



Roj: **STSJ GAL 2814/2013 - ECLI:ES:TSJGAL:2013:2814**

Id Cendoj: **15030340012013101495**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **21/03/2013**

Nº de Recurso: **30/2012**

Nº de Resolución: **1823/2013**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **ROSA MARIA RODRIGUEZ RODRIGUEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ GAL 2814/2013,**
STS 882/2014

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA

SALA DE LO SOCIAL- 001

PLAZA DE GALICIA

N.I.G: 15030 34 4 2012 0112266 , **Modelo:** 418000

DEMANDA EN SALA: 001 PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000030 /2012-MAY

Materia: DESPIDO OBJETIVO

Demandantes: CONFEDERACION INTERSINDICAL GALEGA (CIG), Hermenegildo

Demandados: FOGASA, SEMAR ALUMINIO SL , SISTEMAS ESPECIALES METALICOS PARA LA ARQUITECTURA SL , Jorge , María Inés , Amalia , URBANIZADORA DE BERTAMIRANS SL , GESTION INMOBILIARIA PREMOLAR SL , RESIDENCIALES NORGAL SL , MARCIAL GARCIA SL , Martin , Octavio

ILMA. SRA. D^a. ROSA MARÍA RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

PRESIDENTE

ILMO. SR. D. EMILIO FERNÁNDEZ DE MATA

ILMA. SRA. D^a RAQUEL NAVEIRO SANTOS

En A CORUÑA, a veintiuno de Marzo de dos mil trece.

Habiendo visto esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia compuesta por los Ilmos Sres Magistrados citados, los autos PO 30/12, EN NOMBRE DEL REY, han dictado la siguiente

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la PROCEDIMIENTO ORDINARIO **30/2012**, formalizado por la letrado D^a Rosa M^a Vila Amarelle en nombre y representación de la CONFEDERACION INTERSINDICAL GALEGA (CIG) y D. Hermenegildo , contra el FOGASA, SEMAR ALUMINIO SL, SISTEMAS ESPECIALES METALICOS PARA LA ARQUITECTURA SL, María Inés , Amalia , URBANIZADORA DE BERTAMIRANS SL, GESTION INMOBILIARIA PREMOLAR SL, RESIDENCIALES NORGAL SL, MARCIAL GARCIA SL, Martin y Octavio , parte demandada en estas actuaciones, siendo Magistrado-



Ponente la Ilma. Sra. D^a ROSA MARÍA RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada en materia de DESPIDO COLECTIVO.

SEGUNDO.- Admitida a trámite mediante decreto de fecha 25-septiembre-12 se señalaron los correspondientes actos de conciliación y en su caso de juicio oral en fecha 30-octubre-12, pero presentado escrito por la parte demandante de ampliación de demanda, se dictó decreto el 5- noviembre-12 admitiendo a trámite dicha ampliación contra Amalia , María Inés , MARCIAL GARCIA S.L. y URBANIZADORA DE BERTAMIRANS S.L., suspendiendo los actos señalados y fijándolos para el día 12-diciembre-12 con el resultado que consta en el acto de efecto levantada, señalándose nuevamente dichos actos de conciliación y juicio para el día 10-enero-13, con el resultado que consta en el acto de efecto levantada, señalándose nuevamente para el día 24-enero-13. El día 29-enero-13 el letrado D. Francisco Javier Casal Llorente presentó escrito por el que renuncia a la defensa de los intereses de Semar Aluminio, S.L., dictándose decreto de la misma fecha por el que se le tiene por renunciado, se suspende los actos señalados fijándose nuevamente para el día 7-marzo-13, celebrándose los mismos con el resultado que consta en el acto de efecto levantada.

En virtud de los antedichos precedentes procesales, expresamente se declaran los siguientes

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- El día 6 de agosto de 2012 la empresa demandada SEMAR ALUMINIO SL comunicó al Sr. Hermenegildo en su condición de delegado de personal, que firma, lo siguiente: Mediante la presente carta le cito a Usted, como Delegado de Personal de la empresa SEMAR ALUMINIO, S.L., fin de tener una reunión el próximo día 7 de agosto, a las 08 horas en el centro de trabajo, con el fin de iniciar las consultas previstas en los artículos 49.1.i) y 51 del Estatuto de los Trabajadores , respecto al Expediente de Regulación de Empleo que se tramitará con la finalidad de extinguir la totalidad de los contratos de trabajo de la empresa (11 trabajadores), decisión que la empresa se ve obligada a tomar por las circunstancias económicas que atraviesa y ponerla en conocimiento de la Administración competente, quedando abierto, desde la recepción de esta carta, el período de consultas y discusión por término de 15 días, de acuerdo con los establecido en los artículos 49.1 .i) y 51 .4º del Estatuto de los Trabajadores .

Igualmente se solicita la emisión del informe previsto en el artículo 64.5 del ET .

Las razones para tomar tal medida son las siguientes:

1º.- En el curso del ejercicio 2010 los resultados de la entidad ascendieron a 665.048,42 € de pérdidas, y en el ejercicio 2011, los resultados de la empresa suman 33.444,44 € de pérdidas.

2º.- La cifra de ventas ha sido descendente desde el cuarto trimestre de 2011. Analizando el impuesto sobre el Valor Añadido, comprobamos como en el cuarto trimestre de 2011 la cifra de IVA devengado por la empresa ha sido de 1.241.931,35 euros. En el primer trimestre de 2012 el IVA devengado cayó a 179.984,14 euros.

3º.- La empresa no solo ha tenido pérdidas en 2010 y 2011, sino que en 2012 la situación será peor y ello porque existen deudas contraídas con la AEAT y la TGSS que suman 1.079.268,10 euros a la AEAT y 157.196,20 a la TGSS.

Los orígenes son los siguientes: T.G.S.S.

Julio 2011 6.215,14 Enero 2012 13.063,46

Agosto 2011 17.812,65 Febrero 2012 13.177,84

Septiembre 2011 24.904,20 Marzo 2012 12.529,62

Octubre 2011 25.229,79 Abril 2012 11.045,35

Noviembre 2011 18.460,61

Diciembre 2011 14.751,54

En cuanto a las cantidades adeudadas a la AEAT, algunas, concretamente 603.188,61 € están en vía ejecutiva, y 476.079,49 en voluntaria (solo 613,34 euros y el resto suspendidos al tratarse de sanciones recurridas). Los orígenes son:



04.852.22 IVA 4T 2011 21.091,49 MOD III ND INGRESO DOMICILIACIÓN

17.182.84 RET.ING. C. 2T20II 159.757.24 ACTAS INSPECCION IMP. SOC.2007 Y 2008

25.349,15 RET. ING. C. 3T20II 288.088,54 ACTAS INSPECCION IVA 2006 A 2008

89,06 CUOTA CÁMARA 2011 IAE 2010 13.251,01 MOD. III NO INGRESO DFOMICILIACIÓN

47.93 CUOTA CAMARA 2011 IS 2009 G9D.I4 INTERESES DEMORA

4º.- En cuanto a la posibilidad de solicitar el concurso de acreedores, aunque la empresa lo ha sopesado, resulta que los costes del mismo, probablemente unos 10.000 euros, no son asumibles y, por otro lado, los acreedores principales, sino casi únicos son la AEAT y la Tesorería General de la Seguridad Social, acreedores privilegiados a los que un concurso de acreedores no implicará la rebaja de la deuda.

