constituyó por Escritura de 27 de junio de 2014. Fueron sus socios fundadores Don Benjamín, Don Mariano, Don Benedicto y Don Melchor. El Administrador único designado fue Don Benjamín. Su domicilio social se sitúa en la Ciudad de Reus, calle Antoni Rius i Miró, nº 38, 1º C. Y su objeto social viene constituido, entre otros, por la "promoción de instalaciones de hostelería y servicios de alimentación en cualquiera de sus modalidades (restaurantes, bares, heladería, locales nocturnos y establecimientos análogos), mediante su explotación directa, en arrendamiento o en cualquier otra forma". Dicha sociedad explotaba una franquicia, para gestionar un establecimiento de restauración de la cadena de "100M/100MONTADITOS/CERVECERÍA 100 MONTADITOS" (Doc. Nº 2 y 5 del ramo de prueba de dicha parte codemandada, y, especialmente, folios 1588 y ss., y 1896 y ss.).

16.- Dicha sociedad desarrollaba su actividad en el centro de trabajo CENTRE D'OCI "LES GAVARRES", ubicado en Tarragona, calle Josep María Folch i Torres, 4, en virtud de un contrato de arrendamiento suscrito entre los promotores y socios constituyentes y la sociedad OC&CINE, S.A. La misma tenía sus propios trabajadores, habiéndose aportado el Impuesto de Sociedades de los ejercicios 2015, 2016 y 2017, así como facturas de proveedores. (Doc. 4, 5, y 6, ramo de prueba de dicha codemandada). 17.- La codemandada GRAN ARCO INVERSIONES, S.L., unipersonal, se constituyó por Escritura de 4 de diciembre de 2013. El Administrador único es Don Benedicto. Su domicilio social es en la Ciudad de Tarragona, Avenida Roma, 32, 6º, 7ª. Y su objeto social es la promoción de instalaciones de hostelería y servicios de alimentación en cualquiera de sus modalidades. Compraventa, comercialización, servicio post-venta. Construcción de edificios o locales. Dicha sociedad explotaba una franquicia, para gestionar un establecimiento de restauración de la cadena de "100M/100MONTADITOS/CERVECERÍA 100 MONTADITOS" (folios 300 y 2010 y ss.). 18.- Dicha sociedad desarrollaba su actividad en el CENTRO COMERCIAL PARC CENTRAL, ubicado en Tarragona, en virtud de un contrato de arrendamiento suscrito entre dicha sociedad y IBERIAN SHOPPING CENTRES HOLDING, S.A.U. La misma tenía sus propios trabajadores, habiéndose aportado el Impuesto de Sociedades de los ejercicios 2015, 2016 y 2017, así como facturas de proveedores. (Doc. 1 a 4, ramo de prueba de dicha codemandada, folios 2008 y ss.). 19.- Se aporta por la representación de los trabajadores determinados certificados de vida laboral, en los que constan: a) Respecto a la trabajadora, Doña Eva, como período de alta y baja para GRAN LOGIA INVERSIONES, S.L., entre 12-8-2014 y 11-8-2015 y para GRAN OPUS INVERSIONES, S.L. desde 13-8-2015 (hasta la fecha del despido), (folio 504, vto, doc. Nº 17 y 18 del ramo de prueba de la parte demandante); b) Respecto



a la trabajadora Doña Flora , como período de alta para GRAN OPUS INVERSIONES, S.L., desde el 18-10-2017 (folio 505, vto.; doc. N° 20 de su ramo de prueba)".

**CUARTO.-** Contra dicha sentencia se interpuso recurso de casación por la representación de D. Segundo , Dª Candida y D. Carlos Miguel , que fue impugnado por Gran Opus Inversiones SL, Gran Logia Inversiones SL y Gran Arco Inversiones SL.

**QUINTO.-** Recibidas las actuaciones del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y, admitido el recurso de casación, se dio traslado por diez días al Ministerio Fiscal, quien emitió informe interesando la estimación parcial del presente recurso.

**SEXTO.-** Instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, y dadas las características de la cuestión planteada y su trascendencia, de conformidad con el art. 197 Ley Orgánica del Poder Judicial, se acordó el debate del asunto por el Pleno de la Sala, señalándose para votación y fallo el día 17 de junio de 2020, fecha en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- Planteamiento del recurso.

#### 1.- Objeto del recurso.

La cuestión suscitada en el recurso de casación versa sobre las siguientes cuestiones: 1) de carácter procesal, referida a la nulidad de la sentencia por inadmisión de prueba testifical de los componentes de la Comisión representativa de los trabajadores creada ad hoc, para la tramitación del despido colectivo (motivo primero del recurso); 2) relativa a la revisión de los hechos probados (motivo segundo a decimoséptimo); 3) de carácter sustantivo: a) existencia de grupo de empresas (motivo decimo octavo); b) a efectos de la ejecución individualizada de la sentencia que declare la nulidad del despido colectivo (motivo decimonoveno) c) nulidad del despido por no haber paralizado la aplicación del art. 51 y solicitar autorización al juez del concurso (motivo vigésimo); d) nulidad del despido por no haber aportado la documentación requerida por relevante (motivo vigésimo primero); e) nulidad del despido por coacciones a los trabajadores durante la tramitación del expediente (motivo vigésimo segundo); f) nulidad del despido por mala fe comercial (motivo vigésimo tercero); g) despido no ajustado a derecho por abuso de derecho al no poner a disposición de los trabajadores la indemnización de 20 días (Motivo vigésimo cuarto); h) para el caso de despido nulo, que se declare la imposibilidad de readmisión, con extinción de las relaciones laborales e indemnizaciones del art. 56.1 Estatuto de los Trabajadores (ET) (Motivo vigésimo quinto).

La parte demandante ha formulado el citado recurso contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña, dictada el 20 de febrero de 2019, en los autos seguidos por despido colectivo bajo el núm. 24/2018, en la que se desestima la demanda presentada por la Comisión ad hoc, constituida para la negociación del despido colectivo y representativa de los trabajadores (CRT ad hoc), frente a Gran Opus Inversiones SL, Gran Logia Inversiones SL, Gran Arco Inversiones SL y el Fondo de Garantía Salarial (FOGASA), declarando el despido colectivo ajustado a derecho

### SEGUNDO. -Sentencia recurrida.

La sentencia recurrida, en relación con las cuestiones que se han traído al recurso y que, en esencia, se corresponden con los planteamientos que allí se examinaron, y sin perjuicio de lo que resulte de la revisión fáctica que se propone en este momento procesal, refiere lo siguiente:

En lo relativo a la prueba testifical de quienes firmaban la demanda colectiva, en el fundamento jurídico segundo, justifica la negativa a su práctica porque las referidas personas físicas no podían ostentar la doble condición de demandantes y testigos, tal y como se advirtió en el acto de juicio. Añade que los demandantes pudieron acudir a otras personas que tuvieran conocimiento de los hechos sin ser la parte promotora del proceso judicial. A tal fin, indica la sentencia recurrida que se propusieron otros testigos aunque solo se interesó la de uno de ellos, renunciando al resto.

Igualmente, con carácter previo, en relación con la petición de que se recojan las circunstancias individualizadoras de las condiciones laborales de los trabajadores afectados por el despido colectivo, a efectos de una ejecución de la sentencia, la Sala considera que no procede atender a esa petición. Ante la discrepancia que existe en los conceptos de categoría, antigüedad y salario, con cita de la sentencia del Tribunal Supremo ( STS) de 28 de junio de 2017, rec. 45/2017, considera que el proceso de despido colectivo no puede entrar a examinar cada una de las condiciones de trabajo de los afectados por el despido ya que ello es propio del proceso individual, ajeno a la modalidad procesal de despido colectivo del art. 124 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS) y, aunque a raíz del Real Decreto Ley (RDL) 11/2013 es posible



ejecutar una sentencia de despido colectivo que lo declare nulo, en todo caso, la pruebas practicadas no permiten llegar a la convicción de que el mayor salario y antigüedad sean distintos a los que se indican en el expediente colectivo. Además, vinculando tales divergencias a la existencia de grupo de empresas, lo que según la parte justificaría que la categoría profesional y antigüedad fueran otras, precisa que no todos los afectados pudieron estar en esas circunstancias.

Respecto del grupo de empresas a efectos laborales de las codemandadas, niega que exista entre ellas esa relación jurídica, a la vista de los hechos declarados probados. Según la Sala de instancia no existe una dirección unitaria de varias entidades sino que cada una de las codemandadas tiene titularidad empresarial formalmente distinta y actuando diferenciadamente. Es más, tampoco podría extenderse la responsabilidad común por obligaciones de una de ellas a las restantes porque: 1. Existe funcionamiento diferenciados de cada una de las demandadas, siendo distintos los administradores de todas ellas y aunque existe alguna coincidencia personal no sería por sí solo suficiente a esos efectos; 2. No hay prestaciones de servicios indistinta o conjunta ya que la prestación de algunos trabajadores para las codemandadas lo ha sido sucesivamente; 3. No existe confusión patrimonial ni unidad de caja.

La nulidad del despido por no haberse obtenido al autorización del juez del concurso la desestima porque el 19 de julio de 2018 se dictó el auto declarando a Gran Opus Inversiones en concurso de acreedores voluntario, así como su conclusión y archivo por insuficiente masa activa, a tenor del art. 176 bis de la Ley 22/2003, de 9 de julio Concursal (LC). Ello significa, según dice la sentencia, que cuando la empresa notifica el despido a los trabajadores no había procedimiento concursal, sin que a ello se oponga la pendencia del recurso de apelación que se interpuso porque no tiene carácter suspensivo, según el art. 63.8 de la citada Ley especial. Es más, recuerda que el Juez Mercantil también dictó auto declarándose incompetente por estar archivado el proceso concursal.

Por lo que se refiere a la nulidad del despido por no poner a disposición de los trabajadores la documentación relevante, la sentencia recurrida, partiendo de que la causa del despido es productiva, considera en esencia que la empresa fue poniendo a disposición de los demandantes los documentos que le eran requeridos excepto en los extremos referidos a la situación contable de las otras sociedades codemandadas lo que no le era exigible a la empresa a fin de justificar la causa por la que se estaba tramitando el expediente y que no fue discutida por los demandantes a lo largo del proceso de negociación.

La nulidad del despido por haber existido coacciones hacia los trabajadores, dejando de abonar los salarios desde el inicio del expediente de despido colectivo la Sala de instancia entiende que tal proceder no puede calificarse de conducta coactiva para alcanzar un acuerdo. Además, considera que debe matizarse esa alegación porque, según las actas, aunque al inicio del expediente existían deudas salariales del mes de mayo, resulta que en la segunda reunión se había producido el abono de dicha mensualidad.

La mala fe negocial como causa de nulidad del despido colectivo tampoco es atendida por la Sala de instancia porque, basada aquella alegación en la posición inamovible de la empresa, sin aportar propuesta, resulta que tal postura estaba vinculada a la pretensión de la parte actora de que fuera reconocida a los trabajadores una categoría profesional distinta a la ostentada y a una mayor antigüedad por servicios a otras empresas, con repercusión todo ello en los efectos económicos del despido colectivo. Tampoco puede calificarse de mala fe el hecho de que no se abonaran los salarios del último mes. Todo ello en un contexto en el que la causa no ha sido cuestionada y lo que realmente se pretendía por la parte social era obtener la aceptación por la empresa de existencia de un grupo empresarial patológico que nunca aceptó.

Respecto de la existencia de un despido no ajustado a derecho por falta de puesta a disposición de la indemnización por el despido, la sentencia recurrida considera que tal alegación no es relevante en el proceso de despido colectivo sino en el proceso individual, y en relación con las exigencias formales que deben darse al adoptar la medida extintiva, pero no a la legalidad o no del despido colectivo.

### **TERCERO. - Motivo referido a la inadmisión de prueba testifical.**

1.- Con amparo en el apartado c) del art. 207 de la LRJS, la parte recurrente denuncia la infracción de los arts. 87, 90 y 92 de la LRJS, en relación con el artículo 360 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) y art. 41.4 y 51.2 del ET y arts. 16.5, 18 y 124.1 de la LRJS.

La parte actora fundamenta la infracción de aquellas normas en no haberse tomado testimonio a los trabajadores que conforma la Comisión ad hoc, al menos en las personas del Sr. Segundo y Sra. Candida, con las siguientes alegaciones:

Las declaraciones solicitadas en el acto de juicio de tres miembros de la Comisión ad hoc, lo eran como testigos y en función distinta a la de representantes de los trabajadores en el expediente colectivo que han impugnado, esto es como trabajadores de la empresa conocedores de su día a día. A su juicio, la presentación



de la demanda por parte de aquellas personas lo fue en su condición de representantes de los trabajadores y ello no les inhabilita para ser testigos y lo contrario le ocasiona indefensión, máxime cuando son los trabajadores que mejor conocen el funcionamiento interno de la empresa

La parte recurrida se opone al motivo por las razones dadas por la sentencia recurrida, destacando, además, el interés directo que los demandantes tienen en el proceso así como en los individuales.

El Ministerio Fiscal también considera que el motivo debe ser desestimado por cuanto que no pueden tener la condición de testigos los demandantes, además de que no les ha causado indefensión la denegación de sus testimonios en tal condición al haberse practicado la prueba testifical en otros tres trabajadores.

2.- Normativa a considerar.

En el escrito de recurso se invocan diferentes preceptos legales que lo amparan.

El art. 87 de la LRJS, regulador de la práctica de la prueba en el acto de juicio. Sobre dicho precepto y su infracción no podemos recoger un concreto contenido ya que se distribuye en seis largos apartados, sin que la parte actora recurrente haya identificado expresamente cual de ellos es el que se ha infringido por la sentencia recurrida.

