



Roj: **STSJ CV 8456/2012 - ECLI:ES:Tsjcv:2012:8456**

Id Cendoj: **46250340012012102789**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Valencia**

Sección: **1**

Fecha: **28/12/2012**

Nº de Recurso: **11/2012**

Nº de Resolución: **3214/2012**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **ISABEL MORENO DE VIANA-CARDENAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CV 8456/2012,**
STS 2573/2014

Proceso nº **11/2012**

Proced en Única Instancia - 000011/2012

Ilmo/a. Sr/a. Presidente D/Dª. JUAN LUIS DE LA RÚA MORENO

Ilmo/a. Sr/a. D/Dª. ISABEL MORENO DE VIANA CÁRDENAS

Ilmo/a. Sr/a. D/Dª. RAMÓN GALLO LLANOS

En Valencia, a veintiocho de diciembre de dos mil doce.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. Magistrados/as citados/as al margen, ha dictado la siguiente,

SENTENCIA Nº 3214/2012

En el Proced en Única Instancia - 000011/2012, seguidos sobre despido colectivo, a instancia de don Gonzalo , contra Fazmotor SL, Boher Promo, SL Fazmovilia SL, don Mauricio , don Teodulfo , don Juan Ignacio , don Benjamín Y el Fondo de Garantía Salarial, ha actuado como Ponente el/a Ilmo/a. Sr/a. D/Dª. ISABEL MORENO DE VIANA CÁRDENAS .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En 6 de agosto de 2012 tuvo entrada en este Tribunal demanda en materia de despido colectivo presentada por don Gonzalo en su condición de legal representante de los trabajadores, contra las empresas Fazmotor SL, Boher Promo SL y Fazmovilia SL, y contra don Mauricio , don Teodulfo , don Juan Ignacio y don Benjamín , en la que solicitaba la nulidad del despido colectivo, y subsidiariamente la declaración de no ser ajustada a derecho la decisión extintiva empresarial, peticiones a las que en el acto del juicio de añadía la de extinción de los contratos de los trabajadores afectados ante el cierre de la empresa Fazmotor SL.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, y su ampliación contra el Fondo de Garantía Salarial, se señaló para la celebración de los actos de conciliación y juicio el día 3 de octubre de 2012, y tras suspensión solicitada de común acuerdo por las partes la del 28 de noviembre de 2012, acordándose dicho día nueva suspensión de los actos de conciliación y juicio, celebrándose finalmente el 20 de diciembre de 2012, compareciendo la parte actora asistida por el letrado don Carlos Manuel Noguero Pérez y las empresas demandadas representadas: Fazmotor SL por don Mauricio , siendo asistida por el letrado don Vicente M. Carbonel Soler; Boher Promo SL por el letrado don José Moreno Padilla y Fazmibilia SL por el letrado don Mariano Pascual Paniagua Bertomeu que también representa y asiste a don Benjamín y a don Juan Ignacio , no compareciendo don Teodulfo ; dándose por intentado y celebrado sin efecto el primero de los actos, se celebró el juicio en el que las partes



alegaron cuanto a su derecho convino y, tras la práctica de la prueba, quedaron los autos conclusos para sentencia.

TERCERO.- En la tramitación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- En fecha 9 de julio del 2012 la empresa Fazmotor SL con CIF B-03505724, y domicilio social en Alicante, en la Carretera Alicante-Valencia km 84,6 comunicó al representante legal de los trabajadores de la empresa la apertura del período de consultas como consecuencia de la intención de proceder a un despido colectivo de todos los trabajadores de la plantilla. El día siguiente se efectuó la comunicación preceptiva a la Dirección Territorial de Empleo de Alicante.

En esta primera comunicación se adjunta la siguiente documentación: la Memoria explicativa de la actividad de la empresa y de las causas económicas que se alegan donde se hace constar el número y clasificación provisional de los trabajadores que van a ser afectados (13), así como el de todos los trabajadores empleados habitualmente durante el último año (18); y documentación sobre las causas económicas que justifican la medida, consistentes en el balance de situación a mayo de 2012 y balances de sumas y saldos de los años 2010, 2011, toda esta documentación sin auditar.