5º.- Con esta situación han desaparecido las perspectivas de trabajo, ya sea por falta de confianza de los proveedores, ya por la falta de liquidez (cuentas embargadas por las Administraciones Públicas) que impiden adquirir mercancía.

Con el presente escrito se adjunta la documentación acreditativa de las causas alegadas, consistente en:

Memoria explicativa

Expedientes de las deudas con la AEAT

Certificado de deuda con la TGSS

Cuentas anuales del ejercicio 2011

Cuentas anuales del ejercicio 2010

IVA 4T 2011, 1T Y 2T 2012 y

Comunicación a la Administración

SEGUNDO.- En la Memoria explicativa de las causas de despido colectivo se hace constar que las causas del despido colectivo son económicas que se plasman en pérdidas efectivas presentes y futuras además de una importante disminución de ventas... y reitera los números de resultados negativos, ventas y deudas que contenía la comunicación y consta en el hecho probado anterior; añadiendo que la carga de trabajo en la empresa es inexistente, por un lado por la imposibilidad de adquirir material, aluminio y otros suministros ante la falta de liquidez; para hacer frente a la misma se tuvo que vender parte del material de la empresa, sin que haya logrado solventar el problema y, por otro, por los embargos de créditos y demás derechos de la empresa que le impiden obtener recursos para hacer frente a sus deudas. En esta situación los costes son insostenibles, por ejemplo en el año 2011 los gastos de personal han sumado 805.633,80 euros, por lo que, con la situación actual de falta de ingresos, se comprende que es imposible sostener.

En esta situación, la única salida es poner fin a la actividad de la forma más ordenada posible, por lo que se pretende extinguir los contratos de trabajo de la totalidad de los trabajadores de la empresa, once a día de la comunicación.

Los trabajadores afectados por la medida extintiva y sus categorías profesionales son:

D. Blas (Conductor)

D. Constantino (Peón)

D. Edmundo (Peón)

D. Eutimio (Peón)

D. Francisco (Peón)

D. Hipolito (Oficial 3a)

D. Jeronimo (Oficial 3a)

D. Luis (Oficial 3a)

D. Nazario (Oficial 3a)

D. Prudencio (Oficial 2a)

D. Hermenegildo (Oficial 3a)



El plazo para las extinciones será el de los diez días siguientes a la finalización del período obligatorio de consultas.

TERCERO.- Durante el periodo de consultas hubo un total de 5 reuniones: los días 6, 9, 13, 17 y 21 de agosto de 2012. y el contenido de las actas es siguiente: En la reunión del día 6 de agosto de 2012 alega la empresa como causas para la extinción de los contratos de trabajo, la "falta de carga de trabajo y las deudas que la empresa tiene con la S.Social, Hacienda, haciendo imposible cualquier tipo de contratación con empresas del sector, siendo condición indispensable para cualquier contratación estar al corriente de pago con las administraciones públicas.

Por parte de los representantes de los trabajadores se exponen los siguientes puntos:

- Las cuentas de la empresa.
- Facturas de venta de maquinaria de la empresa.
- Facturas de venta de vehículos.
- Como se van a pagar los atrasos.
- Cuando se van a disfrutar las vacaciones.
- Como se pagó la publicidad de la empresa en las fiestas patronales de Bertamirán.

Por la empresa se acuerda estudiar las propuestas, en especial las económicas.

CUARTO.- En la segunda de las reuniones el día 9 de agosto por los representantes de los trabajadores exponen los siguientes puntos: -Si la empresa va a responder a las preguntas de la anterior acta. -Revisar las antigüedades que están mal según su criterio.-Si la empresa esta desviando trabajo para otra empresa llamada sistemas especiales metálicos para la arquitectura, S.L. -Si la empresa esta dispuesta a negociar por encima de los 20 días de indemnización. -No se incluye en la anterior documentación las cuentas de los ejercicios anteriores.-Cuando se van a pagar los atrasos y cantidades adeudadas, (nóminas, horas extraordinarias, atrasos, extras) -Manifiesta no poder llegar a una conclusión sobre el ere planteado, al no tener la suficiente documentación, sobre todo, de los ejercicios anteriores.

Por parte de la empresa se contesta que: Las cuentas de la empresa han sido debidamente entregadas al delegado sindical en fecha 6.8.2012.

-Sobre la de venta de maquinaria y vehículos, comentar que han sido vendidas después de intentar su venta de todas las formas posibles, vendiéndolas al comprador que ha pagado un precio de mercado para poder hacer frente a pagos y deudas que la empresa tiene en curso.

-Sobre el tema de cómo se van a pagar atrasos, la empresa esta haciendo todo lo posible para hacer frente a estos pagos, pero debido a la alta morosidad que esta padeciendo, (nuevos concursos de acreedores), esta siendo imposible acometer dichos pagos a corto plazo. -Sobre el tema de vacaciones, la empresa comunicará a los trabajadores en la próxima convocatoria el calendario de vacaciones a disfrutar por dichos trabajadores...

QUINTO.- En la reunión del día 13 de agosto de 2012 los trabajadores se exponen que la empresa no responde satisfactoriamente sobre las cuestiones planteadas en el anterior acta. Demanda la antigüedad de determinados trabajadores.

La empresa manifiesta que se revisarán las antigüedades que los trabajadores reclaman, que no esta desviando trabajos a la empresa llamada Sistemas Especiales Metálicos para la Arquitectura, S.L., hace meses que Semar Aluminio, S.L. no tiene personal en nómina para hacer ningún tipo de trabajo, que no pueden negociar por encima de los 20 días de indemnización como solicitan los trabajadores. Sobre la documentación de las cuentas de los ejercicios anteriores, la empresa no tiene problema en aportar la documentación que soliciten los trabajadores, y que puede ser recogida en la empresa por el delegado sindical en el día de mañana 14.08.2012 o el día que estos designen. Y que es imposible acometer los pagos de salarios y vacaciones atrasados a corto plazo. Y acuerdan vacaciones de 4 trabajadores

SEXTO.- En la reunión del día 17 de agosto de 2012 los trabajadores hacen constar que no contesta satisfactoriamente a las cuestiones planteadas en el acta anterior nº3 sobre las cuestiones planteadas en el acta nº 2, que con la documentación que la empresa presenta no pueden más que reincidir en las ideas expuestas en las anteriores negociaciones de eres, propuestas por la empresa. No saben cual es el estado actual de la empresa y como se llegó a esta situación. Y entienden que el ERE extintivo contiene en una clara intención de liquidar Semar Aluminio, S.L. por parte de la dirección de la misma y continuar con la actividad en Sistemas Especiales Metálicos para la Arquitectura, S.L., ya que tenemos fundados indicios de que se esta a utilizar maquinaria y vehículos que provienen de la nave de Semar Aluminio, S.L., así como clientes



habituales de la misma empresa e incluso parte de los trabajadores y el mismo encargado provienen de la misma empresa. Y solicitan las cuentas provisionales a 20 de Agosto de 2012, así como la relación de impagados de la empresa.

La empresa contesta que el 14 de agosto de 2012, entregó a D. Hermenegildo (delegado sindical) la documentación solicitada por parte de los trabajadores, sin ninguna solicitud más hasta el día de hoy, de todas formas la documentación solicitada en el día de hoy puede ser recogida el día 20.08.2012 o el día que estime oportuno.