Lo mismo sucede con el art. 90 del citado texto procesal que, referido a la admisibilidad de los medios de prueba, consta de siete apartados y desconocemos sobre sobre cual de ellos reposa el motivo.

E igualmente, tampoco podemos conocer que concreto extremo del art. 92 de la LRJS, sobre el interrogatorio de testigos, debemos recoger aquí para su análisis.

El otro precepto que se invoca es el art. 16.5 de la LRJS que dispone lo siguiente: " Por las personas jurídicas comparecerán quienes legalmente las representen. Por las entidades sin personalidad a las que la ley reconozca capacidad para ser parte comparecerán quienes legalmente las representen en juicio. Por las masas patrimoniales o patrimonios separados carentes de titular o cuyo titular haya sido privado de sus facultades de disposición y administración comparecerán quienes conforme a la ley las administren. Por las entidades que, no habiendo cumplido los requisitos legalmente establecidos para constituirse en personas jurídicas, estén formadas por una pluralidad de elementos personales y patrimoniales puestos al servicio de un fin determinado, comparecerán quienes de hecho o en virtud de pactos de la entidad, actúen en su nombre frente a terceros o ante los trabajadores. Por las comunidades de bienes y grupos comparecerán quienes aparezcan, de hecho o de derecho, como organizadores, directores o gestores de los mismos, o en su defecto como socios o partícipes de los mismos y sin perjuicio de la responsabilidad que, conforme a la ley, pueda corresponder a estas personas físicas

El art. 18 de la LRJS, que hace referencia a la intervención en juicio mediante representación, aquí no resulta relevante ya que no se está cuestionando nada en ese orden de intervención en el proceso sino un tema relativo a la denegación de prueba.

Siguiendo con los preceptos que amparan el motivo, se invoca el art. 124 de la LRJS que regula el proceso especial de Despidos colectivos por causas económicas, organizativas, técnicas o de producción o derivadas de fuerza mayor, en su apartado 1 que dispone lo que seguidamente transcribimos: "La decisión empresarial podrá impugnarse por los representantes legales de los trabajadores a través del proceso previsto en los apartados siguientes. Cuando la impugnación sea formulada por los representantes sindicales, éstos deberán tener implantación suficiente en el ámbito del despido colectivo".

Respecto de los preceptos de la LEC, vuelve la parte a invocar una serie de artículos de forma genérica y sin precisión al respecto ( arts. 360 y ss. de la LEC).

Si que debemos acudir para resolver el motivo a otros preceptos de interés:

Así, en relación con las partes del proceso, nos encontramos con el art. 10 de la LEC que expresa lo siguiente: " Serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso.

Se exceptúan los casos en que por ley se atribuya legitimación a persona distinta del titular"

En el art. 17 de la LRJS, en materia de legitimación procesal, en el apartado 1 se dispone lo que sigue: "Los titulares de un derecho subjetivo o un interés legítimo podrán ejercitar acciones ante los órganos jurisdiccionales del orden social, en los términos establecidos en las leyes.

En materia de medios de prueba, concretamente el interrogatorio de las partes, tenemos los siguientes preceptos: El art. 301 de la LEC que, en relación con el "Concepto y sujetos del interrogatorio de las partes", dice lo siguiente: "1. Cada parte podrá solicitar del tribunal el interrogatorio de las demás sobre hechos y



circunstancias de los que tengan noticia y que guarden relación con el objeto del juicio. Un colitigante podrá solicitar el interrogatorio de otro colitigante siempre y cuando exista en el proceso oposición o conflicto de intereses entre ambos.

2. Cuando la parte legitimada, actuante en el juicio, no sea el sujeto de la relación jurídica controvertida o el titular del derecho en cuya virtud se acciona, se podrá solicitar el interrogatorio de dicho sujeto o titular".

En el proceso laboral, en relación con el interrogatorio de las personas jurídico-privadas, el art. 91.3 de la LRJS dice que "El interrogatorio de las personas jurídicas privadas se practicará con quien legalmente las represente y tenga facultades para responder a tal interrogatorio. Si el representante en juicio no hubiera intervenido en los hechos deberá aportar a juicio a la persona conocedora directa de los mismos. Con tal fin la parte interesada podrá proponer la persona que deba someterse al interrogatorio justificando debidamente la necesidad de dicho interrogatorio personal", en línea con lo que dispone el art. 309.1 de la LEC. Es más, en este último precepto se concreta que "El representante podrá solicitar que la persona identificada sea citada en calidad de testigo si ya no formara parte de la persona jurídica o ente sin personalidad".

3.- Criterios doctrinales en relación con la denegación de prueba.

Según doctrina constitucional, no toda omisión de prueba puede entenderse como constitutiva de vulneración del derecho de tutela judicial efectiva, causante de indefensión. Así se ha dicho que el dato esencial para que pueda considerarse vulnerado el derecho fundamental analizado consiste en que las irregularidades u omisiones procesales efectivamente verificadas hayan supuesto para quién alega aquella vulneración una efectiva indefensión, ya que el art. 24.2 CE únicamente cubre aquellos supuestos en los que la prueba es decisiva en términos de defensa, con clara incidencia en la resolución del proceso y obtención de un pronunciamiento favorable para el que lo denuncia [ STS 247/2004].

Esa real indefensión y repercusión es la que se precisa acreditar para que la formulación del motivo del art. 207 c) pueda prosperar.

4.- Doctrina aplicable al caso

A la vistas de las normas procesales que hemos recogido anteriormente así como del alcance que tiene una denuncia como la aquí formulada sobre la resolución recurrida, debemos entender que en este caso no ha existido una indebida denegación de prueba.

Realmente la parte está queriendo eludir las reglas procesales para, acudiendo a un deslindamiento de la condición de las personas que han formulado la demanda, obtener por la vía del interrogatorio de testigos una prueba -su interrogatorio- que no está a su disposición.

En efecto, es evidente que la prueba de interrogatorio de las partes, como bien señala la sentencia recurrida, solo puede ser propuesta por las otras partes del proceso de forma que los demandantes no puede proponer como prueba su propio interrogatorio, ya que con ello está provocando que la parte que ostenta el derecho (en este caso la parte demandada) se vea obligada, en definitiva, por la vía de la reformulación - art. 306.1 LEC- a intervenir en un medio probatorio del que no ha querido hacer uso.

Y, del mismo modo que no sería posible proponer la prueba de interrogatorio de parte a quién no ostenta tal condición -ni por vía de sustitución-, tampoco es posible que se practique un interrogatorio de testigo en quien tiene en el proceso la condición de parte.

Los testigos, como terceros en el proceso, son examinados por las partes e, incluso, por el propio órgano judicial que puede realizar las preguntas que estime oportunas para el esclarecimiento de los hechos ( art. 87.3 de la LRJS), de forma que lo que pretende la parte aquí recurrente es, realmente, una clara tergiversación de los medios de prueba, queriendo hacerse a sí mismo las preguntas que defiendan sus propios intereses para ser por el mismo contestadas.

Desde luego, quien es parte legitimada del proceso, como titular de la relación jurídica u objeto litigioso, no pueden intervenir en él como testigo, y ello no puede superarse acudiendo a que su intervención en el proceso lo es como componente de una Comisión que representa a un conjunto de trabajadores y no como trabajador específico sin ostentar aquella representación para con ello justificar su condición de testigo. La capacidad procesal es un concepto general que determina los sujetos capaces de comparecer en juicio para la defensa de los derechos legítimos que les correspondan, determinando la norma quienes ostentan esa condición por las personas jurídicas, en sus distintas configuraciones y composiciones. Pero lo que aquí tiene relevancia, de cara al debate que se formula, es la legitimación que, implicando la necesidad de tener capacidad procesal, determina la actuación en un proceso como parte activa o pasiva, en vinculación con el objeto del litigio. Y es en esta condición en la que interviene la Comisión recurrente en el presente proceso, al haber sido sujeto activo en el expediente de despido colectivo, como representante legal de los trabajadores que, ante la falta





de acuerdo, impugna la decisión empresarial adoptada en ese marco. Con estas premisas y para resolver el debate que centra el motivo, ya se advierte que lo relevante es que por su condición de sujeto activo del proceso solo puede ser sometido a interrogatorio cuando la otra parte, en este caso la parte contraria y por la existencia de intereses contrapuestos, haya propuesto esa prueba. Si la norma hubiera querido hacer la configuración de los medios de prueba que pretende la parte recurrente, permitiendo, en definitiva, que las partes del proceso puedan ser examinadas por sí mismas, no hubiera delimitado los términos del interrogatorio de las partes en la forma en que lo hace cuando. Precisamente, el legislador, teniendo presente las diversas configuraciones que puede presentar una persona jurídica, ha previsto qué personas físicas pueden asistir o comparecer en un proceso en su representación, ya como parte o en otra condición, permitiendo, incluso, en materia de prueba que si la parte que actúa en el proceso no hubiere intervenido en los hechos personalmente pueda presentar la persona que directamente conozca los mismos cuando esa prueba, claro está, haya sido propuesta por la parte contraria.

Es más, según parece desprenderse del motivo, los testimonios de los demandantes pretendían dejar constancia de los hechos recogidos en demanda, referidos a la sucesión empresarial, por haber prestado servicios sucesivos en alguna de las empresa codemandadas, y ratificar determinada documental, de la que, a su entender, se desprende determinada actividad de los mismos en dichas mercantiles y que, al parecer, solo podían ratificar los propios demandantes lo que implicaría que fueron elaborados por ellos mismos. Pues bien, si ello es así, es evidente que la parte dispuso de medios probatorios de los que hizo uso, como el interrogatorio de la parte contraria, testifical que, según refiere el propio escrito de recurso, pretendió dejar constancia de la sucesión empresarial -folio 17 del escrito de recurso, cuando se hace mención del testigo Sr. Cayetano -, de forma que en ningún momento la denegación de práctica de prueba testifical de la propia parte recurrente puede calificarse de indebida y menos causante de indefensión.

Si la parte contraria no hizo uso de la prueba de interrogatorio de la demandante aquí recurrente no puede ésta activarla.

#### **CUARTO.- Motivos destinados a la revisión de los hechos declarados probados.**

Los siguientes motivos que pasamos a examinar (segundo a decimoséptimo) son los formulados con amparo en el apartado d) de la LRJS, por medio de los cuales la parte recurrente pretende alterar el relato fáctico de la sentencia recurrida.

La parte recurrida, al impugnar el recurso se ha opuesto a todos los motivos de revisión fáctica, al igual que entiende el Ministerio Fiscal, quien a la vista del extenso número de revisiones interesadas y de ampliación del relato fáctico entiende que la parte recurrente está pretendiendo una nueva valoración de la prueba practicada, lo que no es viable en este recurso.

##### **1.- Doctrina de la Sala en materia de revisión de hechos probados en casación.**

Sobre la revisión de los hechos probados, como doctrina consolidada, podemos recordar lo que sintetiza la STS de 8 de enero de 2020, rec. 129/2018:

"A) En SSTS 13 julio 2010 (Rec. 17/2009), 21 octubre 2010 (Rec. 198/2009), 5 de junio de 2011 (Rec. 158/2010), 23 septiembre 2014 (rec. 66/2014) y otras muchas, hemos advertido que el proceso laboral está concebido como un proceso de instancia única (que no grado), lo que significa que la valoración de la prueba se atribuye en toda su amplitud ( art. 97.2 LRJS) únicamente al juzgador de instancia (en este caso a la Sala "a quo") por ser quien ha tenido plena inmediación en su práctica y la revisión de sus conclusiones únicamente puede ser realizada cuando un posible error aparezca de manera evidente y sin lugar a dudas de documentos idóneos para ese fin que obren en autos, por lo que se rechaza que el Tribunal pueda realizar una nueva valoración de la prueba, como si el presente recurso no fuera el extraordinario de casación sino el ordinario de apelación. En concordancia, se rechaza la existencia de error si ello implica negar las facultades de valoración que corresponden primordialmente al Tribunal de Instancia, siempre que las mismas se hayan ejercido conforme a las reglas de la sana crítica, pues lo contrario comportaría la sustitución del criterio objetivo de aquél por el subjetivo de las partes".

B) Reiterada jurisprudencia como la reseñada en SSTS 28 mayo 2013 (rec. 5/20112), 3 julio 2013 (rec. 88/2012) o 25 marzo 2014 (rec. 161/2013) viene exigiendo, para que el motivo prospere:

1. Que se señale con claridad y precisión el hecho cuestionado (lo que ha de adicionarse, rectificarse o suprimirse).
2. Bajo esta delimitación conceptual fáctica no pueden incluirse normas de derecho o su exégesis. La modificación o adición que se pretende no debe comportar valoraciones jurídicas. Las calificaciones jurídicas que sean determinantes del fallo tienen exclusiva -y adecuada- ubicación en la fundamentación jurídica.