Con fecha 11 de julio siguiente la representación de los trabajadores puso de manifiesto por escrito dirigido a la empresa que los documentos entregados eran incompletos y en especial que respecto a las cuentas anuales del ejercicio 2011 no se encuentran suscritas y falta la memoria; así como el Balance de Pérdidas y Ganancias provisional del ejercicio 2012 porque solo se incorpora un Balance de situación a 31 de mayo de 2012, y faltando las ventas producidas durante el segundo trimestre del ejercicio corriente 2012, por lo que se interesaba para el adecuado desarrollo del periodo de consultas la siguiente documentación: Libro de Actas de la Junta General de Socios, certificación literal del acuerdo del acta de la Junta General de Socios de aprobación de las cuentas anuales del ejercicio 2011, justificación del depósito de las cuentas anuales del ejercicio 2011 ante el registro mercantil de Alicante, cuentas anuales completas y auténticas de los ejercicios contables 2008, 2009, 2010, 2011 y 2012 hasta el 9 de julio, libro Registro de Facturas emitidas y recibidas de los ejercicios 2011 y 2012, liquidaciones anuales y trimestrales del impuesto del valor añadido de los ejercicios 2011 y 2012, extractos desde el 1 de enero de 2012 hasta la actualidad de las cuentas corrientes y pólizas de crédito de la empresa en todas las entidades financieras, en concreto en la CAM, Banco de Sabadel SA y Banco Popular SA, copia del documento jurídico en el que se ha materializado la pérdida extraordinaria por valor de 630.443,22 € en el ejercicio 2012, así como los documentos procedentes de ese activo, y el informe diario de las ventas de activos corrientes y no corrientes de la empresa desde el 9 de julio de 2012, hasta la decisión final de la empresa.

Al día siguiente, 12 de julio se contesta por la empresa Fazmotor SL al requerimiento de documentación por escrito que se reproduce (folio 31 de la documental de la empresa).

La primera reunión del periodo de consultas se celebra el día 16 de julio a las 12 horas con un único orden del día, extendiéndose el acta en la que solo consta la propuesta de la empresa de indemnizar a los trabajadores con veinte días de salario por año de servicio, el desacuerdo del delegado de personal y "la pregunta del abogado asistente sobre las pérdidas de la empresa" que se dice "es contestado por Don Obdulio sobre el origen de las mismas" sin más, negándose a firmar el abogado del actor haciéndolo dos testigos, y firmando el actor bajo la dicción "Esta acta es falsa", quedando citados para celebrar una segunda reunión el 23 de julio.

En esa misma fecha, 16 de julio, el delegado don Gonzalo vuelve a solicitar y reiterar la documentación que no se facilitó por la empresa en el primer requerimiento (folio 34 de la documental de la empresa), contestando la empresa por escrito de 18 de julio, que era suficiente la documentación entregada (folio 35 y 36 de la documental de la empresa).

En la segunda reunión que tiene lugar el 23 de julio se valora la propuesta de la empresa ya dicha en la reunión anterior, se muestra el desacuerdo por el delegado de personal, manifestándose por la empresa que la extinción de los contratos se produciría el 10 de agosto de 2012, último día de trabajo en la empresa, y que se comunicaría individualmente los despidos a los trabajadores, manifestando el delegado de personal que desconoce aun las causas que han motivado el expediente al no facilitarse la documentación requerida, que siguen impagadas las nóminas de junio y la gratificación de verano mientras que la empresa ha satisfecho otros créditos, terminando la negociación sin acuerdo. Seguidamente la empresa comunica al delegado de personal por escrito de 23 de julio que tras el desarrollo del periodo de consultas sin alcanzar acuerdo ha tomado la decisión de proceder al despido colectivo de 13 trabajadores con efectos 10 de agosto con el abono de la indemnización de 20 días por año de servicio y máximo de 12 mensualidades, quedando solo el gerente para liquidar la empresa y



que se procederá a la venta de todos los bienes de la empresa y que se abonaran las cuotas que legalmente se determinen para financiar el convenio especial de la trabajadora Antonieta al tener mas de 55 años y no tener la condición de mutualista, determinando seguidamente la clasificación profesional y nombres de los trabajadores afectados.