Se aportan los documentos notariales de compraventa de vehículos y maquinaria. Y las antigüedades solicitadas por los trabajadores, la empresa tiene una duda con los trabajadores D. Eutimio y D. Francisco , ya que está siendo revisada por los gestores de la empresa.

SÉPTIMO.- En la última de las reuniones celebrada el 21 de agosto de 2012. El delegado de personal quiere dejar constancia de los plazos y la forma de entrega de la documentación necesaria para la negociación de este ERE: -6 de Agosto de 2012, la empresa entrega relación de deudas con la AEAT y SS así como memoria explicativa 2011. No fueron entregadas las cuentas de los ejercicios 2010, 2011 y 2012, las cuales fueron reclamadas por el delegado de personal en el acta nº1.

-9 de Agosto de 2012, la empresa se reafirma en la entrega de las cuentas. El delegado de personal vuelva a pedir las.

- 13 agosto 2012, en el acta nº3 la empresa se ofrece a entregar la documentación que se pida. Y reclaman las cuentas anuales 2010, 2011 y 2012.

-14 de Agosto de 2012, a las 13.00 horas la empresa entrega las cuentas de es ejercicios 2010, 2011.

-17 de Agosto de 2012, la empresa se vuelve a reafirmar en que entregó toda la documentación y el delegado de personal vuelve a reclamar entre otra documentación, las cuentas provisionales del año 2012.

-20 de Agosto de 2012 a las 13.00 se le entrega al delegado de personal las cuentas del ejercicio 2012 sin firmar. Y entiende que hay un ejercicio de mala fe y entorpecimiento de la negociación por parte de la empresa Semar Aluminio, S.L.

Por parte de la empresa contesta sobre la antigüedad de los trabajadores solicitadas por el delegado sindical, sobre la solicitud de documentación, los retrasos y entorpecimientos por parte de la empresa y "actos de mala fe", la empresa manifiesta que colabora en todo momento, que entrega la documentación necesaria solicitada por los trabajadores siempre de forma inmediata y urgente al día siguiente de ser solicitada y por parte del delegado sindical se pretende justificar de forma deliberada y maliciosa la no colaboración por parte de la empresa. Y también entiende que son formas poco éticas de proceder en una negociación y falta de toda veracidad.

-Sobre las cuentas del ejercicio del año 2012, es obvio que las cuentas estén sin firmar, ya que son provisionales y pueden sufrir pequeñas modificaciones hasta el cierre final de las mismas.

-Sobre el punto de la entrega de las cuentas del año 2010 y 2011 "previas a un festivo", la empresa no hace más que entregar al día siguiente de ser solicitadas y de forma urgente, y en el acta nº 4 donde el delegado sindical solicita de forma expresa las cuentas anuales del año en curso, las recoge al día siguiente. Sobre los otros asuntos, los despidos e indemnizaciones están en proceso judicial, la empresa no tiene ninguna carga de trabajo, no dispone de ningún trabajador, la factura de maquinaria y vehículos esta entregada. Los impagados y bajas por enfermedades que la empresa soporta es inviable la sostenibilidad de la misma, mas las deudas de seguridad social y hacienda, además de las cartas de pago por parte de la AEAT que ya la hacen a todas luces inviable. Y sobre la empresa Sistemas Especiales Metálicos para la Arquitectura, S.L., la empresa, no sabe nada sobre esta empresa, ni sobre sus trabajadores, ni a quien han contratado.

El periodo de consultas terminó el 21 de agosto sin acuerdo. Todas las actas han sido firmadas por los comparecientes no constando protesta en relación a su contenido.

OCTAVO.- La empresa hace entrega a D. Hermenegildo , el 14 de Agosto de 2012 a las 13.00 horas de los siguientes documentos: - Modelo 303 1T y 2T2012. -Modelo 200 2011 y 2010. - Estados contables 2010 y 2011. Memoria abreviada 2010 y 2011.

Y el 20 de Agosto de 2012 del -Balance de situación 1. -Balance de situación 2. -Cuenta de pérdidas y ganancias.

NO VENO.- En fecha 17 de septiembre de 2012 se emite informe de la Inspección de Trabajo en el que concluye que: Teniendo en cuenta la documentación aportada en el expediente, y las declaraciones de las personas entrevistadas, así como, la existencia de desacuerdo con los trabajadores, se informa que la solicitud incluye



la documentación pertinente, que no se ha informado en el plazo establecido legalmente a los trabajadores afectados, (se va aportando la documentación económica y la memoria con posterioridad al inicio del período de consultas según se dijo con anterioridad) con el resultado de falta de acuerdo con la empresa.

DÉCIMO.- El periodo de consultas terminó el 21 de agosto sin acuerdo. Todas las actas han sido firmadas por los comparecientes no constando protesta en relación a su contenido. 11.- Octavio como administrador único de Semar Aluminio SL comunica a la Consellería de Trabajo que a partir del día 3-9-2012 extingue la totalidad de los contratos de trabajo de la plantilla con abono de los 20 días de salario por año y que afecta a 11 trabajadores.

12.- Marcial García SL se constituye el 26-12-2000 con dos únicos socios Martin y su hijo Octavio . Y el 9-4- 2012 Octavio y su Madre Amalia intervienen como administradores mancomunados de la sociedad Marcial García SL cuyo nombramiento se había hecho el 20-12-2011 y manifiestan que continua vigente, en dicha escritura no consta nada más (577 y 478)

El 30-12-2012 se produce una reducción de capital reduciendo el valor de la participación a 6€ y una ampliación de capital en 5.139.060€ con la aportación de 89 fincas por parte del matrimonio constituido por Octavio y María Inés ; 6 fincas privativas de Octavio y 19 del matrimonio y padres del anterior Martin y Amalia . Octavio suscribe 387.076 participaciones, María Inés 344.63, Martin 62.212 y Amalia 62.592.

Hay sucesivas ampliaciones de capital con aportación de fincas el 2-3-2012, 28-3-2012 y la ultima inscrita en el registro el 20-3-2012 en la que María Inés aporta sus participaciones en la empresa Urbanizadora Bertamirans SL, contando la empresa con un capital final de 6.300.960 €.

A fecha 11-11-2011 la empresa no tenía trabajadores en alta. Y en las declaraciones de las rentas 2010 y 2011 consta que esta empresa no tiene actividad.

13.- La empresa Semar Aluminio SL se constituyo el 20-01-1995, administrador Martin ; el 24 de marzo de 2009 se nombra nuevo administrador a Octavio .

Esta empresa tramitó un ERE de suspensión de contratos de 10 trabajadores, 8 de los cuales constan en el actual ERE, autorizado por el periodo de 19 de febrero hasta el 30 de julio de 2012 y otro ERE de extinción de contrato de 10 trabajadores solicitado el 1 de diciembre de 2012 que es denegado.

El patrimonio neto de la empresa se haya por debajo del capital social en los ejercicios 2010 y 2011 por lo que la empresa estaría en situación legal de disolución

14.- Sistemas especiales metálicos SL (A partir de ahora Sistemas) se constituye el 30-03-2012 como sociedad unipersonal y administrador único Nicolas

15.-Por escritura de compraventa de 2 de abril de 2012 Semar vende a Sistemas 11 vehículos por importe de 50.000 € de los que 3.000 € dice haber recibido, y 20.000 aplazados a 15 de julio de 2012 y 27.000 al 30 de septiembre.