3. Que la parte no se limite a manifestar su discrepancia con la sentencia recurrida o el conjunto de los hechos probados, sino que se delimite con exactitud en qué discrepa.
4. Que su errónea apreciación derive de forma clara, directa y patente de documentos obrantes en autos (indicándose cuál o cuáles de ellos así lo evidencian), sin necesidad de argumentaciones o conjeturas [no es suficiente una genérica remisión a la prueba documental practicada].
5. Que no se base la modificación fáctica en prueba testifical ni pericial. La variación del relato de hechos únicamente puede basarse en prueba documental obrante en autos y que demuestre la equivocación del juzgador.
6. Que se ofrezca el texto concreto conteniendo la narración fáctica en los términos que se consideren acertados, enmendando la que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos.
7. Que se trate de elementos fácticos trascendentes para modificar el fallo de instancia, aunque puede admitirse si refuerza argumentalmente el sentido del fallo.
8. Que no se limite el recurrente a instar la inclusión de datos convenientes a su postura procesal, pues lo que contempla es el presunto error cometido en instancia y que sea trascendente para el fallo. Cuando refuerza argumentalmente el sentido del fallo no puede decirse que sea irrelevante a los efectos resolutorios, y esta circunstancia proporciona justificación para incorporarla al relato de hechos, cumplido -eso sí- el requisito de tener indubitado soporte documental.

C) De acuerdo con todo ello, aun invocándose prueba documental, la revisión de hechos sólo puede ser acogida si el documento de que se trate tiene "una eficacia radicalmente excluyente, contundente e incuestionable, de tal forma que el error denunciado emane por sí mismo de los elementos probatorios invocados, de forma clara, directa y patente, y en todo caso sin necesidad de argumentos, deducciones, conjeturas o interpretaciones valorativas" ( STS de 16 de noviembre de 1998, recurso 1653/1998). Por tanto, no prosperará la revisión cuando el contenido del documento entre en contradicción con el resultado de otras pruebas a las que el órgano judicial de instancia haya otorgado, razonadamente, mayor valor.

D) La declaración de hechos probados no puede ser combatida sobre la base de presunciones establecidas por el recurrente ( SSTS de 17 de abril de 1991, rec. 1042/90, o 26 de mayo de 1992, rec. 1244/1991). Ello implica, de entrada, que la prueba alegada debe demostrar "de manera directa y evidente la equivocación del juzgador" pero, a su vez, la misma no puede encontrarse contradicha "por otros elementos probatorios unidos al proceso" (por ejemplo, STS de 24 de octubre de 2002, rec. 19/2002).

E) No puede pretender el recurrente, de nuevo, la valoración total de las pruebas practicadas o una valoración distinta de una prueba que el juzgador "a quo" ya tuvo presente e interpretó de una determinada manera, evitando todo subjetivismo parcial e interesado en detrimento del criterio judicial, más objetivo, imparcial y desinteresado. Por ello, la jurisprudencia excluye que la revisión fáctica pueda fundarse "salvo en supuestos de error palmario... en el mismo documento en que se ha basado la sentencia impugnada para sentar sus conclusiones, pues como la valoración de la prueba corresponde al Juzgador y no a las partes, no es posible sustituir el criterio objetivo de aquél por el subjetivo juicio de evaluación personal de la recurrente" ( STS de 6 de junio de 2012, rec. 166/2011, con cita de otras muchas)".

Además, también se ha venido sosteniendo que, respecto de la falta de prueba o prueba negativa, que "la mera alegación de prueba negativa -inexistencia de prueba que avale la afirmación judicial- no puede fundar la denuncia de un error de hecho en casación (así, SSTS 23/11/93 -rco 1780/91 ; 21/06/94 -rcud 3210/93 , 11/11/09 -rco 38/08 , 26/05/09 -rco 108/08 y 06/03/12 -rco 11/11 ) " ( SSTS/IV 23- abril-2012 -rco 52/2011 , 26-julio-2013 -rco 4/2013 , 9- diciembre- 2013 -rco 71/2013 , 19-diciembre-2013 -rco 8/2010 )" ( STS 562/2017 y 13 de mayo de 2019, rec. 246/2018)

Con base en los anteriores criterios doctrinales pasamos a resolver los motivos que afectan a los hechos probados.

## 2.- Modificación del hecho probado primero.

Se presente modificar su encabezamiento para que, en lugar de decir que "los demandantes constituyen la Comisión representativa de los..." se diga "Insta la presente demanda la Comisión representativa de los trabajadores....", con base en distintos preceptos legales que identifica y sentencias de diferentes órganos judiciales.



Este motivo debe ser rechazado porque, al margen de que no se ampara en prueba documental alguna, lo cierto es que más bien atiende a un debate jurídico, como se desprende de los argumentos legales y doctrinales que lo fundamentan.

Además, la desestimación del anterior motivo hace innecesario lo que se propone.

### 3.- Modificación del hecho probado tercero.

Se propone adicionar en el texto que refiere el juicio de desahucio que lo fue por "falta de pago del alquiler desde el de noviembre de 2017, ...", con cita de los documentos obrantes a los folios 1789 a 1976.

El motivo es innecesario porque la propia referencia que se hace en el hecho probado a la existencia del proceso de desahucio y la sentencia que en el se dictó comprende el contenido de lo que ella se recoge, con lo cual se convierte en reiterativo el texto que se pretende adicionar.

### 4.- Modificación del hecho probado octavo.

Se propone rectificar la indicación que se hace en el citado ordinal de la documental que acompañaba a la comunicación de despido colectivo presentada ante la Autoridad laboral, sustituyendo la admisión de la solicitud de concurso por la de "Decreto de 8 de febrero de 2019 del Juzgado de lo Mercantil 1 de Tarragona por el que se tenía por realizada la comunicación prevista en el art. 5 bis de la LC", con base en los documentos obrantes a los folios 88 a 99. Se entiende relevante ese dato porque se pone de manifiesto que existía falta de información y aportación de documentación relativa al procedimiento de concurso.

El motivo tampoco es posible admitirlo por irrelevante para el signo del fallo ya que si, con esa alteración, lo que se pretende acreditar es la nulidad del despido porque no se presentó la solicitud de concurso, como documentación relevante para negociar el despido colectivo, tal efecto no se produce como más adelante se razonará al tratar el motivo relativo a ese extremo jurídico, máxime cuando en el hecho probado noveno se declara probado que la empresa en la primera reunión (12 de julio de 2018) presentó el justificante de la presentación del concurso.

### 5.- Modificación del hecho probado noveno.

La parte pretende modificar el párrafo tercero del citado ordinal para dejar constancia de que la documentación entregada en la primera reunión no fue la que se había solicitado con anterioridad. Y así, propone el siguiente texto "En la primera, la empresa expuso las razones que le habían llevado a la presentación del ERE facilitando a la representación de los trabajadores parte de la documentación que había sido solicitada con anterioridad: contratos de trabajo y algunas nóminas de cuatro de los ocho trabajadores ( María Virtudes , Cayetano , Ángeles y Camino ); justificante de la presentación del concurso de acreedores sin aportación de la demanda y documental presentada ni del estado del procedimiento; cuentas anuales de los ejercicios 2014, 2015 y 2016 y balance hasta mayo de 2018 elaborado en Excel por SIM ASSESSORS sin documento oficial; depósito de cuentas en el Registro mercantil de los ejercicios 2014, 2015 y 2016. También se aportó parte de la documentación laboral de determinados trabajadores que no formaban parte del ERE (Doc n o 6 a 24 de los acompañados con la demanda)."

Este motivo también debe rechazarse por irrelevante si se atiende a la causa que lo justificó -productiva-. Así es, los extremos que se querían acreditar con esa documentación exigida eran relativos a la antigüedad de los trabajadores y si su categoría profesional contratada era correcta, conectada, además, con la existencia de grupo de empresas, cuando resulta que la causa no ha sido cuestionada en momento alguno y la falta de presentación de la documentación relativa al grupo de empresas, no lo niega la sentencia recurrida sino que justifica su innecesariedad, a la vista de la causa que motivó el despido colectivo no cuestionada, y de que es una alegación por la que se quería justificar la recolocación de los trabajadores en otras empresa que, según dice la propia sentencia, no fue planteado en el periodo de consultas.

Respecto a las nóminas de los trabajadores afectados por el despido colectivo -8 en total- resulta innecesaria la matización que se propone, encaminada a dejar constancia de que no se presentó en esa primera reunión todas las nóminas cuando es evidente que ese hecho debe relacionarse con el siguiente hecho probado, que refiere la segunda reunión, en el que se especifica que la empresa requirió la devolución de las nominas entregadas -de cuatro trabajadores- presentando entonces las restantes.

### 6.- Modificación del hecho probado décimo.

Se refiere este motivo a determinar la concreta y, a juicio de la recurrente, más exacta identificación de la documentación que fue presentada en la segunda reunión. Igualmente, quiere especificar que el salario módulo no se fijó de mutuo acuerdo. En definitiva, propone que el hecho probado en cuestión quede redactado en los siguientes términos: "En la segunda reunión, celebrada el 17 de julio, la empresa solicitó la devolución de la



documentación correspondiente a 4 trabajadores, e hizo entrega de las nóminas de enero a mayo de 2018 de los trabajadores Carlos Miguel, Candida, Segundo Y Violeta, así como de todas las nóminas de junio y julio con liquidación a 17/07/2018 de la totalidad de los trabajadores afectados por el ERE excepto la Sra. Camino (Doc n o 26 a 31 de los acompañados con la demanda).

En dicha reunión, la empresa comunicó que la nómina de mayo haéa sido abonada. En la misma, la representación de los trabajadores expuso que se consideraba que existía un grupo de empresas a efectos laborales y aun aceptando que se extingan las relaciones laborales de solo una empresa por cierre del negocio, sí solicitan, sobre las antigüedades de los trabajadores, que se reconozcan las de la primera actividad para alguna de las empresas del grupo. La representación de la empresa negó la existencia de grupo de empresa, menos de un grupo patológico, y en relación a las categorías expuso que debían estarse a las que tenían en la fecha del lanzamiento. También la representación de los trabajadores preguntó si las cantidades adeudadas iban a ser abonadas por los trabajadores; la empresa indicó el salario módulo que ellos tomaban como referencia para determinar la indemnización. Y la representación de los trabajadores manifestó quedes falta una explicación sobre el por qué han llegado al punto de que la empresa haya sido desahuciada del local (folios 139 y siguientes, y DOC 25 de la demanda)"

Nuevamente., debemos entender irrelevante las precisiones que se quieren introducir.

En relación con la determinación del salario módulo no es posible adicionar lo que se propone porque no se evidencia error alguno evidente de la Sala de instancia cuando, en el referido hecho probado, dice "También la representación de los trabajadores preguntó si las cantidades adeudadas iban a ser abonadas por los trabajadores; se fijaron el salario módulo para determinar la indemnización.." De este texto no se desprende el error que, según la recurrente, existe ya que no indica que ese módulo fuera producto o no de un acuerdo.

Respecto de las nominas facilitadas, queriendo expresar que no fueron todas las referidas a los últimos doce meses, si se vincula a la regulación legal, resulta de todo punto irrelevante la especificación que se pretende hacer, como se verá al resolver el motivo vigésimo primero.

#### 7.- Modificación del hecho probado decimocuarto

Se pretende introducir el momento en que fue comunicada la decisión extintiva a los representantes de los trabajadores y la forma en que lo fue, introduciendo que ese hecho tuvo lugar el día 25 de julio y que el día siguiente, en que se notificó a los trabajadores individualmente la decisión de despido, a esa comunicación individual se le acompañó el Auto de 19 de julio del Juzgado de lo Mercantil declarando el concurso y archivándolo.

Tampoco este motivo es relevante para el fallo cuando en el procedimiento concursal la parte recurrente estaba personada y el Auto, dictado el 19 de julio, fue notificado a la empresa el mismo día 25 de julio, en que la empresa remitió a dicha representación legal la comunicación de despido colectivo. Fecha, por cierto en la que también aquellos tuvieron conocimiento del referido auto con lo cual no desconocía la parte recurrente la decisión del Juez Mercantil y está justificado que la empresa no remitiera el Auto no solo porque ya eran parte de aquel proceso sino por coincidir las fechas en las que se recepcionó la notificación del Juzgado mercantil y se remitió la comunicación a los recurrentes.

#### 8.- Modificación del hecho probado decimosexto

Este motivo va destinado a justificar fácticamente elementos que permitan apreciar la existencia de grupo de empresa. Por tanto, se pretende implicar a la empresa codemandada Gran Logia Inversiones, SL. por medio de lo que se entiende como acontecimientos paralelos con la empresa Gran Opus Inversiones. Igualmente, quiere eliminar determina expresión que se califica como predeterminante del fallo y falta de prueba, siendo ésta la siguiente: La misma tenía sus propios trabajadores".

Por un lado, respecto a lo que se pretende adicionar, referido a que dicha mercantil fue demandada en juicio verbal de desahucio por falta de pago de alquileres desde el mes de noviembre de 2017 y que presentó ante el Juzgado Mercantil, el 23 de enero de 2018, solicitud para iniciar negociaciones para alcanzar un acuerdo, debemos rechazar tan ampliación del hecho probado impugnado. Esta ampliación no es relevante para el signo del fallo ya que, los referidos acontecimientos no son elementos que puedan configurar un grupo de empresas, a efectos laborales, como más adelante se razonará.

Por otro lado, en orden a la supresión del texto que se propone, como se ha indicado anteriormente, no es posible fundar un motivo de revisión fáctica en falta de prueba y menos cuando, en el fundamento jurídico quinto (5.3.2) se razona el extremo que aquí se quiere desvirtuar, mencionando diferentes pruebas, entre las que se incluyen las testificales.



Tampoco puede considerarse que la expresión que se desea eliminar sea un concepto jurídico predeterminante del fallo ya que por tal se entiende toda palabra o expresión que está dentro de la técnica jurídico-laboral y que requiere de conocimientos en derecho, a diferencia de expresiones gramaticales meramente descriptivas [ STS de 10 de mayo de 2016, rec., 49/2015], lo que aplicado al caso permite excluir de aquella consideración técnico jurídica la expresión "la misma tenía sus propios trabajadores".