El día 24 de julio siguiente se efectuó la comunicación preceptiva a la Dirección Territorial de Empleo de Alicante.

Consta acreditado que en febrero de 2012 la empresa había puesto de manifiesto a los trabajadores la situación de la empresa, reuniéndose la plantilla que mostró su conformidad en realizar un sacrificio económico una vez conocido el estado de cuentas de la empresa.

SEGUNDO.- La empresa demandada Fazmotor SL se constituyó con la denominación de Fialmotor SL mediante escritura otorgada en Alicante el 6 de Julio de 1990 ante el notario don Francisco Javier Teijeiro Vidal, modificada su denominación por la actual en otra escritura de fecha 23 de noviembre de 1990 otorgada por el mismo notario; el objeto social es la compraventa de vehículos automóviles nuevos y usados, el servicio de taller de reparación de mecánica, pintura y electricidad del automóvil, y el arrendamiento de vehículos sin conductor; sus socios en la fecha de la constitución son Juan Ignacio que suscribe participaciones por valor de 7.500.000 de pesetas de los 25.000.000 de pesetas de capital, don Benjamín con otros 7.500.000 de pesetas en participaciones, don Eladio con 5.000.000 de pesetas, don Juan 2.500.000 pesetas y doña Verónica otros 2.500.000 pesetas; inicialmente el administrador único fue don Benjamín y en la actualidad son administradores solidarios don Mauricio y don Teodulfo .

La empresa Fazmobilia SL se ha constituido por escritura de 28 de abril de 1999 tiene su domicilio en Alicante Avenida de Denia 195, su objeto social es la construcción y promoción de edificios, la compraventa de todo tipo de vehículos automóviles, motocicletas y accesorios tanto nuevos como usados, el servicio de taller de reparación mecánica, pintura, chapa y electricidad de dichos vehículos así como el arrendamiento y aparcamiento de los mismos. Aparece incontrovertido que los socios son miembros de la familia Juan Ignacio Teodulfo Benjamín Mauricio Florencia y los administradores solidarios en la actualidad don Mauricio y don Teodulfo . Así mismo es admitido que la empresa ha realizado como única actividad la construcción y promoción de inmuebles, que no tiene trabajadores, que su único cliente es Fazmotor SL y consta que Fazmobilia SL viene alquilando el local comercial situado en la calle Verónica 22 Santa Faz de Alicante a Fazmotor los años 2008 a 2010 por encima del valor de mercado y por debajo los años 2010 y 2011 de modo que Fazmobilia SL ha obtenido por este concepto un beneficio a su favor, durante esos años, cercano a los 100.000 €.

La empresa Broker Promo SL se constituyo en escritura de 20 de noviembre de 2005 otorgada por el notario don José J Mantilla de los Rios Abadía siendo su objeto la construcción y promoción de edificios, la compraventa de todo tipo de vehículos automóviles, motocicletas y accesorios tanto nuevos como usados, el servicio de taller de reparación mecánica, pintura, chapa y electricidad de dichos vehículos, así como el arrendamiento y aparcamiento de los mismos y con domicilio en Alicante, Avenida de Denia 195. Su capital inicial es de 5.000 € distribuido en 1000 participaciones de 5 € siendo sus socios al constituirse la sociedad, don Benjamín titular, don Juan Ignacio , don Teodulfo , doña Florencia y don Mauricio titulares cada uno de ellos de 200 participaciones, y administradores solidarios don Benjamín y don Teodulfo . En escritura de fecha 24 de mayo de 2012 los socios venden sus participaciones a Entresuelo Segunda SL y Danca Develops SL y se nombra un nuevo administrador único en la persona que representa a dichas sociedades don Juan Pedro . Esta empresa ha recibido de Fazmotor durante los ejercicios 2009 a 2011, transferencias de efectivo y pago de proveedores y así mismo ha obtenido en 2009 un crédito cedido por Fazmotor SL que no ha sido devuelto salvo en ínfimas cantidades en 2009 y que ha generado junto con los intereses un crédito incobrable contabilizado en la sociedad Fazmotor SL por importe de 632.949,16 € como pérdida. No consta que la empresa tenga empleados.