16.- El 18 de mayo de 2012 Semar vende a Sistemas maquinaria y mobiliario industrial con un total de 39 elementos y por importe de 40.000 € de los que 3.000 manifiestan que ya habían sido entregados difiriendo el pago de 17.000 € al 1 de octubre siguiente y los 20.000 restantes al 31 de diciembre de 2012.

17.- El 21 de junio de 2012 se traslada toda la maquinaria, material y vehículos de la empresa Semar Aluminio SL, a la nave de la empresa Sistemas en Padrón.

18.-Trabajadores de Semar Aluminio SL pasan a Sistemas como: Teodoro es dado de baja en Semar el 29-06-2012 y de alta en Sistemas el 9 de julio de 2012. Jose Miguel es dado de baja en Semar el 7 de febrero del 2012 y de alta en sistemas el 25 de junio de 2012.

19.-Los trabajadores Blas , Francisco , Bernardino , Cornelio prestaron servicios primero para Marcial García SL y con posterioridad para Semar Aluminio SL; al menos a Bernardino , Cornelio y Edmundo , Octavio les ofreció pasarse a una nueva empresa que iba a constituirse, manifestándoles que los del ERE no iban a cobrar nada, salvo lo del FOGASA.

Y otros como Hermenegildo hasta el 1-1-2008 trabajaron para Marcial García SL y desde el 4-1-2008 para Semar Aluminio SL. Al igual que Luis hasta el 30-9-2009 y desde el 1-10-2009.

Al igual Jeronimo de forma sucesiva para Marcial Garcia SL, Octavio , Marcial García SL y por último para Semar Aluminio SL. Como Constantino y Blas . Teodoro lo hizo hasta el 21-9-2007 en Marcial Garcia SL, y desde el 29-9-2007 en Semar Aluminio SL hasta el 2-11-2011, y desde el 14-6-2012 para Sistemas.



20.- Pese a la venta de la maquinaria y vehículos, los trabajadores de Semar Aluminio SL siguieron utilizándolos hasta su traslado a la nueva nave de Sistemas.

21.- En las instalaciones de Semar Aluminio SL, trabajaba también la esposa de Octavio , María Inés , que era la que llevaba la administración de aquella, el pago a proveedores, pedidos, pago de nóminas y cobro de rentas de los pisos que la que la Sra. Octavio tenía en alquiler; incluso trabajadores de Semar Aluminio SL hacían en alguna ocasión traslado de muebles de un piso a otro.

22.- Nicolas trabajó para Semar Aluminio SL, posteriormente para Promolar Inmobiliaria en las instalaciones de Semar Aluminio SL, donde había una Cartel anunciador de dicha empresa y donde aquel cobraba el IBI de las ventas de Promolar.

23.- Gestión Inmobiliaria Promolar SL se constituyó el 8-5-2008 entre Octavio , y Carlos Daniel y Francisco que eran administradores de Villalval Inmobiliaria.

24.- El 8-6-2005 Se constituyó la empresa Residencial Norgal SL entre Octavio en nombre se de la sociedad Marcial García SL de la que era administrador solidario y Adrian y Efrain como socios de la empresa Invercon SL.

25.- El 17-12-2010 Octavio y su esposa María Inés y Constantino otorga escritura de constitución de la empresa Urbanizadora Bertamirans SL con un capital social de 1.6177.270€ por la aportación de 33 fincas gananciales, como unico socio Octavio que suscribe el total de las participaciones y nombra administradores mancomunados a Octavio y Constantino .

26.- La Agencia tributaria incoa procedimiento sancionador y de liquidación contra la empresa Semar Aluminio SL y concluye que: La sociedad Semar Aluminio SL tiene como actividad mercantil la de Fabricación Artículos Carpintería Metálica clasificada en el epígrafe 314.1 de las tarifas del Impuesto sobre Actividades Económicas.

Se ha constatado que en los ejercicios en comprobación (2006, 2007 y 2008) el propio socio y administrador D. Octavio y dos personas físicas más del mismo grupo familiar, Dña. María Inés (cónyuge del anterior) y Dña. Amalia (madre de Octavio) aparecen matriculados individualmente en el epígrafe 505.5 Carpintería y Cerrajería y terminación y decoración de edificios y locales, habiéndose acogido todos ellos al régimen de estimación objetiva por signos, índices o módulos en relación con el IRPF y al régimen simplificado en cuanto al IVA.

La comprobación inspectora ha acreditado numerosos hechos que evidencian la inexistencia de la actividad empresarial de cada uno de ellos. Este conjunto de hechos lleva a la conclusión de que la actividad empresarial es efectivamente desarrollada por Semar Aluminio SL y las personas físicas declaran falsamente la actividad con el fin de evitar la tributación de los beneficios obtenidos en la sociedad. Se deduce una simulación absoluta del ejercicio de la actividad que solapa en los tres casos, por un lado la emisión de facturas que no se corresponden con operaciones reales y cuya emisión no supone coste fiscal alguno para los emisores y por otro lado, se corresponden con trabajos efectivamente realizados por la entidad Semar Aluminio, y esta conducta tiene como finalidad principal y real la de aprovecharse de un régimen fiscal específico de tributación, que conlleva un importante ahorro fiscal. La sociedad y la cónyuge del socio y administrador en primer lugar, el propio socio y administrador en segundo lugar y en tercer lugar la madre del anterior, simulan y declaran ante la Hacienda Pública el ejercicio, separado y diferenciado, de una actividad empresarial, cuando la realidad comprobada y querida es de forma efectiva el ejercicio único de la actividad por un único sujeto económico, la sociedad Semar Aluminio SL. La voluntad de las partes es simular, aparentar una realidad inexistente, por lo que ha de considerarse irrelevante el negocio simulado, la actividad de María Inés , de Octavio y de Amalia y gravarse como actividad de la empresa Semar Aluminio las facturas que se corresponden con prestaciones de servicios reales, así como la deducción de los gastos de personal que simuladamente fueron asumidos por María Inés , Octavio y Amalia .

27.- En Semar Aluminio SL, Octavio llevaba a cabo las mediciones de las obras que iban a realizarse y se pasaban a las oficinas donde se hacían los presupuestos y se les daba una numeración.

Cuando Sistemas comenzó trabajar después de su constitución, lo hizo en las instalaciones de la empresa Semar Aluminio SL, hasta agosto que se trasladó a la nueva nave; las mediciones de sus obras las seguía realizando Octavio , pero en dichas mediciones se ponía Tirantes , apodo de Nicolas , que era el único socio de la empresa Sistemas y se les daba una numeración diferente porque alguno de los trabajadores no querían hacer trabajos para Sistemas por no ser su empresa.

Muchas de esas obras eran contratos y clientes de Semar Aluminio SL, que pasaron a Sistemas, como una obra de la constructora Outon Bayona, el presupuesto lo hace Semar Aluminio SL, y la factura fue presentada al cobro por sistemas el 5-7-2012.



Otro cliente Teodoro , su obra es medida por Octavio - Tirantes el 24-7-2012 y la cobra Semar Aluminio SL el 2-8-2012.