Finalmente, en el texto que ofrece se hace un matiz terminológico en relación con el Impuesto de sociedades que no se justifica en modo alguno, por lo que tampoco podría aceptarse la modificación del extremo a él referido.

#### 9.- Modificación del hecho probado décimo octavo

El hecho probado se refiere a la codemandada Gran Arco Inversiones, a la que también se destina el hecho probado décimo sexto.

En el hecho décimo octavo interesa la eliminación de determinado contenido que se califica como predeterminante del fallo y carente de elemento probatorio que lo justifique. En concreto, el texto que refiere que la empresa "tenía sus propios trabajadores".

Como se ha indicado anteriormente, no es posible fundar un motivo de revisión fáctica en falta de prueba y menos cuando, en el fundamento jurídico quinto (5.3.2) se razona el extremo que aquí se pretende desvirtuar, haciendo mención de diferentes pruebas, entre las que se incluyen las testificales.

Y, nuevamente, reiteramos que lo que se pretende eliminar, como hemos resuelto en el anterior motivo, la expresión "la misma tenía sus propios trabajadores" no puede considerarse como terminología técnico-jurídica que permita otorgar la condición de concepto jurídico predeterminante del fallo.

Del mismo que hemos dicho en el anterior motivo, en el texto que propone se hace un matiz terminológico en relación con el Impuesto de sociedades que no se justifica en modo alguno, por lo que tampoco podría aceptarse aquí la modificación del extremo a él referido.

#### 10.- Modificación del hecho probado decimonoveno

La parte recurrente, en relación con el hecho probado decimo noveno, quiere ampliarlo para adicionar los periodos de servicios prestados para Gran Opus Inversiones, por los trabajadores Sr. Carlos Miguel , Sra. Ángeles y Sra. Violeta , así como los servicios prestados por el Sr. Segundo a la codemandada Gran Arco Inversiones y, posteriormente, para Gran Opus Inversiones, para dejar constancia, en definitiva, de que cuatro de los ocho trabajadores afectados por el despido colectivo estuvieron prestando servicios para las empresas codemandadas.

El motivo es irrelevante para el signo del fallo porque los periodos de servicios que se pretende introducir respecto de esos trabajadores juntos a los que ya se expresan, no incidiría en la existencia de confusión de plantillas como más adelante se razonará.

#### 11.- Introducir un nuevo hecho -hecho probado vigésimo-

Se propone ampliar el relato fáctico con el siguiente texto: "20.- Las empresas GRAN OPUS INVERSIONES, SL y GRAN LOGIA INVERSIONES, SL, comparten domicilio social en c/ Antoni Rius i Mir nº 38, 1º C de Reus, el cual es propiedad de la Sra. D a Justa , madre de/ Sr. Manuel y suegra de/ Sr. Valeriano . No se ha aportado por las empresas acreditación del reparto de los gastos derivados del uso de dicho domicilio social/ pese a ser requerido por Providencia de 20 de septiembre de 2018 (folios 55 y 56 de autos, así como DOC 1 y 2 de los aportados por GRAN OPUS INVERSIONES, SL en fecha 10/01/2019 obrantes a los folios 375 a 396, e interrogatorio de las codemandadas)"

El motivo debe ser rechazado porque, en relación con el domicilio social, los hechos probados ya recogen los respectivos domicilios sociales de las mercantiles (hecho probado 1 y hecho probado 17), que no ha sido impugnado en tal extremo y, por tanto, no se corresponde con lo que ahora quiere introducir.

Tampoco puede ser admitido, por irrelevante para el signo del fallo el que el local donde radica el domicilio social de Gran Opus Inversiones sea propiedad de la madre y suegra de dos de sus fundadores que ya se recogen en el hecho probado 1.

Finalmente, respecto a que no se ha aportado determinada prueba documental no es un elemento que pueda calificarse de hecho probado. El hecho probado vendría determinado por el alcance que a la falta de presentación. Injustificada de la prueba pudiera darle el juzgador de instancia, a tenor de la facultad que le otorga el art. 94.2 de la LRJS.

#### 12.- Introducir un nuevo hecho -hecho probado vigesimoprimer-



En este motivo, que es el decimosegundo del escrito de recurso, lo que se interesa es que se declare probado que las codemandadas, Gran Arco Inversiones, Gran Logia Inversiones y Gran Opus, comparten servicios sin pagos separados. A tal fin propone el siguiente texto a adicionar al relato fáctico "21.- Las tres empresas codemandadas tienen contratados desde cuanto menos el año 2014 los servicios de la gestoría SIM ASSESSORS, y han otorgado poderes de representación a favor de la misma persona, Sr. Segismundo , a su vez abogado en los dos procedimientos de concurso que afectan a las empresas GRAN LOGIA y GRAN OPUS ante el Juzgado mercantil de Tarragona, además de estar representados y defendidos en este procedimiento por misma representación y defensa letrada (folios 299 a 373 y documenta/ aportada por las codemandadas: OPUS folios 825 a 828, 1183 a 1200 y 1231 a 1232; LOGIA folios 1626 a 1630 y 1954 a 1979; y ARCO 2086 a 2113, e interrogatorio de las codemandadas)"

Lo que interesa la parte, como elemento que puede tener incidencia en la existencia de grupo de empresa, es que se declare que las codemandadas tienen la misma gestoría y el mismo abogado y representados y defendidos por las mismas personas. Evidentemente que tales elementos no tienen incidencia alguna en el fallo como luego se razonará.

#### 13.- Introducir un nuevo hecho -hecho probado vigesimosegundo-

Aquí se propone declarar probado que los contratos de franquicia que las codemandadas tienen suscrito con la cadena 100 Montaditos, figura como socio operativo la misma persona: D. Valeriano .

Tampoco este motivo es admisible por reiterativo ya que la condición que tiene el Sr. Valeriano y la franquicia que las mercantiles concertaron con la cadena ya consta en los hechos probados 2 (respecto de Gran Opus), hecho probado 15 (respecto de Gran Logia) y hecho probado 17 (respecto de Gran Arco).

#### 14.- Introducir un nuevo hecho -hecho probado vigesimotercero-

En el que constituye el motivo decimocuarto del escrito de recurso se interesa la introducción de un nuevo hecho probado que diga lo siguiente: "El Sr. Manuel ha sido quien ha instado al Registro Mercantil Central la inscripción de nombre de las empresas Gran Opus Inversiones, SL y Gran Logia Inversiones, SL".

Tampoco este puede admitirse porque, constando en el relato fáctico que el Sr. Manuel tiene la condición de Administrador, solidario o único, de aquellas mercantiles, resulta irrelevante para el signo del fallo que ese trámite registral lo hiciera quién ostenta esa condición o cualquier otra persona habilitada a tal efecto

#### 15.- Introducir un nuevo hecho -hecho probado vigesimocuarto-

En este motivo, que sería el decimoquinto del escrito de interposición del recurso, se quiere dejar constancia en el relato fáctico, mediante su ampliación, de que D., Valeriano , socio y administrador solidario de Gran Opus Inversiones y socio y único de Gran Logia, disponía de certificado de huella digital para actuar en nombre de aquellas sociedades y constaba como representante en declaraciones tributarias presentadas por Gran Logia.

Pues bien, nuevamente debemos rechazar por irrelevante el que determinada persona que ostenta la condición de administrador de las mercantiles tengan determinados instrumentos u otorgados determinadas representaciones para poder actuar en nombre de las sociedades en las que ostenta aquel cargo y condición que, además, ya vienen recogidos en los hechos probados.

#### 16.- Introducir un nuevo hecho -hecho probado vigesimoquinto-

En este motivo se pretende dejar constancia de que el 31 de julio de 2018, la esposa de uno de los demandantes, que prestaba servicios para Gran Arco Inversiones fue despedida por el Sr. Valeriano .

Tampoco este motivo es relevante para el signo del fallo porque, si con ese dato pretende dejar constancia de coacciones a los trabajadores, durante la negociación resulta que, al margen de que no se alcanzó acuerdo alguno, el hecho que se pretende introducir es de fecha posterioridad a la notificación de los despidos adoptado por la empresa Gran Opus Inversiones.

#### 17.- Adición del hecho probado vigesimosexto

Finalmente, se interesa que se incorpore al relato fáctico la falta de abono de determinadas nóminas, la liquidación y finiquito así como la indemnización por despido.

Este motivo debe rechazarse porque no se advierte en qué forma esos datos pueden alterar el signo del fallo y nada razona el motivo al respecto.

### **QUINTO. -Motivo de infracción de jurisprudencia en materia de grupo de empresas.**

Seguidamente pasamos a resolver los restantes motivos (decimo octavo a vigésimo quinto) si bien, dado que lo que se pretende es la nulidad del despido o, subsidiariamente su declaración de no ajustado a derecho, el



orden que se va a seguir está relacionado con la posible estimación o desestimación de los mismos ya que si se declarase la nulidad, sería irrelevante pasar a resolver los posteriores o, si no se declarase la nulidad el motivo relacionado con las condiciones laborales de los trabajadores quedaría vacío de contenido, si con ello se pretende acudir a la ejecución de la sentencia.

El primero de ellos se destina a poner de manifiesto que entre las codemandadas existe un grupo de empresas a efectos laborales.

#### 1.- Preceptos legales denunciados como infringidos.

Como se ha indicado anteriormente, la parte recurrente denuncia la vulneración de la doctrina del Tribunal Supremo que identifica con la recogida en la sentencia de 20 de octubre de 2015, rec. 172/2014.

Según dicha parte, la sentencia recurrida incurre en la infracción de aquella doctrina por cuanto que concurren los elementos que identifican la existencia de grupo de empresa a efectos laborales. Así, respecto de la dirección unitaria considera que se obtiene de los siguientes datos: comparten domicilio social (Pus y Logia), administrados (apareciendo uno en dos de ellas), socios (apareciendo uno en las tres y otro en dos) y fechas de constitución, titularidad de franquicias de la misma cadena, además de los vínculos familiares entre algunas de aquellas personas, así como los demás extremos que ha pretendido introducir en vía de recurso. También considera que existe confusión de patrimonios que identifica con el hecho de compartir domicilio social, las relaciones familiares y del hecho de no haberse aportado determinada documental. Respecto de la confusión de plantillas afirma que queda constatada por los servicios que se han prestado por cuatro de los ocho trabajadores para las empresas Gran Logia y Gran Opus y la Sra. Camino también para Gran Arco además de los prestados para Gran Opus. Por último, en orden a la unidad de caja acude a la prueba testifical del Sr. Cayetano para obtener de su testimonio tal elemento, así como una serie de mensajes electrónicos.

La parte recurrida se opone a que se estime el motivo porque considera que las razones jurídicas ofrecidas por la sentencia recurrida, a la luz de los hechos declarados probados, revelan que no existe grupo de empresas entre las codemandadas.

El Ministerio Fiscal se opone al motivo porque, de los hechos probados, no se desprenden los elementos que configura el grupo de empresas, según ha definido la jurisprudencia de esta Sala.

#### 2.- Doctrina de la Sala en materia de grupo de empresas a efectos laborales.

Aunque la parte ha formulado el motivo con la exclusiva cita de una sola sentencia dictada en casación por esta Sala y es reiterado el criterio de que, a los efectos del recurso extraordinario como el casación que nos ocupa, es necesario que el motivo de infracción de la jurisprudencia se sustente en más de una sentencia de esta Sala, lo que podría permitir tener por incorrecta formalmente la formulación del motivo, no obstante tampoco podría atenderse el mismo de haberse invocado más sentencias de esta Sala porque lo que pretende la parte en este motivo no se ajusta a la jurisprudencia que ya recoge la sentencia recurrida.

La doctrina reiterada que nuestra Sala viene fijando, en relación con la configuración de grupo de empresas con efectos laborales, se centran en los elementos sobre los que se pronuncia la sentencia recurrida y los encontramos en sentencias de esta Sala, de 21 de noviembre de 2019, rec. 103/2019, 20 de junio de 2018, rec. 168/2017, 13 de mayo de 2018, rec. 246/2018, 31 de mayo de 2017, rec. 2501/2015, y otras muchas anteriores, como la del Pleno, de 27 de mayo de 2013, rec. 78/2012.

Con carácter general, el concepto de empresa de grupo, a efectos laborales, con el alcance que en materia de responsabilidad solidaria conlleva tal configuración, que es lo que a la parte recurrente interesa, se ha entendido existente cuando concurren elementos adicionales en los siguientes términos, que recogemos de la citada STS de 20 de junio de 2018, rec. 168/2017:

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

La presencia de esos elementos exige que deba estarse a las circunstancias concretas del caso, dentro de los márgenes que la propia doctrina ha marcado. Y en ese sentido, la sentencia que estamos refiriendo señala lo siguiente:

d).- Que "el concepto de grupo laboral de empresas y, especialmente, la determinación de la extensión de la responsabilidad de las empresas del grupo depende de cada una de las situaciones concretas que se



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

Más específicamente, por lo que se refiere a los concretos elementos adicionales, se ha dicho lo siguiente en la sentencia que venimos reproduciendo:

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

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

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

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

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

### 3.- Doctrina aplicable al caso.

Los hechos que se han declarado probados y que en este momento procesal no se han modificado, no ponen de manifiesto que estemos ante un grupo de empresas a efectos laborales, si atendemos a la doctrina expuesta y que correctamente ha aplicado la sentencia recurrida.

