

Roj: **STS 1425/2017 - ECLI:ES:TS:2017:1425**Id Cendoj: **28079140012017100226**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **29/03/2017**Nº de Recurso: **133/2016**Nº de Resolución: **263/2017**Procedimiento: **SOCIAL**Ponente: **LUIS FERNANDO DE CASTRO FERNANDEZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En Madrid, a 29 de marzo de 2017

Esta sala ha visto los presentes autos pendientes ante esta Sala, en virtud de recurso de casación interpuesto por el Letrado D. Alfonso Suárez Migoyo, actuando en nombre y representación de «AUTOBAR SPAIN, S.A.U.» (hoy denominada «PELICAN ROUGE COFFEE SOLUTIONS, S.A.U.»), frente a la sentencia de la **Sala de lo Social** del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 1 de febrero de 2016 [autos 881/15], en actuaciones seguidas en virtud de demanda formulada por la misma parte contra SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL, sobre SEGURIDAD SOCIAL.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por D. Alfonso Suárez Migoyo, en nombre y representación de «AUTOBAR SPAIN, S.A.U.» (hoy denominada «PELICAN ROUGE COFFEE SOLUTIONS, S.A.U.»), se presentó demanda en materia de SEGURIDAD SOCIAL, de la que conoció la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, tras exponer los hechos y motivos que estimaron de aplicación, se terminó por suplicar se dicte sentencia: «por la que, estimando la demanda por apreciar infracción del ordenamiento jurídico, declare no conforme a Derecho el expresado acto impugnado mediante la presente demanda y anule totalmente y deje sin efecto la resolución recurrida, con los demás pronunciamientos favorables que procedan en consonancia con dicha declaración».

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se celebró el acto del juicio, con la intervención de las partes y el resultado que se refleja en el acta que obra unida a las actuaciones. Recibido el pleito a prueba se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

TERCERO.- Con fecha 1 de febrero de 2016 se dictó sentencia por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en la que consta el siguiente fallo: «Desestimando la demanda interpuesta por AUTOBAR SPAIN S.A.U. contra el SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL (MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL) y confirmamos la resolución impugnada».

CUARTO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: «**PRIMERO.-** El 18 de noviembre de 2011 las empresas "Autobar Spain SAU", "Servicios de Venta Automática SAU" (SERVENTA), "Distribución y Explotación de Maquinas del Norte, SAU, (DEMAN), Servicio de Vending y Distribución SLU, (SVD), "Euvesa Vending SLU", (EUVEESA), y "Tebe Vending SLU", iniciaron formalmente la tramitación del ERE nº NUM000, por causas económicas y organizativas, al amparo del art. 51 ET y 5 RD 801/2011, por el que autorizó, por Resolución de la Dirección General de Empleo de 10 de enero de 2012, la extinción de las relaciones laborales de 120 trabajadores pertenecientes a las distintas empresas relacionadas y que a su vez conformaban los Grupos de Empresa "AUTOBAR SPAIN SAU" y "SERVENTA".- **SEGUNDO.-** Los antecedentes de los Grupos de Empresa "AUTOBAR SPAIN SAU" y "SERVENTA" hasta el momento de formular el referido ERE fueron los siguientes:



Tras diversas operaciones mercantiles de fusión y absorción quedó de la siguiente manera:

Por lo que respecta a SERVENTA hasta julio de 2011:

En fecha 21 julio 2011 "Alcorn Spain SLU" sociedad matriz del Grupo Autobar adquirió el 100% del capital social de "Servicio de Venta Automática SAU" (SERVENTA).- Por tanto la situación empresarial quedó a partir de noviembre de 2011 de la siguiente manera:

TERCERO .- Antes de iniciarse la tramitación del referido ERE, durante la tramitación del mismo y después de la autorización, la demandante ha formado parte, como lo sigue haciendo ahora del "Grupo de Empresas Autobar Spain".- **CUARTO** .- De conformidad con la Disposición Transitoria Segunda del RD 1484/2012 de 29 octubre, la Dirección General de Empleo el 4 de diciembre de 2013 certificó que en el despido colectivo 315/2011 concurrían las circunstancias establecidas en el apartado 1 de la DA decimosexta de la ley 27/11 lo que provocó que el 29 de octubre de 2014 la Dirección General del Servicio Público de Empleo acordase emitir propuesta de liquidación frente a la demandante por importe de 354.807,73 €, relativo al período comprendido entre el 1 de enero y 31 de diciembre 2013 en concepto de aportación económica derivada del procedimiento de despido colectivo iniciado el 18 de noviembre de 2011.- **QUINTO** .- La aquí actora, demandante, formulo alegaciones contra la propuesta de liquidación mencionada el día 21 de mayo de 2014, y por la Dirección General del SEPE se dicto nueva resolución el 29 de diciembre de 2014 declarando definitiva la liquidación provisional y por el importe citado relativa a la anualidad del 2013.- **SEXTO**.- La actora interpuso recurso de alzada el 4 de febrero de 2015, ante la ama. Sra. Ministra de Empleo, contra la resolución de la Dirección General del SEPE, previa constitución de aval bancario solidario que garantiza el pago de la aportación, recurso que por resolución de fecha 24 de septiembre de 2015 fue desestimado y confirmada la resolución recurrida, notificándose a la demandante el 8 de octubre de 2015.- **SÉPTIMO**.- En fecha 27 de abril de 2015 la Subdirección General de Recursos Humanos de la Secretaria Técnica del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, dicto Oficio advirtiendo que en la resolución de 29 de diciembre de 2014, objeto de recurso de alzada, se habían considerado por error los ejercicios económicos, 2009 y 2010 a los efectos de la referida aportación económica, cuando los que deberían ser considerados eran los ejercicio 2010 y 2011, añadiendo el Oficio que dicho error en nada afectaba a la obligación, que se mantenía, toda vez que los resultados de los nuevos ejercicios seguían siendo positivos.- **OCTAVO**.- El día 8 de octubre 2015 se notifica a la actora la resolución de 24 de septiembre 2015, por la que se desestima el recurso de alzada, confirmando la resolución recurrida».

QUINTO .- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de casación por D. Alfonso Suárez Migoyo, Letrado, actuando en nombre y representación de «AUTOBAR SPAIN, S.A.U.» (hoy denominada «PELICAN ROUGE COFFEE SOLUTIONS, S.A.U.»), amparándose en el siguiente motivo: ÚNICO: Al amparo del art. 207 c) de la LRJS, por infracción del apartado 1, letra c, de la Disposición Adicional Decimosexta de la Ley 27/2011, de 1 de agosto .

SEXTO.- Evacuado el trámite de impugnación, se emitió el preceptivo informe del Ministerio Fiscal, en el sentido de considerar improcedente el recurso, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 22 de marzo de 2017, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- El objeto de impugnación en las presentes actuaciones es la obligación de efectuar aportación económica al Tesoro Público por parte de la empresa «Autobar Spain, SAU», en razón al ERE NUM000 y que fue fijada por la Dirección General del SPEE -Resolución de 29/Octubre/14- en cuantía de 354.807,73 euros, referida al periodo 01/01 a 31/12/2013.

2.- Tras agotar la vía administrativa, se formuló demanda que fue desestimada por la STSJ Madrid 01/02/16 [autos 881/15]. Y frente a ella se formula recurso de casación, en el que -motivo único- se denuncia : a) la infracción del apartado «1», letra «c» de la DA Decimosexta de la Ley 27/2011 [1/Agosto], «en su redacción vigente en la fecha de tramitación» del ERE NUM000 y «autorización del mismo» por la DG de Empleo «el siguiente 10 de enero de 2012»; b) la vulneración del art. 2, apartado «1», letra «c» del RD 1484/2012 [29 / Octubre] 1 .c).

SEGUNDO.- 1.- Cumple señalar, en primer término, que la materia de que tratamos -aportación al Tesoro determinada por la situación económica de las empresas afectadas por el ERE- se rige por la DA Decimosexta de la Ley 27/2011 [1/Agosto], y dado que -conforme indicamos- el ERE se inicia en 18/11/11 y se autoriza en 10/01/12, no cabe duda alguna de que el supuesto objeto de debate se rige por la versión inicial de la norma,



habida cuenta de la previsión contenida en su apartado «4» [«Lo previsto en esta disposición será de aplicación a los expedientes de regulación de empleo iniciados a partir del 27 de abril de 2011»] y de que la siguiente redacción -proporcionada por el RD-ley 5/2013 [15/Marzo]- inició vigencia para los ERE posteriores a 01/01/13 [«14. Lo previsto en esta disposición será de aplicación a los procedimientos de despido colectivo iniciados a partir del 1 de enero de 2013»].