El contable de las tres empresas es el trabajador Dionisio .

Los demandados don Juan Ignacio y don Benjamín son titulares de la nave donde tiene su domicilio la empresa Fazmotor SL en la carretera de Alicante- Valencia km 86,04 y arriendan la nave a la empresa desde el año 2008 por precio superior al de mercado

TERCERO.- Los trabajadores afectados, son:

NÚMERO LISTADO DE TRABAJADORES AFECTADOS

1. Ceferino
2. Gustavo



3. Nicanor
4. Jose María
5. Dionisio
6. Abelardo
7. Demetrio
8. Indalecio
9. Porfirio
10. Jesús Ángel
11. Arcadio
12. Erasmo
13. Antonieta

CUARTO.- El día 13 de agosto del 2012 acudieron previa citación a las oficinas de la Inspección Provincial de Trabajo el representante de la empresa Fazmotor SL y su asesor mercantil don Obdulio en representación de la empresa, y el Delegado de Personal don Gonzalo , don Arcadio como empleado, don Dionisio como contable y don Carlos Manuel Noguerol Pérez como abogado por los trabajadores. La representación de los trabajadores se opuso al ERE porque la empresa no ha dado explicaciones de las pérdidas, ni de la posible existencia de un grupo de empresas y porque admitiendo las pérdidas de la empresa considera que la medida es desproporcionada. Tras varias citaciones, el representante de la empresa no aportó la documentación requerida por la Inspectora que explique la partida de 630.443,22 € que se refleja como pérdida en la contabilidad de la empresa que la deja sin fondos propios y justifica su disolución, haciendo constar la Inspectora la falta de buena fe en la negociación del periodo de consultas, la desproporción de la medida extintiva y el incumplimiento empresarial consistente en la falta de solicitud del informe a que se refiere el art. 65.4 a) del Estatuto de los Trabajadores .

QUINTO.- La situación económica de la empresa Fazmotor SL desde el año 2008 hasta la actualidad ha sido negativa en cuanto se ha ido reduciendo el volumen de operaciones y los ingresos, sin que pueda precisarse la dimensión de las pérdidas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La normativa sustantiva y procesal de aplicación al presente despido colectivo, a la vista de las fechas en que la empresa inicia las actuaciones, en cuanto al procedimiento aplicable es el establecido en el art 124 de la LRJS aprobada por Ley 36/2011 de 10 de Octubre y el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores , en la redacción efectuada por el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