Las obras contratadas a Eutimio por Semar, las concluye Sistemas, desconociendo quien las cobra.

28.- La demanda se presentó el 18-9-2012 y con un primer señalamiento para el día 30-10-2012. El día 3-10-2012 el letrado de Semar Aluminio SL pide la suspensión del juicio oral por tener otros señalamientos coincidentes en la misma fecha, a lo que se accede; 2º señalamiento el 6-11-2012; el día 2-11-2012 se amplió la demanda y a los efectos de llevar a cabo las nuevas citaciones se dicta Decreto el 5-11-2012 señalando nuevamente para el 12-12-2012; en dicha fecha se levanta acta de conciliación en la se señala que están en vías de acuerdo y se hace nuevo señalamiento para el día 10-1-2013, en esta fecha del 4º señalamiento se levanta nuevamente acta de conciliación en la que se solicitan 15 días para llegar a acuerdo y se hace nuevo señalamiento para el 24-1-2013.

El 14-1-2013 consta diligencia de ordenación por la que se dice que por problemas de agenda el nuevo señalamiento es para el 31-1-2013; y el 29-1-2013 el letrado de Semar Aluminio SL renuncia a su defensa. Se dicta Decreto el 29-1-2013 suspendiendo el señalamiento del 31-1-2013, para no causar indefensión, señalándole para el 7-3-2013. El día 6 a las 13 horas comparece Don. Octavio y María Inés en el juzgado de Santiago de Compostela, y Nicolas en el de Padrón pidiendo abogado de oficio y la suspensión del juicio. El mismo día 6-3-2013 se dicta Diligencia de ordenación acordando no haber lugar a la suspensión y manteniendo el señalamiento del día siguiente en que se celebra el juicio oral.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho y hechos declarados probados se formulan por esta Sección de Sala los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Como cuestión previa y al inicio del juicio oral, se solicitó por los demandados la suspensión del procedimiento para poder nombrar abogado de oficio, a lo que se opuso la parte actora y la SALA denegó la suspensión toda vez que como consta en los hechos probados se han producido desde la presentación de la demanda cinco suspensiones, habiendo un principio de acuerdo con calculo de cantidades a abonar a los trabajadores por Semar SL, como alegó la demandante, que posteriormente fue rechazado por los demandados; la renuncia a la defensa de Semar SL hecha por su letrado el 29-1-2013, provocó la última de las suspensiones, para no causar indefensión a la dicha parte, y señalado nuevamente el juicio oral para el 7-3-2013, la sala entiende que ha habido tiempo suficiente para el nombramiento de nuevo abogado y no esperar a las 13 horas del día anterior a juicio, para hacer las comparecencias pretendiendo nueva suspensión y señalamiento con esa finalidad; la denegación de la suspensión es conforme al artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Social, porque la pretensión no tenía más que una finalidad dilatoria; y no se ha provocado indefensión cuando Don. Octavio asume la defensa de los demandados con un esquema preparado de antemano por escrito, propone, y practica la prueba de interrogatorio y testifical y en conclusiones no solo defiende su postura de absolución, sino la de los otros demandados con alegación de normativa legal aplicable al caso art 43.2 y 44 del Estatuto de los Trabajadores y cita de jurisprudencia.

SEGUNDO.- En cuanto al fondo de la reclamación la parte demandante solicita la nulidad, o subsidiariamente, que se declare como no ajustada a derecho la medida empresarial de despido colectivo objeto del presente procedimiento. Alegando que la empresa no entrega las cuentas de los años 2010 y 2011 hasta el día 14 de agosto, que no aporta las cuentas provisionales de 2012; que el día 20 de agosto entrega sin firmar el balance de la situación hasta junio de 2012 y el periodo de consultas termina el 21 de agosto sin acuerdo. Y asimismo que hay un grupo de empresas formado por las demandadas.

Se opone la empresa, y en su defensa alega, que entregó las cuentas y toda la documentación, justifica la diferencia entre las empresas SEMAR Aluminio SL y Sistemas Especiales SL, porque tienen socios diferentes, domicilio social diferente y su propio personal y solo un trabajador de Semar Aluminio SL (Teodoro) pasó a Sistemas y las relaciones que hubo entre ambas empresas lo fueron porque la segunda compró vehículos y material de la primera para que esta pudiera tener liquidez. Que la sobras de Jeronimo no las pudo terminar Semar y se las contrató a otra empresa, a Sistemas SL. Que Marcial García SL tiene por objeto actividades inmobiliarias y es una sociedad patrimonial constituida para tributar menos. Las co-demandadas Bertamirans, Promolar y Norgal no tienen relación alguna ni actividades con Semar SL. Y la personas físicas demandadas son su madre Amalia ; su padre Martin y su esposa María Inés . Que el Ere fue llevado a cabo en forma y cumplió los requisitos del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores . El día 5-8-2012 se entregaron al delegado sindical el listado de los trabajadores, la memoria, cuentas anuales y actas de la agencia tributaria; además las cuentas y estado de la empresa eran conocidos por el Delegado de personal por los anteriores ERES de extinción y suspensión tramitados anteriormente, no hay mala fe, y las perdidas están acreditadas.



Por la co-demandada Sistemas Especiales Metálicos SL se alega que no tiene nada que ver con SEMAR SL y que es una sociedad unipersonal cuyo administrador es el que comparece Nicolas .

TERCERO.- Por lo que se refiere a la pretensión de nulidad de la extinción colectiva, se alegan graves irregularidades en el periodo de consultas, porque la empresa no negoció, manteniendo una postura prepotente, limitándose a exponer su posición inamovible y actúa con opacidad al no presentar la documentación legalmente exigida. Incumple pues la empresa la obligación de negociar bajo el principio de buena fe, incurriendo en un comportamiento fraudulento y con abuso de derecho.

Es cierto que en el período de consultas las partes deben negociar de buena fe con vistas a alcanzar un acuerdo aportando para ello cuantas soluciones procedan para atenuar las consecuencias para los trabajadores afectados, conclusión que se obtiene del contenido del art. 13 del Convenio nº 158 OIT , art. 2 de la Directiva 98/59 , art 51.2 del ET y art. 11 del RD 801/2011 . La buena fe implica un esfuerzo sincero de aproximación de posiciones (STS de 1 marzo 2001, Rec 2019/2000), y también impone el deber de coherencia: exigiendo a las partes ser consecuentes con sus propias posiciones y no alterarlas sustancialmente de un día para otro (STS 3 febrero 1998). Y ese deber de negociar de buena fe, como esfuerzo sincero de aproximación de posiciones, no se ve colmado cuando nos encontramos ante la apertura del período de consultas y la celebración de reuniones desprovistas de contenido real (STC 107/00 y STSJ Cataluña 31/01/03 , STSJ Madrid 30 mayo 2012; Rec 17/2012), y que infringe la buena fe acudir a la negociación con una única oferta definitiva e irrevocable a falta de cuya aceptación se da por cerrado el proceso negociador (vid STC 107/2000 de 5 de mayo). O como señala la sentencia del TSJ de Madrid de 30 de mayo de 2012 , no se cumple con este requisito de negociar de buena fe cuando se dan unas circunstancias en las que: "la empresa se limitó a exponer su posición, inamovible, de proceder a la tramitación del ere con fijación de la indemnización mínima legal y aun cuando en el curso de las conversaciones pudieran realizarse comentarios sobre la constitución de una cooperativa, nunca se planteó como una posibilidad formal y seria, sujeta a estudio o debate de cara a continuar la vida del proyecto empresarial. El "acuerdo" solo era posible si los trabajadores aceptaban los términos ofrecidos por la empresa, admitiendo su posición. Obviamente, tal postura no constituye una negociación proceso caracterizado por su dinámica de concesiones recíprocas o de construcción de soluciones y opciones consensuadas. Quien se acerca a la mesa de consultas de un expediente de regulación de empleo con una única posibilidad sobre la mesa, la suya, no negocia porque no intercambia valor alguno, ni efectúa concesiones, ni ofrece opciones. Sencillamente se limita a tratar de cumplir formalmente un trámite, el del período de consultas o de negociación, y tal comportamiento no constituye una negociación de buena fe..."