A.- Según la Sala de instancia no existe una dirección unitaria de varias entidades sino que cada una de las codemandadas tiene titularidad empresarial formalmente distinta y actuando diferenciadamente. Es más, tampoco podría extenderse la responsabilidad común por obligaciones de una de ellas a las restantes porque: 1. Existe funcionamiento diferenciados de cada una de las demandadas, siendo distintos los administradores de todas ellas y aunque existe alguna coincidencia personal no sería por sí solo suficiente a esos efectos. Y tal conclusión debe mantenerse.

La parte recurrente ubica la dirección unitaria en unas coincidencias parciales en las personas de los socios y administrados y misma actividad de franquicia pero estos elementos no son suficientes y menos cuando no concurren en todos los demandados.

El hecho de que una persona disponga de huella digital en las dos empresas en las que figura como Administrador (en solidaridad o único), o por su condición figure como representante de las mercantiles no implica una dirección unitaria.

Del mismo modo, el que las tres mercantiles atiendan una franquicia cada una de la misma cadena o que su gestor sea el mismo o haya sufrido en fechas próximas una situación de desahucio con cierre de actividad





resulta irrelevante para establecer la dirección unitaria y consiguiente responsabilidad solidaria que por grupo de empresas aquí se demanda

En ese sentido se ha dicho que " a).- 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", porque "los componentes del grupo tienen en principio un ámbito de responsabilidad propio como persona jurídicas independientes que son" [ SSTS 30/01/90 Ar. 233; 09/05/90 Ar. 3983; ... 10/06/08 -rco 139/05-; 25/06/09 -rco 57/08-; y 23/10/12 -rcud 351/12-).

b).- Que la dirección unitaria de varias entidades empresariales no es suficiente para extender a todas ellas la responsabilidad, pues tal dato tan sólo será determinante de la existencia del grupo empresarial, no de la responsabilidad común por obligaciones de una de ellas (aparte de otras ya citadas, SSTS 26/01/98 -rec. 2365/1997-; ... 26/09/01 -rec. 558/2001-; ... 20/01/03 -rec. 1524/2002-; 03/11/05 -rcud 3400/04-; y 21/07/10 -rcud 2845/09-).

Y que, en definitiva, " tampoco cabe exigir esa responsabilidad solidaria por el sólo dato de que el Administrador único de una empresa sea representante legal de otra, pues "pues la mera coincidencia de un administrador en ambas, aunque comportara una dirección unitaria, no determinaría sino la existencia de un grupo de empresas y no la responsabilidad solidaria de aquéllas" ( STS 26/12/01 - rec. 139/2001-)." [ STS de 21 de noviembre de 2019, rec. 103/2019].

B.- Tampoco podemos apreciar que exista el elemento de confusión de plantillas.

Para la sentencia recurrida no hay prestaciones de servicios indistinta o conjunta ya que la prestación de algunos trabajadores para las codemandadas lo ha sido sucesivamente.

Los hechos probados revelan que algunos de los ocho trabajadores afectados por el despido comenzaron a prestar servicios para Gran Arco o para Gran Ligia y posteriormente, al cabo de un año o dos, pasaron a prestar servicios para Gran Opus. Esto, en principio, revela que ha existido una prestación sucesiva de trabajo para dos mercantiles, iniciando la actividad para la primera de ellas antes de que se constituyera y comenzara su actividad la segunda.

En estas circunstancias no podemos apreciar que estemos ante una prestación indistinta de trabajo en favor de las empresas del grupo, a los efectos de apreciar la confusión de plantillas, simplemente por el pase de una empresa a otra, desconociéndose, además, las circunstancias por las que cesaron en su actividad en la primera de las empresas.

En términos de nuestra doctrina si la confusión de plantillas se manifiesta "en la prestación indistinta de trabajo -simultánea o sucesivamente- en favor de varias de las empresas del grupo, lo que viene a identificarse como existencia de una unidad en los servicios prestados "para los diversos empresarios, porque -se afirma- "[e]l dato decisivo para apreciar la existencia de una única relación laboral no es la unidad del empresario, que no se da, sino la unidad de prestación de servicios realizada por el trabajador" [ STS de 13 de mayo de 2019, rec. 246/2018], esos elementos no concurren en este caso.

C. No existe confusión patrimonial ni unidad de caja.

Así lo dice la sentencia recurrida y la ausencia de esos elementos no se han puesto de manifiesto en este momento procesal.

La parte recurrente, en relación con la confusión de patrimonios tan solo se refiere a la existencia de un mismo domicilio social que aquí hemos rechazado al negar la revisión fáctica propuesta a tal fin, y en el parentesco entre la dueña de la vivienda donde está sito aquel domicilio y algunos de los socios lo que, así como por el contenido de documentos que no figuran en autos y sobre los que no se ha aplicado la ficta documentatio. En estas circunstancias, difícilmente podemos entender que exista confusión patrimonial que, como dice nuestra doctrina " "no hace referencia a la pertenencia del capital social, sino a la pertenencia y uso del patrimonio social de forma indistinta, lo que no impide la utilización conjunta de infraestructuras o medios de producción comunes, siempre que esté clara y formalizada esa pertenencia común o la cesión de su uso" [ STS de 13 de mayo de 2019, rec. 246/2018].

Y lo mismo debemos concluir respecto de la unidad de caja, como grado extremo de la confusión patrimonial que, en términos jurisprudenciales, alude a la permeabilidad operativa y contable, no identificable con una gestión centralizada de la tesorería para grupos de empresa. En este punto, la parte recurrente alude a una serie de elementos que no figuran en el relato fáctico y que obtiene de la prueba testifical o documental que ha sido analizada por la sentencia recurrida para negarles virtualidad probatoria -fundamento jurídico 5.3.3-. Por



tanto, insistimos, no se puede apreciar unidad de caja cuando los hechos probados no dan noticia de elemento alguno del que obtenerla.

#### **SEXTO.- Motivo de infracción de norma para declarar la nulidad del despido colectivo por no haber obtenido autorización del Juez del Concurso.**

##### 1.- Planteamiento del motivo.

El motivo vigésimo, en el que se plantea la cuestión que encabeza este apartado, invoca como preceptos legales infringidos los siguientes: art. 124.2 b) y 11 de la LRJS y art. 64.11 de la LC, en relación con el art. 51 del ET y art. 176 bis de la LC.

Según la parte recurrente procede declarar la nulidad del despido colectivo porque la empresa debía haber paralizado la aplicación del art. 51 del ET para proceder a aplicar lo dispuesto en el art. 64 de la LC, solicitando autorización judicial para acordar las extinciones de las relaciones laborales, negando virtualidad a los argumentos ofrecidos en la sentencia recurrida porque la LC es clara en orden a que una vez declarado el concurso el despido colectivo debe tramitarse ante el juez mercantil, sin que el hecho de que por falta de masa activa se acordara el archivo enerve la propia declaración del concurso con el alcance de ser el juez concursal el que deba conocer del despido colectivo. Además, refiere que el auto no era firme al haber sido recurrido por los demandantes.

La parte recurrida entiende que debe mantenerse el criterio de la sentencia de instancia, máxime cuando la parte recurrente no identifica precepto alguno del que obtener esa obligación de paralización del expediente de despido colectivo. En todo caso, pone de manifiesto que, como resuelve la sentencia de instancia, no existía proceso concursal al momento de adoptar la medida, por lo que no se deriva la competencia al juez mercantil,

El Ministerio Fiscal considera que la sentencia recurrida ha dado una adecuada respuesta a la cuestión, en tanto que la inexistencia del procedimiento concursal en la fecha en la que se acordaron los despidos no obliga a suspender el procedimiento iniciado.

En esta cuestión la respuesta de la sentencia recurrida, como ya adelantamos al inicio de esta resolución, se justifica diciendo que el 19 de julio de 2018 se dictó el auto declarando a Gran Opus Inversiones en concurso de acreedores voluntario, así como su conclusión y archivo por insuficiente masa activa, a tenor del art. 176 bis de la Ley 22/2003, de 9 de julio Concursal (LC). Ello significa, según dice la sentencia, que cuando la empresa notifica el despido a los trabajadores no había procedimiento concursal, sin que a ello se oponga la pendencia del recurso de apelación que se interpuso porque no tiene carácter suspensivo, según el art. 63.8 de la citada Ley especial. Es más, recuerda que el Juez Mercantil dictó auto declarándose incompetente ante el cumplimiento por el Departamento de Trabajo de la Generalitat de lo dispuesto en el art. 64.1 párrafo segundo.

##### 2.- Preceptos legales a examinar.

El art. 64.1 de la LC (art. 169.1 del TRLC 2020), en materia de contrato de trabajo, dispone lo siguiente en su párrafo primero: " Los procedimientos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, de traslado colectivo, de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, una vez declarado el concurso, se tramitarán ante el juez del concurso por las reglas establecidas en el presente artículo

En su párrafo segundo (art. 170.1 del TRLC 2020), se dice lo siguiente: " Si a la fecha de la declaración del concurso estuviere en tramitación un procedimiento de despido colectivo o de suspensión de contratos o reducción de jornada, 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 procedimiento administrativo anterior hasta la fecha de la declaración de concurso conservarán su validez en el procedimiento que se tramite ante el juzgado".

El art. 176 bis (art. 472 y 469 del TRLC 2020), en materia de especialidades de la conclusión por insuficiencia de la masa activa, que aquí se invoca como infringido, en el apartado 2 y 4, que son los que la parte identifica, disponen lo siguiente " 2. Tan pronto como conste que la masa activa es insuficiente para el pago de los créditos contra la masa, la administración concursal lo comunicará al juez del concurso, que lo pondrá de manifiesto en la oficina judicial a las partes personadas.

Desde ese momento, la administración concursal deberá proceder a pagar los créditos contra la masa conforme al orden siguiente, y, en su caso, a prorrata dentro de cada número, salvo los créditos imprescindibles para concluir la liquidación



[.....]

4. También podrá acordarse la conclusión por insuficiencia de masa en el mismo auto de declaración de concurso cuando el juez aprecie de manera evidente que el patrimonio del concursado no será presumiblemente suficiente para la satisfacción de los previsibles créditos contra la masa del procedimiento ni es previsible el ejercicio de acción de reintegración, de impugnación o de responsabilidad de terceros"

A los anteriores preceptos concursales que son citados en el motivo, para una mejor resolución del motivo, debemos añadir los siguientes.

El art. 5 bis de la LC en cuyo apartado 1 dice lo siguiente: " El deudor podrá poner en conocimiento del juzgado competente para la declaración de su concurso que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación de los previstos en el artículo 71 bis.1 y en la Disposición adicional cuarta o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio en los términos previstos en esta Ley".

Y en su apartado 5 dispone: "Transcurridos tres meses desde la comunicación al juzgado, el deudor, haya o no alcanzado un acuerdo de refinanciación, o un acuerdo extrajudicial de pagos o las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes hábil siguiente, a menos que ya lo hubiera solicitado el mediador concursal o no se encontrara en estado de insolvencia. 6. Formulada la comunicación prevista en este artículo, no podrá formularse otra por el mismo deudor en el plazo de un año

El art. 176.1.3ª de la LC (art. 464.4º del TRLS 2020) dispone que procederá la conclusión del concurso y el archivo de las actuaciones "en cualquier estado del procedimiento, cuando se compruebe la insuficiencia de la masa activa para satisfacer los créditos contra la masa".

El art. 178.3 de la LC (art. 484.1 del TRLC 2020), que referido a los efectos de la conclusión del concurso, dispone " La resolución judicial que declare la conclusión del concurso por liquidación o por insuficiencia de la masa activa del deudor persona jurídica acordará su extinción y dispondrá la cancelación de su inscripción en los registros públicos que corresponda, a cuyo efecto se expedirá mandamiento conteniendo testimonio de la resolución firme"

El art. 8.2º que, al describir las competencias del juez del concurso, le atribuye la relativa a: "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..." ,

3.- Criterios doctrinales en relación con las acciones laborales frente a empresas concursadas.

Son diferentes las cuestiones que esta Sala ha tratado en relación con las competencias del juez del concurso y del juez del orden social.

Así se ha recordado la figura del precurso del art. 5.bis, relativa a la Comunicación de negociaciones y efectos, "que permite al deudor poner en conocimiento del juzgado competente para la declaración de su concurso que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación [...]". Estableciendo para esta figura un efecto suspensivo solo en materia de ejecuciones diciendo que "Desde la presentación de la comunicación y hasta que se formalice el acuerdo de refinanciación previsto en el artículo 71 bis.1, o se dicte la providencia admitiendo a trámite la solicitud de homologación judicial del acuerdo de refinanciación, o se adopte el acuerdo extrajudicial, o se hayan obtenido las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio o tenga lugar la declaración de concurso, no podrán iniciarse ejecuciones judiciales o extrajudiciales de bienes o derechos que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. Las ejecuciones de dichos bienes o derechos que estén en tramitación quedarán suspendidas con la presentación de la resolución del secretario judicial dando constancia de la comunicación. Las limitaciones previstas en los incisos anteriores quedarán en todo caso levantadas una vez transcurridos los plazos previstos en el apartado siguiente [...]".

Y qué competencia ostenta el juez mercantil, recordando que "B) El artículo 8.1 prescribe que "la jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente" en diversas materias [...]. En concordancia con ello, el artículo 9.1 dispone que "la jurisdicción del juez se extiende a todas las cuestiones prejudiciales civiles, con excepción de las excluidas en el artículo 8, las administrativas o las sociales directamente relacionadas con el concurso o cuya resolución sea necesaria para el buen desarrollo del procedimiento concursal" [ STS de 18 de diciembre de 2018, rcud. 2279/2017].