Respecto al Reglamento de aplicación, y como ya ha señalado esta Sala en la sentencia núm. 2990/2012 dictada en el procedimiento de única instancia 15/2012 se atenderá al regulado en el Real Decreto 801/2011 de 10 de Junio ya que "...en el RD-L 3/1212 no aparece ninguna derogación expresa en relación con el RD 801/11, por lo que en su caso le sería de aplicación la norma general derogatoria de aplicación a "cuantas normas de igual o inferior rango contradigan o se opongan a lo dispuesto en la presente Ley".(En relación al citado RDL). Debió el Gobierno, en cumplimiento de la Disposición Final decimoquinta del citado RD-L, en su apartado 2, proceder a aprobar el correspondiente Reglamento de aplicación del mismo en materia de despido colectivo, para cuyo desarrollo expresamente se declaraba sería efectuado "con especial atención a los aspectos relativos al periodo de consultas, la información a facilitar a los representantes de los trabajadores en el mismo, las actuaciones de la autoridad laboral para velar por su efectividad, así como los planes de recolocación y las medidas de acompañamiento social asumidas por el empresario". Como esta previsión no se hizo efectiva se dictó la Orden ESS/487/12 de 8 de marzo sobre la vigencia transitoria de determinados artículos del Reglamento 801/11 al procedimiento de regulación colectiva de empleo atribuido ya a las Salas de lo Social; en ella se entienden vigentes los preceptos que expresamente cita, en tanto no se opongan a lo que establece el art. 51 del Estatuto de los Trabajadores ; pero su obligatoriedad es ciertamente dudosa cuando no claramente ilegal, porque no deja de ser una interpretación ministerial que pretende dotar de vigor a una norma, en principio inaplicable a un supuesto en el que se ha producido un cambio de competencia y procedimiento y que expresamente prevé la posterior redacción de un Reglamento, ámbito que una Orden no puede cubrir." En consecuencia y no siendo de aplicación el Real Decreto 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", "entendemos que la regulación establecida en el RD 801/11 debe estimarse vigente y aplicable en lo que no se oponga al contenido del RDL 3/ 2012, interpretación que resulta avalada por el contenido de la posterior reglamentación efectuada por el RD 1483/2012 de 29 de octubre, que mantiene, en lo esencial el contenido de la regulación anterior".

Los hechos declarados probados se han extraído fundamentalmente de la documental y en concreto el primero de los escritos y requerimientos que durante el periodo de consultas se remitieron las partes así como de las actas extendidas en ese periodo, del documento reconocido en confesión de febrero de 2012, tratándose de cuestiones no controvertidas; el segundo de la documental aportada por las empresas, aclaradas en el informe pericial y de la testifical de Dionisio ; el tercero es conforme y consta en documental, el cuarto del informe emitido por la Inspección de Trabajo, siendo el quinto admitido.

En relación con la admisión de la pericial propuesta por la parte actora conviene precisar que en los procesos de despidos por crisis o mejora de la empresa la decisión sobre admisión de la prueba es una cuestión trascendente que debe equilibrar varios intereses, por una parte la tutela judicial de los trabajadores que ocupan una posición de necesitada protección procesal y que normalmente no tienen acceso suficiente a la información que muestran las pérdidas invocadas por la empresa o la reestructuración que pretende implantar, por otro lado está la protección del derecho empresarial al secreto contable que se contempla en el art. 32 del CCo que entre otras excepciones refiere los casos de expedientes de regulación de empleo, y por último está el propio interés judicial de ordenación del litigio, que debe vigilar que el proceso no se hinche con pruebas irrelevantes que entorpezcan el avance del juicio en aras a la celeridad procesal y que debe reconducir el mismo evitando dilaciones innecesarias.

En el caso que nos ocupa la protesta formulada por la empresas ante la admisión de la prueba pericial se ha basado en el apartado 8 del art. 124 de la LRJS , al considerar sorpresiva la presentación al informe en el acto del juicio cuando el precepto concede cinco días antes del juicio para posibilitar su examen previo al momento de la práctica de la prueba; sin embargo, debe señalarse que la norma que se interpreta condiciona el plazo de examen al volumen o complejidad del mismo, y tratándose de un informe de 33 folios, claramente estructurado donde se examinan datos presentados, de forma incompleta, por las empresas, se estimó adecuado al equilibrio de los tres intereses confrontados conceder a las empresas el tiempo de 10 minutos para cada una para su lectura antes de la practica de la prueba, habida cuenta de que se trata de un procedimiento urgente que ha sido suspendido en dos ocasiones y siendo que el informe contiene datos conocidos por las mercantiles, en cuanto aportados al procedimiento a instancias de la actora.