2.- Los literales términos de aquella originaria redacción son -en los extremos que en autos se discuten- los siguientes: «1. Las empresas que realicen despidos colectivos de acuerdo con lo establecido en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores , y que incluyan a trabajadores de 50 o más años de edad, deberán efectuar una aportación económica al Tesoro Público, en los términos que se determinen reglamentariamente, siempre que en tales despidos colectivos concurren las siguientes circunstancias: ... c) Que, aun concurriendo las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que lo justifiquen y la razonabilidad de la decisión extintiva, las empresas o el grupo de empresas del que forme parte hubieran tenido beneficios en los dos ejercicios económicos anteriores a la autorización del expediente de regulación de empleo...».

Ciertamente -como señala el Sr. Abogado del Estado en su escrito de impugnación- que la DF Cuarta del RD-Ley 3/2012 [10/Febrero], proporciona nueva redacción al precepto [«c) Que, aun concurriendo las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que los justifiquen, las empresas o el grupo de empresas del que forme parte hubieran tenido beneficios en los dos ejercicios económicos anteriores a aquél en que el empresario inicia el procedimiento de despido colectivo»]. Pero tampoco cabe olvidar que la nueva norma se publica en el BOE de 11/02/12 y que entra en vigor al día siguiente [DF Decimosexta], en tanto que el ERE de que tratamos se inicia -como se precisará a continuación- en 18/11/11 y se aprueba en 10/01/12, lo que ineluctablemente nos lleva a la redacción original. Aparte de que la variación normativa resultaría -a la postre- intrascendente a los efectos de que tratamos, pues la consecuencia jurídica fáctica no variaría -como se verá- tanto si los dos años precedentes de situación económica se computan desde la autorización del ERE [versión inicial de la DA Decimosexta; y años 2011/2010] o bien desde el inicio de su tramitación [versión tras el RD-Ley 3/2012 ; y años 2009/2010].

TERCERO.- 1.- La complejidad del problema que se plantea deriva muy primordialmente del entramado empresarial que afecta al ERE de que tratamos y en el que cabe destacar - conforme a los inmodificados HDP:-

a).- En el año 2010, el «Grupo de Empresas Autobar» estaba formado por la empresa matriz «Acorn Spain, SL», propietaria del 99% del capital social de «Autobar Spain, SA», a su vez titular del 99% del capital de «Autobar Norte, SA» y del 100% de «Nordis Social Consulting, SL».

b).- En 29/11/2011 la empresa «Autobar Spain, SA» absorbió -fusión por absorción- a las empresas «Autobar Norte, SA» y «Nordis Social Consulting, SL», pasando a ser «Autobar Spain, SAU» -CIF: A28136851- [actualmente «Pelican Rouge Coffee Solutions SA»].

c).- A vez, la sociedad matriz «Acorn, Spain, SL» había adquirido en 21/07/11 el 100 por 100 del capital social de «Servicio de Venta Automática» [Serventa], que a su vez -a la fecha referida- era empresa matriz de otro grupo empresarial, formado por «Distribución y Explotación de Máquinas del Norte, SAU» [Deman], «Servicio de Vending y Distribución, SLU» [SVD], «Euvesa Vending, SLU» [euvesa] y «Tebe Vending, SLU».

d).- En 18/11/11 se inicia el ERE NUM000 , a instancia de «Autobar Spain SA» -posteriormente «Autobar Spain SAU»- y Serventa, autorizándose por la DG de Empleo -Resolución de 10/01/12- la extinción de 120 trabajadores pertenecientes a la plantilla de ambos grupos.