En el caso de autos, y tal y como se desprende de los hechos probados, en los que se recoge el contenido de las cinco reuniones acaecidas en el periodo de consultas, se aprecia que la empresa se mantiene inamovible en su postura de extinción ya que no hay referencias al tema, y la parte social no hace demanda alguna diferente pero ello no implica que la empresa hubiera hecho del periodo de consultas un mero formalismo, puesto que la negociación consiste en que las partes crucen propuestas y contrapropuestas, con las consiguientes tomas de posición de unas y de otras, con independencia de que las negociaciones lleguen a buen fin, como se ha hecho reconociendo antigüedades, pago de atrasos o vacaciones.

En relación con los documentos que la empresa ha de aportar a los representantes de los trabajadores el art. 2.3 de la Directiva 1.998/59/CE , de 20 de julio, sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, dispone: "A fin de permitir que los representantes de los trabajadores puedan formular propuestas constructivas, el empresario, durante el transcurso de las consultas y en tiempo hábil, deberá: a) proporcionarles toda la información pertinente, y b) comunicarles, en cualquier caso, por escrito: i) los motivos del proyecto de despido; ii) el número y las categorías de los trabajadores que vayan a ser despedidos; iii) el número y las categorías de los trabajadores empleados habitualmente; iv) el período a lo largo del cual está previsto efectuar los despidos; v) los criterios tenidos en cuenta para designar a los trabajadores que vayan a ser despedidos, si las legislaciones o prácticas nacionales confieren al empresario competencias en tal sentido; vi) el método de cálculo de las posibles indemnizaciones por despido distintas a las directivas de las legislaciones o prácticas nacionales. El empresario deberá transmitir a la autoridad pública competente una copia de la comunicación escrita, que contenga, al menos, los elementos previstos en los incisos i) a v) de la letra b) del párrafo primero".

En el mismo sentido el art. 51 y los art. 5 a 9 del RD 801/2011 recogen una serie de documentación que la empresa necesariamente ha de aportar so pena de vicio de nulidad del despido colectivo, ya que si no se aporta la documentación legalmente requerida no se solo se priva a los representantes de los trabajadores de su derecho de información, sino que se les impide negociar de forma razonable la retirada o la limitación de efectos del despido colectivo, que constituye la finalidad primordial del periodo de consultas. El art. 5 del RD 801/2011 señala que la solicitud del empresario deberá acompañarse, de la documentación a que se refieren



los arts. 6 y 7, según la causa alegada, y de la señalada en los arts. 8 y 9 de este Reglamento. Como las causas alegadas son económicas, la documentación a aportar ha de ceñirse al artículo 6.

Empezando por la documentación requerida en el art. 6 (documentación en los despidos colectivos por causas económicas) la parte demandante centra la cuestión en que se no aportan documentos suficientes y que no se cumple con la obligación de formular cuentas consolidadas y la aportación de las misma. La denuncia no se admite porque consta que el representante de Semar Aluminio SL entrega junto con la comunicación de inicio del ERE al Delegado de personal, la memoria explicativa, Expedientes de las deudas con la AEAT, Certificado de deuda con la TGSS, Cuentas anuales del ejercicio 2011, Cuentas anuales del ejercicio 2010, IVA 4T 2011, 1T Y 2T 2012 y Comunicación a la Administración, que el delegado firma haber recibido, y si bien consta también en las actas en las sucesivas reuniones, la petición de dicha documentación y otra referida a la posible existencia de grupo con la co-demandada Sistemas SI, lo cierto es que no consta expresamente esa pretensión de grupo empresarial y solo se le demandan las facturas de venta de vehículos y maquinaria de la empresa, que va entregando en reuniones sucesivas.

Así pues y como no se exige en el momento inicial la presentación de toda la documentación, sino durante la tramitación del ERE, y en el presente caso así se ha hecho tal como se desprende de los hechos probados y del contenido de las actas, por lo que se desestima este motivo de recurso.

CUARTO.- Por lo que se refiere a la pretensión de que el despido colectivo sea declarado como improcedente o no ajustado a derecho se basa en que no concurren las causas legales indicadas en la comunicación escrita (causas económicas HP 1º), porque hay grupo de empresas, y porque las cuentas depositadas carecen de credibilidad.

El artículo 51 del ET en la redacción vigente en el momento del despido colectivo ahora enjuiciado (la establecida por RD 3/2012) señala como motivo válido para la extinción del contrato por causas objetivas, la fundamentada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. A continuación establece cuando se entiende que concurren una u otras de tales causas, y así señala que "Se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior.

Se entiende que concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción; causas organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción y causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado".

La sentencia del TSJ de Madrid de 11 de junio de 2012 (re 22/2012) en la que se sostiene que conforme a la anterior redacción " la jurisprudencia venía distinguiendo entre la acreditación del factor desencadenante o concurrencia de los hechos en que consisten las causas alegadas - lo cual era objeto de prueba en el sentido estricto - y la justificación de la llamada "conexión instrumental o funcional" entre la decisión de despido y la finalidad de la extinción del contrato de trabajo, lo que ya no era una prueba procesal, sino más bien la aportación de indicios y argumentaciones suficientes para llevar a cabo una ponderación judicial (sentencia del TS de 29-9-08). Así la redacción del RDL 3/12 deja subsistente solamente la acreditación de la causa alegada pero suprime lo relativo a la conexión funcional". Pero también encontramos pronunciamientos como la sentencia de la AN de 15 de octubre de 2012 (rec 162/2012), en la que recordando el contenido del artículo 4 del Convenio Colectivo nº 158 de la OIT y citando a A. Desdentado Bonete consideran que sigue siendo aplicable al caso la doctrina sentada sobre la materia por el Tribunal Supremo (Sentencia de 14-6-96 -RCUD 3099/1995 - y de 29-9-08 -RCUD 1659/2007 -) conforme a la cual es necesaria la acreditación de la conexión de funcionalidad o instrumentalidad entre la medida extintiva y la finalidad que se asigna, y que se concreta para la causa económica en que no se puede presumir "que la empresa, por el solo hecho de tener pérdidas en su cuenta de resultados, pueda prescindir libremente de todos o de alguno de sus trabajadores". (...) Lo que se debe exigir son indicios y argumentaciones suficientes para que el órgano judicial pueda llevar a cabo la ponderación que en cada caso conduzca a decidir de forma razonable acerca de la conexión que debe existir entre la situación [económica negativa] y la medida de despido" (SSTS 29/09/08 -rcud 1659/07 -; 27-4-10 -rcud 1234/09). Y así la referida sentencia de la Audiencia Nacional, tras recordar que en el Real Decreto-Ley 3/2012 y de la Ley 3/2012, lo que el legislador hace es identificar la concurrencia de la causa con la comprobación de unos hechos,... pero que no debe confundirse esta pretensión de objetivar en alguna medida los criterios de apreciación, con su automaticidad... y que la redacción del art. 4 del Convenio OIT nº 158 impide que esos "hechos" con los que se identifican las causas, puedan valorarse aisladamente, concluye : "Evidentemente, con