SEGUNDO.- En los hechos de la demanda iniciadora de este procedimiento de despido colectivo se alega que los demandados constituyen un grupo de empresas a efectos laborales y como fundamentados de la petición de la declaración nulidad del despido colectivo, y subsidiariamente la declaración de no ser ajustada a derecho la decisión extintiva empresarial varios motivos de oposición que abarcan los apartados a), b) y c) del art. 124.2 de la LRJS derivados, además de la ocultación del grupo "escondiendo fraudulentamente la verdadera dimensión empresarial...viciando el procedimiento al desarrollar el periodo de consultas en un marco mas reducido del que correspondería.....lo cual supone fraude en la decisión extintiva", de las siguientes conductas: Falta de entrega de documentación y ausencia de periodo de consultas; vulneración del derecho de información del representante de los trabajadores no habiendo solicitado el preceptivo informe a que se refiere el art. 65.4 del Estatuto de los Trabajadores ; coacción de abono de las tres últimas nóminas, si no se firma el acta final con acuerdo, cuando consta liquidez en la fecha del devengo; y no concurrencia de la causa legal indicada en la comunicación escrita.

La primera de las cuestiones que debe abordarse es la de si las empresas constituyen un grupo a efectos laborales, contestando así a la falta de legitimación pasiva opuesta por la empresa Boher Promo SL, para acto seguido determinar la posible consideración como empresarios de las personas físicas demandadas que así mismo se opusieron en los mismos términos.

De los datos que arrojan los hechos probados no cabe sino concluir que estamos ante un grupo de empresas a efectos laborales, ante una realidad única, centro de imputación de las obligaciones y responsabilidades frente a los trabajadores de la empresa Fazmotor que en su actividad de concesionario de coches carece de patrimonio y cuyos ingresos son objeto de descapitalización en favor de las otras empresas patrimoniales y sin trabajadores mediante la cesión de créditos sin contraprestación o el pago de arrendamientos sobrevalorados, con lo que aparecen claramente las notas que caracterizan estos grupos como son la caja única y la confusión de patrimonios, y si a ello se añade la unidad de dirección, y que el trabajador Dionisio lleva la contabilidad de las tres empresas cuyos socios coinciden o están unidos por relación de parentesco, no hay duda de que todas constituyen un único empresario real de los trabajadores afectados por el despido colectivo que ahora nos ocupa, ya que en estos casos el levantamiento del velo descubre al grupo como verdadero empresario



unitario de acuerdo con el criterio de búsqueda de la realidad en la identificación de la posición empresarial (STS 3-5-1990 o 31-1-1991), porque así lo impone la preeminencia de las realidades económicas sobre las formas jurídicas (STS 20-1-2003) operando como empresario real y único (STS 9-6-1995 o 16-9-2010). Y esta consideración de las empresas demandadas como empresario único va a tener relevancia en la determinación de la concurrencia de la causa económica alegada como fundamento del despido colectivo, según mas tarde se argumentará.

Sin embargo las personas físicas demandadas no ostentan la condición de empresario en la noción que maneja tanto la Directiva 98/59 como el Estatuto de los Trabajadores. Por lo que se refiere a Mauricio y Teodulfo son administradores solidarios de las empresas Fazmotor y Fazmobilia y en todo caso socios de alguna de las empresas lo que no los configura como empresarios al tener una relación representativa o de capital con la empresa. Y tampoco Juan Ignacio y Benjamín tienen la condición de empresarios, ni siquiera si los consideramos como dueños del local en el que tiene su domicilio la empresa, al ostentar la condición de arrendatarios de la sociedad, socios pero nunca empresarios de los trabajadores afectados por el despido colectivo que ahora examinamos. En este sentido deberá prosperar la excepción de falta de legitimación pasiva que los comparecientes alegaron.

TERCERO.- Se señala también, que la empresa no ha cumplido con la obligación de entregar la documentación necesaria para las reuniones celebradas en el período de consultas que debe considerarse inexistente. En concreto, se menciona que no se aportó la documentación requerida y la inexistencia de voluntad negociadora.