En esa línea, se ha venido manteniendo que a partir de la declaración del concurso es el juez mercantil el que asume la competencia exclusiva y excluyente en las materias relativas a los despidos colectivos, como recuerda la STS de 14 de septiembre de 2018, rcud 2652/2017, cuando dice lo que seguidamente recogemos:



"En nuestra STS/4ª de 9 febrero 2015 (rcud. 406/2014) ya declarábamos que es competente el Juzgado de lo Mercantil para conocer de la extinción colectiva de contratos de trabajo después de declarado el concurso,...".

#### 4.- Respuesta al motivo.

Los hechos a considerar para resolver el motivo son los siguientes: La empresa Gran Opus Inversiones, SL, constituida el 13 de octubre de 2014, explotaba en régimen de franquicia, un establecimiento de restauración de la cadena 100M/100 Montaditos/Cervecería 100 Montaditos, en un local en arrendamiento cuyo titular presentó demanda de juicio verbal de desahucio por falta de pago, lo que concluyó con su desalojo el 20 de junio de 2018. Antes de ejecutarse la sentencia, el 23 de mayo de 2018, teniendo entrada el 31 de mayo, la citada mercantil presentó demanda sobre concurso de acreedores voluntario y abreviado, haciendo referencia al cese de su actividad que provoca el desahucio del local arrendado donde ejercía la misma. El 20 de junio de 2018, día en que tuvo lugar el desalojo del local en el que se desarrollaba la actividad, la demandada informó a los trabajadores de su intención de iniciar un procedimiento de despido colectivo, presentándose ante la Autoridad Laboral la comunicación el 6 de julio. Las reuniones para cubrir el periodo de consultas tuvieron lugar el 12, en la que se presentó por la empresa el justificante de solicitud de concurso de acreedores, el 17 de julio y el 20 de julio en el que concluyó el periodo de consultas sin acuerdo. El 19 de julio de 2018, se dictó Auto por el Juez Mercantil por el que se declaraba a la demandante en concurso voluntario de acreedores y acordaba su conclusión y archivo por insuficiencia de la masa activa, notificado a las partes, Gran Opus Inversiones SL y los aquí recurrentes el día 25 de julio de 2018, fecha en la que la empresa comunica a la Comisión ad hoc, la decisión de despido colectivo de los ocho trabajadores que conformaban la plantilla. El Juzgado de lo Mercantil, ante la comunicación del Departamento de Trabajo de la Generalitat, dictó Auto el 5 de noviembre de 2018 por el que declaraba la falta de jurisdicción para conocer del expediente de regulación de empleo, al encontrarse archivado el procedimiento concursal de Gran Opus Inversiones, SL.

El Auto de declaración de concurso y su archivo fue recurrido ante la Audiencia Provincial (AP), por los recurrentes, teniendo constancia esta Sala de que dicho recurso fue desestimado por sentencia de la Sección 1ª de la AP, de 5 de febrero de 2020, rec. 1025/2018.

A la vista de este relato temporal de hechos es evidente que la decisión de la sentencia recurrida, negando virtualidad alguna a la situación concursal de Gran Opus Inversiones para desviar hacia la jurisdicción mercantil la competencia para decidir el despido colectivo, es ajustada a derecho.

La conclusión y archivo del concurso por insuficiencia de masa activa, del art. 176 bis de la LC 2003, es una vía excepcional de conclusión del proceso. Dicha conclusión alza los efectos de la declaración de concurso por lo que ya no opera la atribución de la competencia exclusiva y excluyente a favor del juez del concurso.

Siendo ello así, lo que solo podría examinarse es si presentada la solicitud de concurso el día 31 de mayo, estando en periodo de consultas cuando se dicta el Auto declarando el concurso y su archivo (19 de julio) y habiéndose cerrado las consultas sin acuerdo el día 20 de julio, debería haberse dado remisión del expediente de despido al Juez del Concurso. Y eso nos lleva a lo que dispone el art. 64.1 párrafo segundo que, precisamente, permite que si al momento de la declaración del concurso estuviera en tramitación un despido colectivo pasará a la jurisdicción del juez del concurso la competencia para seguir con su tramitación. Ahora bien, nos encontramos ante un Auto que, si bien declara la situación de concurso, también procede a su conclusión y archivo de manera que no se dan exactamente las circunstancias que permiten entender que el concursado esté obligado a poner en conocimiento del juez del concurso aquella tramitación para su continuación o ejecución, en otro caso, cuando el archivo del procedimiento concursal ya cierra la competencia del juez del concurso para conocer de las acciones en materia laboral. Así, además, ya fue decidido por el propio Juez Mercantil en resolución que declaró su incompetencia para conocer del despido colectivo y no consta que esa resolución se haya revocado.

En definitiva, el motivo debe ser rechazado ya que las razones ofrecidas por los recurrentes, según las cuales la empresa Gran Opus, a quien le fue notificado el auto de declaración del concurso, conclusión y archivo del concurso el día 25 de julio, tenía que haberse dirigido al juez mercantil para poder extinguir los contratos de trabajo, no son atendibles cuando el mismo día que comunicó la extinción de los contratos a la representación de los trabajadores tuvo la noticia del archivo del expediente concursal de forma que tampoco estaba obligada a notificar al juez mercantil aquella decisión, aunque se hubiere interpuesto contra el Auto mercantil recurso de apelación que, a tenor del art. 20.2 de la LC (art. 25 del TRLC) no tiene efecto suspensivo, salvo que el juez de acuerdo, lo que no es el caso. Además, ese recurso ya ha sido resuelto en sentido confirmatorio del auto apelado.

**SÉPTIMO.- Motivo destinado a la declaración de nulidad del despido colectivo por no aportar la documentación necesaria.**



### 1.- Planteamiento del motivo.

El motivo vigésimo primero denuncia como preceptos legales vulnerados los siguientes: art. 124.2 b) y 11 de la LRJS, art. 64.11 de la LC, en relación con el art. 51.2 del ET y arts. 2 a 6 del RD 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, con cita de la STS de 10 de octubre de 2015, rec. 172/2014.

La recurrente fundamenta el motivo en la trascendencia de la documental requerida y no aportada por la empresa en el expediente de despido colectivo, a pesar de haber sido insistentemente reclamada. A tal efecto, marca como no aportada la siguiente: cuatro contratos de trabajo; todas las nóminas de los último doce meses, número y clasificación profesional de los trabajadores del último año, contratos extinguidos por no superar periodo de prueba o de los temporales; fecha prevista para los despido; información sobre desahucio y concurso de acreedores; las contratos de los afectados con las empresas del grupo y de la situación económica de todas ellas.

La parte recurrida, una vez más, entiende que la sentencia recurrida ha resuelto conforme a derecho en tanto que los trabajadores tuvieron a su disposición la documentación necesaria para poder negociar, sin olvidar que la causa era productiva y que la misma no fue cuestionada por la parte social.

El Ministerio Fiscal informa sobre el rechazo del motivo al ajustarse la decisión recurrida a las exigencias legales que, en materia de documentación en los despidos colectivos, imponen las normas que se invocan en el recurso.

En esta cuestión, la sentencia de instancia, partiendo de que la causa del despido es productiva, considera en esencia que la empresa fue poniendo a disposición de los demandantes los documentos que le eran requeridos excepto en los extremos referidos a la situación contable de las otras sociedades codemandadas lo que no le era exigible a la empresa a fin de justificar la causa por la que se estaba tramitando el expediente y que no fue discutida por los demandantes a lo largo del proceso de negociación.

### 2.- Normativa a considerar

El art. 124.2 b) de la LRJS dispone que la demanda de despido colectivo podrá fundarse, entre otros motivos, en " Que no se ha realizado el período de consultas o entregado la documentación prevista en el artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores o no se ha respetado el procedimiento establecido en el artículo 51.7 del mismo texto legal"

El apartado 11 del anterior precepto, en lo que ahora se está cuestionando, señala cuando el despido colectivo debe calificarse de nulo, diciendo lo siguiente: " La sentencia declarará nula la decisión extintiva únicamente cuando el empresario no haya realizado el período de consultas o entregado la documentación prevista en el artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores o no haya respetado el procedimiento establecido en el artículo 51.7 del mismo texto legal ....".

El art. 64.11 de la LC tampoco es precepto que venga a resolver el debate que se nos presenta por cuanto que tan solo dispone lo siguiente: "En todo lo no previsto en este artículo se aplicará la legislación laboral y, especialmente, mantendrán los representantes de los trabajadores cuantas competencias les atribuye la misma", y habiéndose resuelto el anterior motivo en los términos que han quedado establecidos en el precedente fundamento de derecho, este precepto concursal no viene a dar respuesta jurídica a la nulidad del despido que en este motivo se ampara en al falta de documentación presentada a los representantes de los trabajadores.

El art. 51.2 del ET , sobre el contenido de la comunicación de apertura del periodo de consultas, dispone lo que pasamos a recoger: "La comunicación de la apertura del periodo de consultas 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.
- f) Copia de la comunicación dirigida a los trabajadores o a sus representantes por la dirección de la empresa de su intención de iniciar el procedimiento de despido colectivo.



g) Representantes de los trabajadores que integrarán la comisión negociadora o, en su caso, indicación de la falta de constitución de esta en los plazos legales.

La comunicación a los representantes legales de los trabajadores y a la autoridad laboral deberá ir acompañada de una memoria explicativa de las causas del despido colectivo y de los restantes aspectos señalados en el párrafo anterior, así como de la documentación contable y fiscal y los informes técnicos, todo ello en los términos que reglamentariamente se establezcan".

Y del RD 1483/2012, la parte no hace una expresa indicación de qué concreto precepto de los cinco alegados ha sido el infringido por la sentencia recurrida. Ha identificando los arts. 2 a 6 que, dentro de la sección 2ª, destinada a la iniciación del procedimiento de despido colectivo, se refieren a la comunicación empresarial (art. 2), a la documentación común a todos los procedimientos de despido colectivo (art. 3), a la documentación en los despidos colectivos por causas económicas, por causas técnicas, organizativas o de producción (arts. 4 y 5, respectivamente) y, finalmente, la comunicación del inicio del procedimiento a la autoridad laboral (art.6). Dado que la causa productiva, en la que se amparaba el despido colectivo que es objeto del proceso no es cuestionada, entenderemos que lo que realmente está denunciando la parte es el incumplimiento del art. 3 del citado RD que dice lo siguiente: " 1. Cualquiera que sea la causa alegada para los despidos colectivos, la comunicación de inicio del periodo de consultas contendrá los siguientes extremos:

- a) La especificación de las causas del despido colectivo, conforme a lo establecido en el artículo 1.
- b) Número y clasificación profesional de los trabajadores afectados por el despido. Cuando el procedimiento de despido colectivo afecte a más de un centro de trabajo, esta información deberá estar desglosada por centro de trabajo y, en su caso, provincia y comunidad autónoma.
- c) Número y clasificación profesional de los trabajadores empleados habitualmente en el último año. Cuando el procedimiento de despido colectivo afecte a más de un centro de trabajo, esta información deberá estar desglosada por centro de trabajo y, en su caso, provincia y comunidad autónoma.
- d) Período previsto para la realización de los despidos.
- e) Criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por los despidos.
- f) Copia de la comunicación dirigida a los trabajadores o a sus representantes por la dirección de la empresa de su intención de iniciar el procedimiento de despido colectivo.
- g) Representantes de los trabajadores que integrarán la comisión negociadora o, en su caso, indicación de la falta de constitución de ésta en los plazos legales.

2. La referida comunicación deberá ir acompañada de una memoria explicativa de las causas del despido colectivo, según lo establecido en los artículos 4 y 5, y de los restantes aspectos relacionados en este apartado, así como, en su caso, del plan de recolocación externa previsto en el artículo 9.

3. Simultáneamente a la entrega de la comunicación a los representantes legales de los trabajadores, el empresario solicitará por escrito de estos la emisión del informe a que se refiere el artículo 64.5.a) y b) del Estatuto de los Trabajadores"

### 3.- Doctrina precedente de la Sala

La doctrina de la Sala, en la que se ampara la sentencia recurrida, es clara en orden a que no toda ausencia de documentación lleva aparejado el efecto de nulidad del despido colectivo. Como recoge la STS de 12 de diciembre de 2018, rec. 122/2018, con cita y reproducción de las precedentes, recuerda lo siguiente.

Respecto de la finalidad que persigue el legislador al imponer que en la tramitación de los despidos colectivos se presente determinada documentación, se ha dicho lo que sigue:

"a) ... la principal finalidad del precepto [ art. 6 RD 801/2011 ; art. 4.2 RD 1483/12 ] es la de que los representantes de los trabajadores tengan una información suficientemente expresiva para conocer las causas de los despidos y poder afrontar el periodo de consultas adecuadamente ... En este sentido se orienta el artículo 2.3 de la Directiva 98/59/CE del Consejo de 20 de julio de 1998 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, para que ése periodo de consultas a que se refiere el artículo 2.1, se proyecte, tal y como expresa el artículo 2.2 y como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias, mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento destinadas, en especial, a la ayuda para la readaptación o la reconversión de los trabajadores despedidos ... esa finalidad de proporcionar la información necesaria para abordar con mínimas garantías el periodo de consultas o, de manera aún más elemental, de conocer documentalmente la situación económica real de la empresa sobre la que se justifican los despidos".



Atendiendo a esa finalidad, se ha precisado que el análisis del cumplimiento de aquella obligación documental debe tener presente aquella. Así se ha expresado en los siguientes términos:

b).- "... el examen de las exigencias formales que ha de cumplir el periodo de consultas ha de hacerse partiendo de la finalidad perseguida por la norma y ésta no tiene otra sino la de que los representantes de los trabajadores tengan una información suficientemente expresiva para conocer las causas de los despidos y poder afrontar el periodo de consultas adecuadamente. [...].