la redacción actual del art. 51.1 ET , ya no se trata de adoptar medidas que contribuyan a superar la situación económica negativa o a mantener el empleo, pero sí que sigue siendo necesario, en virtud de esa conexión de funcionalidad que deriva en última instancia del Convenio 158 OIT, que tales medidas extintivas permitan ajustar la plantilla a la coyuntura actual de la empresa. Así, como dijimos en nuestra sentencia de 28-9-12 , citando a A. Desdentado Bonete, "el legislador "ha desvinculado la causalidad del mantenimiento de la empresa y del empleo. Ya "no se trata de lograr objetivos futuros, sino de adecuar la plantilla a la situación de la empresa"; "la justificación del despido ahora es actual".

El despido estará justificado si, existiendo una situación económica negativa o una innovación técnica, organizativa o productiva, esto tiene un efecto actual sobre los contratos de trabajo, haciéndolos innecesarios por haber perdido su función económico-social, porque "el trabajo que pudiera continuar prestándose carece ya de utilidad patrimonial para la empresa" (A. Desdentado Bonete).

Por tanto, la empresa no sólo debe acreditar la concurrencia de la causa propiamente dicha, sino que también ha de argumentar acerca de sus efectos sobre los contratos de trabajo; efectos que justifican su extinción".

La exigencia probatoria que se requiere de la empresa no es la misma cuando el motivo de extinción alegado es económico o productivo, tanto es así que en el Real Decreto 801/2011 de 10 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos, vigente en el momento del despido colectivo enjuiciado, se exige, como ya hemos señalado, la aportación de diferente documentación según sea la causa invocada de carácter económico (art. 6), o técnica, organizativa o de producción (art. 7).

En el caso de autos la empresa Semar SL aporta lo que considera su documentación contable en la que se alega la existencia de pérdidas y cuantiosas deudas con la Tesorería General de la Seguridad Social y a AEAT: En el ejercicio 2010 los resultados de la entidad ascendieron a 665.048,42 € de pérdidas, y en el ejercicio 2011, los resultados de la empresa suman 33.444,44 € de pérdidas. La cifra de ventas ha sido descendente desde el cuarto trimestre de 2011. El impuesto sobre el Valor Añadido, en el cuarto trimestre de 2011 la cifra de IVA devengado por la empresa ha sido de 1.241.931,35 euros. En el primer trimestre de 2012 el IVA devengado cayó a 179.984,14 euros. Y no solo pérdidas, sino también deudas con la AEAT y la TGSS que suman 1.079.268,10 euros a la AEAT y 157.196,20 a la T.G.S.S.

La Sala no se cree la contabilidad presentada, no es real y entiende que hay un fraude en su constitución, no solo por lo que luego revalidaremos con la existencia de grupo de empresas, sino porque tal y como hemos declarado probado no constan operaciones con partes vinculadas, cuando su cónyuge presta servicios en la empresa, porque era la que llevaba la contabilidad y el pago a clientes y proveedores como dijo el testigo Cornelio ; no constan las operaciones de venta de vehículos y maquinaria a la empresa Sistemas SL; las cuentas no están presentadas en el registro; no están contabilizados los datos que aflora la inspección de hacienda que constataría la existencia mayores beneficios y el resultado es que como la contabilidad no es fiable, el cierre de empresa, las causas económicas alegadas y con ello la extinción de los contratos de los trabajadores no están justificados y no es posible confirmar que el despido colectivo lo sea verdaderamente por causas económicas, por lo que debe ser declarado como improcedente.

Porque además para valorar la situación económica negativa como causa para la válida extinción del contrato de trabajo, es necesario tener en cuenta la situación económica y patrimonial de todas las empresas del mismo grupo, que conforman una situación de unidad empresarial. En estos casos, como después argumentaremos, hay 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 de los trabajadores no sería la sociedad a cuya plantilla se encuentran formalmente adscritos aquellos, sino el conjunto formado por todas las empresas que configuran la situación de unidad empresarial. Así la sentencia Tribunal Supremo 3-12-2012 dice: En concreto: a) tratándose de causas económicas y para el supuesto de un «grupo de empresas» a los efectos laborales -con la consecuente solidaridad que ello comporta- la acreditación de tales causas deberá ir referida a todas las empresas del grupo y no sólo a la formal empleadora, pues si el grupo constituye el único empleador, la referida causa económica -como la productiva- concurrente en una de ellas no justifica la concurrencia del motivo de extinción previsto en el art. 52.c ET [«necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo»], por estar 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, que no pueden diferenciar a cuál de las empresas aportan su actividad [STS 31/12/01-rc 688/90 -] (STS 23/01/07 -rcud 641/05 -).

QUINTO.- Por lo que se refiere a la pretensión de grupo de empresas entre las co-demandadas SEMAR ALUMINIO SL; SISTEMAS ESPECIALES METALICOS PARA LA ARQUITECTURA S.L.; Amalia ; Dña María Inés



; MARCIAL GARCIA. S.L., URBANIZADORA DE BERTAMIRANS SL, GESTION INMOBILIARIA PREMOLAR SL, RESIDENCIALES NORGAL SL, traídas a juicio con las sucesivas ampliaciones de demanda, la Sala entiende que concurre el grupo de empresa entre: SEMAR ALUMINIO SL; SISTEMAS ESPECIALES METALICOS PARA LA ARQUITECTURA S.L.; Amalia ; María Inés ; MARCIAL GARCIA. S.L., y Octavio como resulta de los hechos probados y por aplicación de la reiterada doctrina del Tribunal Supremo, ...porque hay que distinguir entre el grupo de empresas a efectos mercantiles o empresariales, frente al grupo de empresas a efectos laboral. Al respecto ya es tradicional los pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre esta materia, y así en sentencia de 3 de mayo de 1990 , señala que el fenómeno de los grupos de empresa posee como elemento común que las personas que los integran, siendo independientes entre sí dentro de una perspectiva jurídica formal, mantiene entre ellas una cierta unidad económica. En la de 30 de enero de 1990 matiza 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, exigiéndose que para que pueda nacer dicha obligación es necesario que el grupo de empresas haya actuado en fraude de ley, haciendo una utilización abusiva de la personalidad jurídica independiente de cada una de las entidades en perjuicio de los trabajadores de forma que se produzca un abuso de derecho o ánimo defraudatorio en base al cual las empresas establezcan una trama jurídica que disfrace situaciones de hecho en las que en realidad se actúa como una sola entidad empleadora bajo la apariencia formal de distintas empresas con personalidad jurídica independiente, no pudiendo exigírsele responsabilidad al grupo cuando actúa conforme a derecho pues es perfectamente legítima la constitución de tales grupos para operar en el mercado, de tal forma que solo cabe tal responsabilidad cuando el grupo actúa en fraude de ley, actuación que no se presume, sino que quien lo alega, ha de acreditar.