La Directiva 98/59 de 20 de junio de 1998, exige que la información aportada sea relevante a los efectos de posibilitar evitar o reducir los despidos, concretando que para que las propuestas sean constructivas la información que se debe aportar debe ser toda la pertinente. En varias sentencias del Tribunal Europeo se ha concretado, por un lado, que la obligación de los Estados de alcanzar el objetivo de la Directiva se impone también a los jueces y tribunales que han de interpretar y aplicar el derecho nacional a la luz de la letra y la finalidad de la Directiva (caso Agorastoudis), y por otro, el alcance del llamado control sindical de los despidos colectivos, a través de dos sentencias de fechas 16 de julio de 2009 (caso Mono Car Styling) y de 10 de septiembre del 2009 (caso Akavan y otros). La primera se refiere al carácter del derecho de información y de consulta, como derecho colectivo que está destinado a los representantes de los trabajadores, y no al trabajador individual , reforzando el papel de defensa del colectivo, y la segunda, que señala que las consultas se deben iniciar cuando el empresario "tenga la intención de efectuar despidos colectivos", con el fin de que tales consultas sean eficaces, concreta la situación que puede concebirse cuando la empresa se encuentra dentro de un grupo, donde ostenta una condición subordinada, a fin de evitar que decisiones estratégicas dentro del grupo impidan la efectividad del derecho de información y consultas.

La relevancia de aportarse una información sesgada ha sido puesta de manifiesto tras la reforma laboral del 2012, por la sentencia de la Audiencia Nacional nº 90/2012, de 25 de julio del corriente año, en relación con la importancia del Período de Consultas al señalarse que el mismo : "... constituye el centro de gravedad del despido colectivo y traspone al ordenamiento jurídico español la Directiva 1998/59/CE, del Consejo, cuya finalidad es asegurar la información, la consulta y la participación de los trabajadores que deberá desarrollarse mediante la utilización de mecanismos adecuados y teniendo en cuenta las prácticas vigentes en los diferentes Estados miembros,..." "Se trata de una obligación de medios y no de resultados, pero para que pueda considerarse realizada legalmente, los representantes de los trabajadores deben tener en su poder toda la documentación establecida legal o reglamentariamente.

En relación con la incidencia del grupo de empresa en la acreditación de la causa económica alegada la STS 23-1-2007 señala "para valorar la situación económica negativa como causa para la válida extinción del contrato de trabajo no es necesario tener en cuenta la situación económica y patrimonial de todas las empresas del mismo grupo, excepto cuando se produzca una situación de unidad empresarial. En estos casos, puede aceptarse que habrá que estar a la situación patrimonial de todas las sociedades que conforman el grupo empresarial, a la hora de determinar la posible existencia de una situación económica negativa, que pueda justificar la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas, ya que se considera que el verdadero empleador del trabajador no sería la sociedad a cuya plantilla se encuentra formalmente adscrito, sino el conjunto formado por todas las empresas que configuran la situación de unidad empresarial." En el mismo sentido STSJ Cantabria 29-7-2008 o Cataluña de 1-1-2010 .

Dice el art. 51.2 del Estatuto de los Trabajadores que: "El despido colectivo deberá ir precedido de un periodo de consultas con los representantes legales de los trabajadores de una duración no superior a treinta días naturales, o de quince en el caso de empresas de menos de cincuenta trabajadores. La consulta con los representantes legales de los trabajadores 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. La comunicación de la apertura del período 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 referida comunicación deberá ir acompañada de una memoria explicativa de las causas del despido colectivo y de los restantes aspectos señalados en el párrafo anterior. La comunicación a los representantes legales de los trabajadores y a la autoridad laboral deberá ir acompañada de toda la información necesaria para acreditar las causas motivadoras del despido colectivo en los términos que reglamentariamente se determinen.... Durante el periodo de consultas, las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo. Cuando la extinción afectase a más del 50 por 100 de los trabajadores, se dará cuenta por el empresario de la venta de los bienes de la empresa, excepto de aquellos que constituyen el tráfico normal de la misma, a los representantes legales de los trabajadores y, asimismo, a la autoridad competente." Por su parte los arts 6 y 8 del RD 801/11 impone obligaciones a las empresas con la necesidad de acompañar la documentación necesaria (art. 6.2), mas si forma parte de un grupo de empresas (art 6.4) y la justificación de la razonabilidad del número de extinciones en relación con la concurrencia de la causa económica (art. 8 b) y escrito de solicitud a los representantes de los trabajadores del informe a que se refiere el art. 64.5 a) y b) del Estatuto de los Trabajadores .