Por ello, también se ha considerado que no todo incumplimiento de las exigencias documentales establecidas puede provocar la nulidad de la medida extintiva sino que, entendiendo que la norma reglamentaria no tiene valor ad solemnitatem, deberá valorarse la repercusión que pudiera tener la ausencia de la documental de que se trate para dar por cubierta la finalidad legislativa, introduciendo el concepto de documento intrascendente. En otras palabras, se ha dicho que:

c).- "... no todo incumplimiento de las previsiones contenidas en aquel precepto puede alcanzar la consecuencia de nulidad que se pueda desprender del art. 124 LRJS , sino tan sólo aquella que sea trascendente a los efectos de una negociación adecuadamente informada... Y nos referimos a la "trascendencia" de la documental, porque entendemos que a pesar de los claros términos en que se expresan los arts. 6.2 RD 801/11 y 4.2 RD 1483/12 [el empresario "deberá aportar"], así como del 124 LRJS [se "declarará nula la decisión extintiva" cuando "no se haya respetado lo previsto" en el art. 51.2 ET , conforme a la redacción del RD-Ley 3/2012; y cuando "el empresario no haya ... entregado la documentación prevista" en el art. 51.2 ET , de acuerdo con el texto proporcionado por la Ley 3/2012], de todas formas la enumeración de documentos que hace la norma reglamentaria no tiene valor "ad solemnitatem", y no toda ausencia documental por fuerza ha de llevar a la referida declaración de nulidad, sino que de tan drástica consecuencia han de excluirse -razonablemente- aquellos documentos que se revelen "intrascendentes" a los efectos que la norma persigue [proporcionar información que consienta una adecuada negociación en orden a la consecución de un posible acuerdo sobre los despidos y/o medidas paliativas: art. 51.2 ET ]; con lo que no hacemos sino seguir el criterio que el legislador expresamente adopta en materia de procedimiento administrativo [ art. 63.2 LRJ y PAC] e incluso en la normativa procesal [ art. 207.c) LRJS ]".

d).- "En suma, el carácter instrumental de los requisitos formales obliga a efectuar un análisis caso por caso. La nulidad del despido por esta causa vendrá ligada a la carencia de garantías del derecho a negociar, pues el periodo de consultas no puede entenderse efectuado si la falta de información suficiente impide que sirva a los fines del art. 51 ET ".

#### 4.- Aplicación de la doctrina al caso.

En el presente caso debemos partir que la representación de los trabajadores reclamó de la empresa la documentación siguiente: contratos de trabajo, nóminas de los ultimo doce meses, solicitud de concurso y procedimiento mercantil, información contable de la empresa -balances, cuentas de explotación-.

Respecto de la documentación relativa a la situación de las empresas Gran Logia y Gran Arco, desde luego que no existía obligación alguna de presentar datos relativos a las mismas, a la vista de lo ya resuelto en orden al grupo de empresas. Que, por cierto, fue igualmente rechazada tal configuración empresarial por la jurisdicción mercantil al resolver el procedimiento de concurso de acreedores.

En relación con la empresa promotora del despido colectivo, Gran Opus, como dice la sentencia recurrida, dado que la causa productiva no se cuestionó, la documentación puesta a disposición de la representación de los trabajadores fue la suficiente y adecuada para tener por cumplidas las exigencias legales.

En efecto, de la documentación que se recoge en los preceptos que se han recogido anteriormente, no consta que el recurso se centre en la ausencia o deficiencia de alguna que haga referencia a los datos que aquellos preceptos legales que hemos recogido anteriormente señalan. Por tanto, no habría incumplimiento alguno.

Tampoco el incumplimiento vendría dado por las razones que apunta el recurso. Así, la documentación relativa a la información contable de la empresa no era exigible, al no figurar ni en el art. 5 ni en el art. 3 del RD 1483/2012 aunque, no obstante, se presentaron cuentas anuales de los ejercicios 2014 a 2016 y balance hasta mayo de 2018, así como depósitos de cuentas en el Registro Mercantil. Es más, si dicha documentación estaba vinculada a la existencia de grupo de empresa, desde luego que no era en modo alguno exigible.

Respecto de los contratos de los ocho trabajadores afectados por el despido, la misma fue entregada en la primera y la segunda reunión, según se desprende de los hechos noveno y décimo, habiéndose aportado también nóminas que, aunque no lo hubieran sido en el total de las reclamadas no se advierte la relevancia de tal documental a la vista del numero de trabajadores afectados -ocho trabajadores- y la causa no cuestionada.



Y menos que insistan en que se debía presentar documental de los trabajadores de las otras codemandadas, ajenas al despido colectivo.

Por otro lado, resulta irrelevante en este proceso que, ante el cese de actividad, con cierre del local por desahucio, hubieran existido otras extinciones previas ya que ello, no alteraría el carácter colectivo del despido que nadie cuestiona y, si acaso, se debería dilucidar en el proceso individual de los trabajadores que, tras haber extinguido sus contratos, pudieran haberse considerados afectados por la posterior medida de despido colectivo.

La falta de motivación sobre la razón del desahucio tampoco se advierte como relevante. Mejor dicho, la causa del desahucio fue clara, la falta de pago de la renta que es lo que configura la medida de desahucio con lo cual no se puede decir que se desconociera por qué se produjo el lanzamiento del local.

El contenido de la solicitud de concurso no puede servir tampoco a los efectos pretendidos cuando los demandantes tenían noticia del mismo ya que fueron parte en el procedimiento, llegando a presentar recurso de apelación contra el Auto de declaración, conclusión y archivo del concurso. Y menos la comunicación del art. 5 bis de la LC que, relativa a la figura del precurso, no tiene incidencia alguna a estos efectos dado esa prefase ya había desaparecido tras la presentación del concurso y la apertura del periodo de consultas.

Además, por lo que refieren los hechos probados, tal y como expresa la sentencia aquí recurrida, toda la documentación que realmente interesaba a los demandantes estaba dirigida a la existencia de grupo de empresas y, en el acto de juicio, al parecer, para pretender obtener una nulidad por no haber negociado la recolocación en las otras empresas codemandadas, extremo este último que la sentencia niega que pueda suscitarse en el proceso judicial al no haberse llevado a la negociación.

En definitiva, no se puede obtener una nulidad del despido porque la representación de los trabajadores tuvo a su disposición la documentación exigible, necesaria y suficiente para negociar durante el periodo de consultas el despido colectivo, lo que lleva a negar que la sentencia recurrida haya infringido los preceptos legales que se denuncian. Todo ello sobre la base de que en este momento procesal la parte recurrente no ha centrado la impugnación en otros documentos, informes o memorias sobre los que la sentencia recurrida ha efectuado un examen para concluir, también, que las posibles deficiencias no tenían trascendencia para dar por cumplida la finalidad de su exigencia.

Respecto de la doctrina recogida en la STS de 10 de octubre de 2015, rec. 172/2014, citada en el motivo, no procede hacer ninguna referencia ya que en el motivo no se fundamenta en modo alguna la forma y manera en que la sentencia recurrida ha infringido la misma, máxime cuando en ella, recogiendo la doctrina que tanto la sentencia recurrida como la presente reproduce, viene a considerar suficiente la documentación que allí se presentó.

#### **OCTAVO.- Motivo destinado a la declaración de nulidad del despido por coacciones a los trabajadores a lo largo de la tramitación del expediente de despido colectivo**

##### 1.- Planteamiento del motivo.

Esta cuestión se formula en el motivo vigésimo segundo, con invocación del art. 124.2 c) como precepto legal infringido.

La parte recurrente considera que la empresa, durante el procedimiento negociador del despido colectivo ha llevado a cabo actuaciones que pudieran considerarse coaccionadoras de los trabajadores. Y como tal, entiende el haber dejado de abonar la nómina cuando se inició el periodo de consultas, entendiendo que no puede estar justificada dicha situación por el hecho de haber cesado en la actividad ya que existía un grupo de empresa, teniendo las otras codemandadas actividad y liquidez. Además, afirma que el desahucio lo provocó la empresa y eso llevó al periodo de consultas por lo que aquel lanzamiento fue imputable a la falta de previsión de la empresa, exponiendo que lo sucedido en orden a los tiempos en la ejecución del lanzamiento del local hizo que "la empresa incumpliera con los pagos de las nóminas una vez iniciada la negociación demuestra únicamente una exclusiva actitud de la misma tendente a coaccionar a los trabajadores para que acabaran suscribiendo un acuerdo.."

Tanto la parte recurrida como el Ministerio Fiscal muestran su disconformidad con el motivo al no existir elementos en los que reposar ninguna conducta coactiva por parte de la empresa.

##### 2.- Normativa aplicable

El art. 124.2 c) de la LRJS dispone que la demanda de despido colectivo podrá fundarse en alguno de los siguientes motivos: " c) Que la decisión extintiva se ha adoptado con fraude, dolo, coacción o abuso de derecho"





Ni el ET ni la LRJS ofrecen un concepto de coacción a los efectos del despido colectivo. Ello nos permite introducirnos en el Código Civil en cuyo artículo 1265, al calificar de nulo el consentimiento prestado en los contratos cuando concurren determinados vicios, junto al dolo -figura que se recoge en el art. 124 de la LRJS-, también se contempla la intimidación. Y el concepto de intimidación se recoge en el art. 1267 en los siguientes términos " Hay intimidación cuando se inspira a uno de los contratantes el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona o bienes, o en la persona o bienes de su cónyuge, descendientes o ascendientes"

### 3.- Respuesta al motivo.

Según la sentencia recurrida, no han existido coacciones hacia los trabajadores, por el simple hecho de haber dejado de abonar los salarios desde el inicio del expediente de despido colectivo, ya que tal proceder no puede calificarse de conducta coactiva para alcanzar un acuerdo. Además, considera que debe matizarse esa alegación porque, según las actas, aunque al inicio del expediente existían deudas salariales del mes de mayo, resulta que en la segunda reunión se había producido el abono de dicha mensualidad.

Y tal conclusión debe ratificarse en este momento porque, esencialmente y como ya señala la sentencia recurrida, no concluyó el periodo de consultas con acuerdo, con lo cual difícilmente puede decirse que hubo consentimiento viciado alguno cuando los representantes de los trabajadores no dieron su conformidad a la decisión extintiva propuesta y, posteriormente, adoptada por la empresa.

Además, los hechos que refiere la parte no tendrían tal condición y, en cualquier caso, según el relato fáctico y como razona la sentencia de instancia, las deudas salariales del mes de mayo fueron abonadas antes de concluir el periodo de consultas, insistimos, sin acuerdo.

En consecuencia, el motivo debe fracasar.

### **NOVENO.- Motivo destinado a la declaración de nulidad del despido por ausencia de buena fe negocial.**

#### 1.- Planteamiento del motivo.

A ello se destina el motivo vigésimo tercero, citando como preceptos que lo amparan los siguientes: 124.2 b) y 11 de la LRJS, art. 51.2 del ET y art. 7.1 del RD 1483/2012.

La parte demandante considera que las afirmaciones que contiene la sentencia recurrida para negar la existencia de mala fe negocial no se ajusta a lo probado a lo largo del procedimiento. A su juicio, la pretensión que ellos tenían en orden a que se reconocieran unas categorías profesionales para cuatro trabajadores no estaba fuera del alcance de la empresa, como tampoco el fijar el salario diario para cada trabajador para indicar la indemnización sin que la empresa aportara las nóminas, pudiendo con ello negociarse mejores condiciones de los trabajadores como la de haber propuesto puestos de trabajo en las otras codemandadas. En definitiva y a su entender, la empresa ha mantenido una postura inamovible, fijando la indemnización mínima legal, debiendo todo ello llevar a calificar el despido como nulo.

De nuevo la parte recurrida y el Ministerio Fiscal se oponen al motivo, partiendo de la doctrina que esta Sala tiene establecida en materia de buena fe negocial y que, a su juicio, ha aplicado correctamente la sentencia recurrida.

#### 2.- Normativa a considerar.

El art. 124.2 b) y 11 de la LRJS ya se han recogido en el fundamento jurídico séptimo, por lo que no es necesario que se reproduzcan en este momento,

El art. 51.2 del ET, en lo que aquí interesa y es objeto del motivo, lo que expresa es que "Durante el periodo de consultas, las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo"

El art. 7.1 del RD 1483/2012, en relación con el periodo de consultas, señala que "La consulta deberá versar, como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento, tales como medidas de recolocación o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad".

#### 3.- Doctrina de la Sala en la materia.

La Sala también se ha pronunciado reiteradamente en orden a la buena fe en la negociación del despido colectivo, diciendo lo que ya señala la propia sentencia recurrida.

Así es, venimos diciendo que "a) que la previsión legal no parece sino una mera especificación del deber general de buena fe que corresponde al contrato de trabajo [como a todo contrato: art. 1258 CC ] y que en el campo de la negociación colectiva especifica el art. 89.1ET ["ambas partes estarán obligadas a negociar bajo el principio



de la buena fe"]; b) desde el momento en que el art. 51 ET instrumenta la buena fe al objetivo de "la consecución de un acuerdo" y que el periodo de consultas "deberá versar, como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento", está claro que la buena fe que el precepto exige es una buena fe comercial>> ( STS/IV 27-mayo-2013 -rcv 78/2012, Pleno); [...] << se evidencia la trascendencia que el Legislador quiere dar al período de consultas ... configurándolo no como un mero trámite preceptivo, sino como una verdadera negociación colectiva, entre la empresa y la representación legal de los trabajadores, tendente a conseguir un acuerdo, que en la medida de lo posible, evite o reduzca los efectos de la decisión empresarial, así como sobre las medidas necesarias para atenuar las consecuencias para los trabajadores de dicha decisión empresarial, negociación que debe llevarse a cabo por ambas partes de buena fe>> ( STS/IV 16-noviembre-2012 -rcv 236/2011).>> [ STS 14 de enero de 2020, rec. 126/2019].