2.- Pero tampoco resulta ajena a la dificultad que los autos presentan la circunstancia de que el formal apartado de HDP no haga referencia alguna a la situación económica del grupo empresarial -o de los dos grupos empresariales- que insta el ERE y de cada una de las empresas integrantes de los mismos, sino que los datos se expresan -indebidamente- de forma discontinua y en la fundamentación jurídica [cuarto y quinto FFJJ], siquiera ello no les prive en todo caso de validez como HDP [recientes, SSTS 02/06/126 -rco 136/15 -; 22/06/16 -rco 250/15 -; y SG 26/10/16 -rcud 2913/14 -]; y que además ello se haga con una cierta imprecisión o inconcreción, tanto en alguna de las decisivas expresiones utilizadas [«grupo»; «empresas del grupo»], cuanto porque las referencias que se hacen resulta que unas veces son afirmaciones que se atribuyen a la Resolución administrativa impugnada y no está claro si las hace suyas la decisión recurrida, y otras veces obedecen - parece- a la definitiva convicción judicial. De todas formas, las partes no acusan imprecisión alguna en la sentencia y en tal contexto esta Sala IV excluye el remedio extremo de la nulidad de actuaciones, llegando a concluir que la intelección del texto a la que ha llegado es la compartida -o que debieran compartir- por las partes recurrente e impugnante.

3.- Concretamente se afirma en el FJ Cuarto -con valor de HDP- que el «Grupo Autobar Spain» tuvo pérdidas en los ejercicios 2009, 2010 y 2011 y que «Autobar Spain, SAU» tuvo beneficios en esos mismos ejercicios, «pero



como se ha visto, en esos ejercicios, los trabajadores afectados por el ERE NUM000 estaban empleados en diversas empresa del grupo, siendo el resultado en conjunto negativo».

Ahora bien, desde el momento en que -conforme a los expresos HDP- el referido «Grupo Autobar Spain» estaba formado -año 2010- por «Autobar Spain SA», «Autobar Norte, SA» y «Nordis Social Consulting, SL», y que a partir de la fusión por absorción producida en 29/11/11 las tres últimas empresas se extinguen y pasan a ser «Autobar Spain, SAU», la única forma de que cobren sentido y coherencia las afirmaciones precedentes de la sentencia pasa por entender que el beneficio afirmado no es imputable a «Autobar Spain, SAU» [sustituta del «Grupo Autobar Spain», tras absorber «Autobar Spain SA» a las otras dos empresas del Grupo], sino a la precedente «Autobar Spain SA», antes de integrarse -con la fusión- en «Autobar Spain, SAU»; tal como -por otra parte- afirma el informe de la Subdirección General de Gestión Financiera del SPEE y que precisamente reproduce la sentencia recurrida.

CUARTO.- 1.- De acuerdo con lo más arriba indicado, hemos de aplicar al presente recurso la redacción original de la DA Decimosexta Ley 27/2011 y por lo tanto la exigencia -para que proceda la aportación económica que se cuestiona- de que «las empresas o el grupo de empresas del que forme parte *hubieran tenido beneficios* en los dos ejercicios económicos anteriores ...». Por lo que toda la cuestión que se plantea ya en este trámite casacional es la interpretación que haya de hacerse a la referida frase «las empresa o grupo de empresas del que forme parte *hubieran tenido beneficios* ...».

Para la decisión recurrida -FJ Tercero- la «norma establece que la aportación se realizara en dos supuestos: 1º Cuando la empresa que realiza el despido colectivo, individualmente considerada, tiene beneficios en los dos ejercicios anteriores a la autorización de aquel. 2ª Cuando la empresa que realiza el despido colectivo, individualmente considerada tiene pérdidas en los dos ejercicios anteriores, pero las empresas del grupo en España ... tuvo resultados positivos. Por tanto, si el grupo en España tuvo pérdidas, pero la empresa individualmente considerada tuvo beneficios, se cumplirá el primero de los supuestos. La norma no contempla la compensación de resultados o de perdidas sino que basta con que haya beneficios o en la empresa solicitante o en el grupo al que ésta pertenezca».