Pues bien, según se ha expresado en los hechos probados, comunicada la iniciación del periodo de consulta no se aporta la documentación necesaria, pese a ser reiteradamente requerida, de modo que la representación de los trabajadores no tiene datos para efectuar propuestas distintas a la extinción de todos los contratos y cierre de la empresa, medida impuesta por la empresa, sin la previa negociación, lo que no es posible sin la información necesaria. Todo ello equivale a que deba convenirse con la representación de los trabajadores que el periodo de consultas no ha tenido lugar, que ha sido inexistente la negociación, y que ni siquiera después del juicio ha podido constatarse el volumen de pérdidas de la empresa, reconocido por los trabajadores e incluso por la Inspección de Trabajo, para cumplir con la función propia del periodo de consultas que debe versar como mínimo sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias, de ahí que no haya podido determinarse si la medida es proporcionada o no, tal y como venía manteniendo la parte social, atendiendo a su razonabilidad.

Y todo ello, unido a la circunstancias de que las tres empresas son el empresario único de los trabajadores produce la consecuencia prevista en el art. 124.9 párrafo tercero de la LRJS , de declarar la nulidad de la decisión extintiva por inexistencia del periodo de consultas y por tanto del núcleo principal del procedimiento de despido colectivo, que concluyo sin negociación, con falta de información de los datos necesarios para conseguir el acuerdo, para lo que no resulta precisa la constancia de la coacción aducida de impago de nóminas con la finalidad de concluir la negociación con acuerdo alegada en la demanda y que no resultó acreditada.

En conclusión, se estima que durante el período de consultas las partes no pudieron negociar con buena fé, ante la ausencia de elementos de información relevantes y necesarios a fin de establecer la concurrencia de las causas que pudieran justificar los despidos, por lo que la Sala, debe declarar la nulidad de la decisión extintiva por inexistencia de periodo de consultas, sin que proceda acordar la extinción de los concretos contratos de los trabajadores afectados por el despido colectivo, al limitarse la decisión de este procedimiento a analizar la legalidad del procedimiento colectivo.

FALLAMOS

Desestimamos la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por la empresa Boher Promo SL y estimamos la misma excepción opuesta por don Mauricio , don Juan Ignacio , don Benjamín y estimamos la demanda interpuesta por don Gonzalo en su condición de legal representante de los trabajadores de las mercantiles demandadas Fazmotor SL , Boher Promo SL y Fazmobilia SL, y en consecuencia declaramos la nulidad del despido colectivo a que se refiere este procedimiento, y condenamos a las mercantiles referidas a estar y pasar por esta declaración, absolviendo a don Teodulfo de las pretensiones contra el mismo formuladas

Notifíquese la presente resolución a las partes y al Ministerio Fiscal, indicando que contra la misma cabe recurso de Casación, que podrá prepararse dentro del plazo de los CINCO DÍAS hábiles siguientes a la notificación, verbalmente o por escrito dirigido a esta misma Sala, indicando que quien no tenga la condición de trabajador, no sea beneficiario del sistema público de la Seguridad Social o no tenga reconocido el derecho de asistencia jurídica gratuita, deberá depositar la cantidad de 600'00 € en la cuenta que la Secretaría de esta Sala tiene abierta en el Banco Español de Crédito, cuenta 4545 0000 35 0011 12. En el caso de existir condena dineraria, deberá efectuar en el mismo plazo la consignación correspondiente en dicha cuenta, indicando la



clave 66 en lugar de la clave 35. Transcurrido el término indicado, sin prepararse recurso, la presente sentencia será firme.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el día de hoy ha sido leída la anterior sentencia por el/a Ilmo/a Sr/a Magistrado/a Ponente en audiencia pública, de lo que yo, el /a Secretario/a judicial, doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