Más específicamente, y en relación con las que se califican posturas o posiciones empresariales inamovibles, identificadas con el hecho de haberse establecido indemnizaciones en cuantías que no mejoran las legalmente establecidas, se ha analizado la existencia de buena fe en atención al entorno en el que se ha desarrollado el periodo de consultas. Así, la STS de 9 de enero de 2019, rec. 108/2018, recuerda, con cita de otras precedentes que "No puede hablarse de una postura inamovible de la empresa ... El hecho de que, al no alcanzarse un acuerdo, la decisión empresarial final se limitara a la indemnización legal de 20 días, sin otras mejoras, no puede afectar a la calificación de la actitud de la empresa durante el periodo de consultas. La inamovilidad contumaz como prueba de carencia de buena fe la apreciamos en el caso resuelto en la STS/4ª/Pleno de 20 marzo 2013 (rec. 81/2012), pero porque allí se daba la doble circunstancia de la falta de información a la representación de los trabajadores y el mantenimiento a ultranza de la posición empresarial desde el inicio. Precisamente, indicábamos que cabía negar que se hubiera desarrollado un verdadero periodo de consultas "y no tanto porque no se moviesen las posiciones empresariales en el curso de las tres reuniones, sino porque a lo anterior se une también el dato significativo de la referida desinformación de los representantes de los trabajadores y la constancia inicial y final inamovible de extinguir desde el principio y sin información relevante la totalidad de los contratos de trabajo"

#### 4.- Doctrina aplicable al caso.

Como ya se indicó al comienzo de esta resolución judicial, la ausencia de buena fe en la negociación, como causa de nulidad del despido colectivo, es rechazada por la sentencia de instancia porque, basada aquella alegación en la posición inamovible de la empresa, sin aportar propuestas, considera que esa posición es consecuencia de lo que los trabajadores pretendían, como era que les fuera reconocida una categoría profesional distinta a la ostentada y a una mayor antigüedad por servicios a otras empresas, con repercusión todo ello en los efectos económicos del despido colectivo. Tampoco puede calificarse de mala fe el hecho de que no se abonaran los salarios del último mes. Todo ello en un contexto en el que la causa no ha sido cuestionada y lo que realmente se pretendía por la parte social era obtener la aceptación por la empresa de existencia de un grupo empresarial patológico que nunca aceptó.

Pues bien, tampoco este motivo puede prosperar porque la sentencia recurrida no ha incurrido en la infracción normativa que se denuncia, ajustándose a la doctrina de esta Sala en la que se apoya.

No hay que olvidar que la causa del despido colectivo no fue jamás cuestionada, que el despido afectó a toda la plantilla constituida por ocho trabajadores y que lo que sucedió fue el cese de la actividad por lanzamiento en desahucio del local en el que se aquella se desarrollaba. En estas condiciones y según lo tratado en las reuniones que refieren los hechos probados noveno y décimo, lo que se habló estaba centrado en el importe de la indemnización, existencia de grupo de empresas para que se otorgara mayor antigüedad, categorías profesionales, y salarios del mes de mayo.

Pues bien, aunque ahora la parte actora recurrente parece querer deslindar sus peticiones o propuestas formuladas en el periodo de consultas de la existencia de grupo de empresa, que es sobre lo que razona la sentencia recurrida para rechazar la existencia de mala fe comercial, tampoco esa posición sobre la mayor antigüedad, categoría profesional o salario para algunos de los trabajadores afectados por el despido colectivo y la negativa de la empresa a asumirla vendría a constituir conducta ajena a la buena fe comercial por el solo hecho de no haberlas aceptado.

Los demandantes pretendían que la empresa reconociera una mayor antigüedad que, como se ha dejado dicho, se amparaba en la existencia de un grupo de empresa que no se ha estimado existente. La otra posición de los trabajadores era la de obtener una categoría profesional distinta a la ostentada, con la repercusión sobre el salario, negándose la empresa a asumirla por no ser la pactada. En estas posiciones enfrentadas, y máxime si atendemos al concepto de controversia, sin que conste otras posturas de ambas partes que pudieran dirigirles hacia un encuentro en la negociación, no es posible que se pueda apreciar para ninguna de ellas un defecto

de buena fe más aún, cuando esas condiciones particulares controvertidas podían ser impugnadas a nivel individual.

Y, desde luego, no puede acudir la parte recurrente a justificar la mala fe negocial en las circunstancias que pudieran suceder antes del periodo de consultas que es en el que se debe analizar la conducta empresarial y menos por falta de conocimiento por la representación de los trabajadores de una situación que, a su juicio, hubiera permitido el anticipado del periodo de consultas ya que lo que revelaría esa no anticipación del despido colectivo es que la empresa estaba intentando eludir una medida extrema como la que tuvo que afrontar unos meses más tarde. Ni tampoco puede acudir la parte recurrente a circunstancias durante la negociación que no figuran en el relato fáctico (como las que relata en el punto B.1, B.2, B.3 y B.4 del motivo)

Llegados a este punto, en el que la nulidad del despido no es posible declararla, resulta innecesario resolver el motivo decimonoveno en el que la parte pretendía dejar constancia de las circunstancias o condiciones laborales de los trabajadores que solo sería operativa para el caso de que se obtuviera aquella declaración que la sentencia recurrida ha negado y aquí dicha decisión judicial se ha ratificado.

#### **DÉCIMO.- Motivo destinado a la declaración de despido no ajustado a derecho por no poner a disposición de los trabajadores la indemnización.**

##### 1.- Planteamiento del motivo.

El motivo vigésimo cuarto denuncia la infracción del art. 124.2 c) de la LRJS por abuso de derecho e infracción del art. 51.4 y 53.1 del ET.

Según la parte recurrente los requisitos de los despidos individuales forman parte del debate del proceso de despido colectivo por la remisión expresa que se hace en el art. 51 al art. 53 del ET, sin que sea atendible la justificación que presenta la empresa para superar ese incumplimiento de puesta a disposición de la indemnización

La parte recurrida, tras querer justificar que esa situación deriva de la falta de tesorería, como se advierte de que el concurso de acreedores se diera por concluido por insuficiencia de la masa, considera que en todo caso lo que pretende la parte recurrente es ajeno al proceso de despido colectivo, como ya decidió la sentencia recurrida.

El Ministerio Fiscal, a diferencia de los anteriores motivos, considera que el presente debe ser acogido. A tal fin, considera que la remisión que hace el art. 51 del ET al art. 53 pone de relieve que la medida de despido debe cumplir también con esa exigencia que aquí se denuncia como incumplida y que la empleadora no pueda acudir a la falta de liquidez para justificar la falta de puesta a disposición de la indemnización cuando la causa no es económica.

##### 2.- Normativa a considerar

Ya hemos recogido en el fundamento jurídico octavo el contenido del art. 124.2 c) por lo que es innecesario reiterar aquí su contenido, dejando especificado que se imputa al despido colectivo el carácter de despido adoptado con abuso de derecho.

El art. 51.4 del ET dice lo siguiente: "Alcanzado el acuerdo o comunicada la decisión a los representantes de los trabajadores, el empresario podrá notificar los despidos individualmente a los trabajadores afectados, lo que deberá realizar conforme a lo establecido en el artículo 53.1. En todo caso, deberán haber transcurrido como mínimo treinta días entre la fecha de la comunicación de la apertura del periodo de consultas a la autoridad laboral y la fecha de efectos del despido"

El art. 53.1 del ET recoge la forma en que el empresario debe poner en conocimiento del trabajo el despido por causas objetivas.

A los citados por la parte recurrente debemos añadir lo que dispone el art. 124.11 párrafo 3 de la LRJS que, al referirse a la sentencia dictada en el proceso de despido colectivo, indica el pronunciamiento que puede tener la misma. Y en lo que aquí se está cuestionando, dice que "La sentencia declarará no ajustada a Derecho la decisión extintiva cuando el empresario no haya acreditado la concurrencia de la causa legal indicada en la comunicación extintiva

También debe estarse a lo que dispone el art. 124.13 de la LRJS en el que se dice lo siguiente: " El trabajador individualmente afectado por el despido podrá impugnar el mismo a través del procedimiento previsto en los artículos 120 a 123 de esta ley, con las especialidades que a continuación se señalan: [...]

b) Cuando el despido colectivo haya sido impugnado a través del procedimiento regulado en los apartados anteriores de este artículo, serán de aplicación las siguientes reglas: [...]



2.ª La sentencia firme o el acuerdo de conciliación judicial tendrán eficacia de cosa juzgada sobre los procesos individuales, por lo que el objeto de dichos procesos quedará limitado a aquellas cuestiones de carácter individual que no hayan sido objeto de la demanda formulada a través del proceso regulado en los apartados anteriores"

### 3.- Doctrina de la Sala.

La STS de 25 de septiembre de 2018, rec. 43/2018, es clara cuando recuerda la doctrina sobre las circunstancias o elementos que deben ser objeto del proceso de despido colectivo, distinguiendo entre lo que constituye el propio proceso de negociación y decisión, con el de su ejecución puesta en marcha, diciendo lo que sigue: "en el procedimiento de impugnación del despido colectivo no pueden suscitarse cuestiones relativas a su implementación. Por ejemplo, la STS 20 mayo 2015 (rec., 290/2014; Autopista del Sol) explica que " el objeto de este procedimiento especial del art. 124 LRJS es el previsto en la Ley: la decisión extintiva y el iter hasta llegar a esa decisión, sin que pueda ampliarse a los defectos habidos en la ejecución de la decisión, aunque éstos se pusieran de manifiesto antes del plazo de caducidad de veinte días para impugnar la decisión"

El motivo acude al abuso de derecho. Pues bien, esa figura jurídica, recogida en el art. 7.2 del CC, se ha dicho que "comporta una actuación que sobrepasara el límite normal del ejercicio de un derecho con el exclusivo propósito de dañar a un tercero, lo que implica que su apreciación exige unos hechos probados que pongan de manifiesto tanto las circunstancias objetivas (anormalidad en el ejercicio) como las subjetivas (voluntad de perjudicar o ausencia de interés legítimo)", como recuerda la STS de 13 de mayo de 2019, rec. 246/2018.

### 4.- Respuesta al motivo.

Respecto de la existencia de un despido no ajustado a derecho por falta de puesta a disposición de la indemnización por el despido, la sentencia recurrida considera que tal alegación no es relevante en el proceso de despido colectivo sino en el proceso individual, y en relación con las exigencias formales que deben darse al adoptar la medida extintiva individual, pero no a la legalidad o no del despido colectivo.

Desde luego que el motivo debe ser rechazado porque lo resuelto en la sentencia de instancia es totalmente ajustado a derecho.

Se pretende que la sentencia de despido colectivo califique el mismo como no ajustado a derecho por no haberse puesto a disposición del trabajador afectado por el despido la indemnización legal por la extinción adoptada. Esa calificación del despido colectivo solo está reservada para la falta de acreditación de la causa legal indicada en la comunicación extintiva, dentro de ese proceso especial. Siendo ello así, no puede la parte hacer el conocido espigue de normas para poder obtener lo que aquí pide. Acude al art. 53 del ET para trasladar al art. 124 de la LRJS la causa de improcedencia del despido que en aquél se establece, sin atender a la propia y específica que el legislador reserva para el despido colectivo.

Aunque el despido colectivo fuese ajustado a derecho, como aquí se está confirmando ya en este momento, ello no impide que, a nivel individual, el despido de los trabajadores afectados por aquél pueda calificarse de improcedente -si no se han cubierto las formalidades de comunicación individual de la extinción, o incluso nulo por vulneración individual de los derechos fundamentales u otras causas que, a nivel individual, pudieran alcanzar a la situación particular de los afectados, tal y como se obtiene de las normas que hemos recogido anteriormente.

Por tanto y como bien recoge la sentencia recurrida, el proceso de despido colectivo no es el medio o vía procesal para hacer valer las deficiencias de los despidos individuales, adoptados en ese marco colectivo, tal y como ya ha indicado nuestra doctrina.

En todo caso, y aunque en ningún momento del motivo se fundamente nada al respecto, tampoco podría acudirse al abuso de derecho, que por cierto de existir provocaría la nulidad del despido colectivo, porque el hecho en el que se apoya tal argumento, además de no constar fácticamente, queda al margen del debate, como ya se ha indicado.

La confirmación de la sentencia de instancia, por la que se declara el despido colectivo ajustado a derecho, deja vacío de contenido la último motivo del recurso en el que la parte pretendía, en caso de obtener la calificación de despido no ajustado a derecho, que se que declarase el derecho de imposibilidad de readmisión con fijación de la indemnización.

**QUINTO.** - Lo anteriormente razonado, oído el Ministerio Fiscal, permite concluir en el sentido de confirmar la sentencia recurrida, sin imposición de costas.

## FALLO



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

- 1.- Desestimar el recurso de casación interpuesto por el Procurador D. Diego Sánchez Ferrer, en nombre y representación de D. Segundo , D<sup>a</sup> Candida y D. Carlos Miguel .
- 2.- Confirmar la sentencia recurrida dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, el 20 de febrero de 2019, en el proceso de despido colectivo seguido bajo el número 24/2018.
- 3.- Sin imposición de costas.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