Contrariamente, para la representación de «Autobar Spain, SAU», la norma «no distingue "dos" supuestos diferentes, sino simplemente la existencia de beneficios en la empresa que promueve el expediente o, cuando ésta forma parte de un grupo de empresas, *como es el caso*, en el referido grupo». Y considera que la interpretación mantenida por el SPEE y acogida por la Sala de instancia es contraria a las reglas hermenéuticas y tiene rechazable finalidad recaudatoria

2.- No aceptamos la interpretación que del precepto hace la parte recurrente, pues si bien ciertamente la norma no se expresa en los términos literales que la sentencia recurrida indica, de todas formas lo que la Sala de instancia afirma no deja de ser una adecuada exposición de la consecuencia -sistematizada- a la que lleva el texto legal de que se trata. Y la opuesta tesis recurrente no sólo carece de apoyo hermenéutico alguno de los que enumera el art. 3 del CC [literalidad; antecedentes; realidad social], sino que muy contrariamente se enfrenta a la literalidad del precepto [en el que se utiliza la conjunción disyuntiva «o»] y a la finalidad de ley que pretende interpretar, la cual cabe colegir de su Exposición de Motivos y de su concreta manifestación respecto de que el «importante coste para nuestra sistema de protección por desempleo» que comporta el ERE es «difícil de asumir socialmente» cuando se trata de empresas con beneficios. Sin que nos parezca argumentable -como el recurso aduce- la escasa racionalidad que supondría aquella interpretación de instancia -bastan beneficios en la empresa o en el grupo para que nazca la obligación de aportar al SPEE- en el supuesto extremo de un mínimo beneficio económico en empresa perteneciente a un grupo que tenga grandes pérdidas, caso en el que -de acuerdo a la tesis recurrida- habría de realizarse la aportación económica de que tratamos; y no es admisible el argumento, pues no hay que olvidar que la aplicación de cualquier norma jurídica en supuestos extremos puede fácilmente producir un resultado paradójico o cuando menos desajustado a la finalidad de la misma.

Es más, la bondad de la interpretación llevada a cabo por el TSJ se pone de manifiesto en la redacción dada al precepto por el RD-Ley 5/2013 [15/Marzo], que apunta -ahora ya muy claramente- en la dirección aceptada. Y cabe recordar que las normas posteriores, aunque sean inaplicables por razones temporales, cumplen una evidente función orientadora, pudiendo «influir» el pronunciamiento de la Sala, en orden a una interpretación acorde con los principios inspiradores de la norma posterior (SSTS 22/03/02 -rco 1170/01 -; SG 07/10/02 -rco 1213/01 -; ... 16/11/12 -rco 208/11 -; y 06/07/16 -rcud 530/14 -).

TERCERO.- Los términos del recurso excusan -impiden, realmente- tratar cualquier otra de las circunstancia concurrentes, como -por ejemplo- resulta ser la relativa a que once días después de iniciado el ERE por el grupo «Autobar», la empresa «Autobar Spain, SA» -única que había obtenido beneficios- se hubiese fusionado con las otras dos de las que era titular accionarial [«Autobar Norte, SA» y «Nordis Social Consulting, SL»] y



que ofrecían resultados económicos negativos en los precedentes ejercicios, dando lugar a la nueva empresa «Autobar Spain, SAU», cuyo saldo conjunto carecía igualmente de beneficios. Así pues, desde el momento que en el caso sometido a debate, «Autobar Spain SA» era la empleadora formal de 46 de los 120 trabajadores cuyo despido fue solicitado y autorizado en el ERE, y había obtenido beneficios en los dos ejercicios precedentes al Expediente, las consideraciones efectuadas en los precedentes FFJJ nos llevan a confirmar la sentencia recurrida, tal como informa el Ministerio Fiscal. Lo que acordamos con pérdida del depósito [art. 228 LRJS] e imposición de costas [art. 235.1 LRJS].

Todas estas consideraciones nos llevan a rechazar el recurso interpuesto, con lo que reproducimos criterio de nuestra STS 17/11/16 [rco 51/16], resolviendo cuestión planteada por la misma empresa y por el mismo ERE, siquiera para periodo de liquidación anterior [01/01 a 31/12/12].

FALLO

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

1º.- Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación de «AUTOBAR SPAIN, SAU». 2º.- Confirmar la sentencia dictada por el TSJ de Madrid en fecha 01/Febrero/2016 [autos nº 881/15], absolviendo al demandado «SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL». Se acuerda la pérdida del depósito constituido, así como la imposición de costas a la recurrente.

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

Así se acuerda y firma.

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