Esta es la idea que subyace en toda la jurisprudencia recaída sobre el grupo de empresa, y así podemos citar por todas la STS de 10 de junio de 2006 que ha sintetizado las diferencias existentes entre el grupo de empresas laboral y el mercantil del modo siguiente: " Para ello, y por razones de seguridad jurídica, hemos de referirnos a la doctrina de esta Sala del Tribunal Supremo relativa a los Grupos de Empresa y a la comunicabilidad de las responsabilidades empresariales de las sociedades que lo forman, que es pacífica y uniforme en orden a la exigencia de los elementos y requisitos que deben darse para que la existencia de un grupo de empresas tenga consecuencias sobre los contratos de trabajo que mantengan las empresas integrantes del grupo para con sus trabajadores y a la hora de fijar las responsabilidades laborales.

Como señala esta Sala del Tribunal Supremo de 26 de enero de 1998 (RJ 1998\1062), recordada por la de 21 de diciembre de 2000 (rec. 4383/1999 [RJ 2001\1870]) citada en la de instancia: "(...) el grupo de empresas, a efectos laborales, ha sido una creación jurisprudencial en una doctrina que no siempre siguió una línea uniforme, pero que hoy se encuentra sistematizada en la Jurisprudencia de esta Sala". Así ya se afirmó que "no es suficiente que concurra el mero hecho de que dos o más empresas pertenezcan al mismo grupo empresarial para derivar de ello, sin más, una responsabilidad solidaria respecto de obligaciones contraídas por una de ellas con sus propios trabajadores, sino que es necesaria, además, la presencia de elementos adicionales" (Sentencias de 30 de enero [RJ 1990\233], 9 de mayo de 1990 [RJ 1990\3983] y 30 de junio de 1993 [RJ 1993 \4939]).. No puede olvidarse que, como señala la sentencia de 30 de junio de 1993 (RJ 1993\4939), "los componentes del grupo tienen en principio un ámbito de responsabilidad propio como persona jurídicas independientes que son". La dirección unitaria de varias entidades empresariales no es suficiente para extender a todas ellas la responsabilidad. Ese dato será determinante de la existencia del Grupo empresarial. No de la responsabilidad común por obligaciones de una de ellas. Como dicho queda, para lograr tal efecto, hace falta un plus, un elemento adicional, que la Jurisprudencia de esta Sala ha residenciado en la conjunción de alguno de los siguientes elementos: 1.- Funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo (SS. de 6 de mayo de 1981 [RJ 1981\2103] y 8 de octubre de 1987 [RJ 1987\6973]). 2.- Prestación de trabajo común, simultánea o sucesiva, en favor de varias de las empresas del grupo (SS. 4 de marzo de 1985 [RJ 1985\1270] y 7 de diciembre de 1987 [RJ 1987\8851]). 3.- Creación de empresas aparentes sin sustento real, determinantes de una exclusión de responsabilidades laborales (SS. 11 de diciembre de 1985 [RJ 1985\6094], 3 de marzo de 1987 [RJ 1987\1321], 8 de junio de 1988 [RJ 1988\5256], 12 de julio de 1988 [RJ 1988\5802] y 24 de julio de 1989 [RJ 1989\5908]). 4. Confusión de plantillas, confusión de patrimonios, apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección (SS. de 19 de noviembre de 1990 [RJ 1990\8583] y 30 de junio de 1993 [RJ 1993 \4939]). Y todo ello teniendo en cuenta que "salvo supuestos especiales, los fenómenos de circulación del trabajador dentro de las empresas del mismo grupo no persiguen una interposición ilícita en el contrato para ocultar al empresario real, sino que obedecen a razones técnicas y organizativas derivadas de la división del trabajo dentro del grupo de empresas; práctica de lícita apariencia, siempre que se establezcan las garantías necesarias para el trabajador, con aplicación analógica del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995\997)"



Doctrina que aplicada al acoso de autos, como no puede ser de otro modo, resulta que 1º el funcionamiento unitario de las empresas del grupo es evidente, porque la Sras. Amalia y María Inés y Octavio prestan servicios para Semar SL, que esta, no contabilizaba, y servicios y trabajos hechos por Semar eran facturados a estas personas, como consta en las actas de hacienda: la actividad empresarial es efectivamente desarrollada por Semar Aluminio SL y las personas físicas declaran falsamente la actividad con el fin de evitar la tributación de los beneficios obtenidos en la sociedad.

Semar Aluminio SL vende la maquinaria y los vehículos de su empresa a Sistemas, pero pese a eso y durante un tiempo (desde la venta abril 2012, hasta la entrega a finales o primeros de agosto) la 1ª hace trabajos con sus trabajadores y utiliza los vehículos y herramientas de la segunda de la 2ª.

Una vez constituida Sistemas SL, esta hace los trabajos de Semar SL, no solo termina los contratados por Semar sino que el encargado Don. Octavio hacía las mediciones de las nuevas obras para Sistemas (en ellas se hacía constar el nombre de Tirantes administrador único de sistemas) que se pasaban a trabajadores de Semar los que daban nueva numeración para distinguirlas de las que eran verdaderamente de Semar.

2º Todo lo expuesto revela la existencia de un trabajo en común por parte de los trabajadores que durante unos meses hacen trabajos de Semar para Sistemas, con vehículos y maquinaria de Sistemas; pero además hay un traspaso de personal de una a otra empresa como se declara probado en los hechos 18 y 19.

Trabajos a clientes como la constructora Outon, la obra es de Semar Aluminio SL, albaran de esta y la factura presentada por Sistemas el 5-7- 2012 al cobro; otra de Blas que en teoría es contratada por Kico, aunque ya hemos declarado probado que tales mediciones las hacia Martin , esta es cobrada por Semar Aluminio SL el 2-8-2012. Y lo mismo de la obra de Jeronimo .

En los locales de la empresa (oficinas) trabajaba también María Inés que llevaba la administración, pago proveedores, pedidos, nóminas o cobros de rentas de pisos en alquiler.

3º Hay una creación de empresas aparentes sin sustento real y esto se comprueba no solo con la prueba testifical donde manifiestan que en el mes de febrero Octavio habla con ciertos trabajadores y les dice que van a crear otra empresa igual y que se pasen a ella porque los trabajadores del ERE no iban a cobrar nada; sino también documentalmente donde consta la creación de la nueva empresa Sistemas Metálicos SL el 30-3-2012, con un único socio Nicolas que había prestado servicios para Promolar (tarjeta de visita) y compra la maquinaria y vehículos de Semar con unas condiciones de pago cuyo cumplimiento no consta. Lleva a cabo trabajos contratados por Semar y no figuran ni facturas, ni pagos a cargo de la nueva empresa.

La empresa Marcial García SL se constituye el 26-12-2000 de la que son socios padre e hijo, tiene un capital de de 6.300.960 € y desde el 2011 no tiene trabajadores en alta.

4º Confusión de plantillas, confusión de patrimonios, apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección, esto es lo más evidente Octavio dirige las dos empresas, Semar Aluminio SL y Sistemas; es administrador de Semar Aluminio SL junto con Martin . Trabajadores de Marcial García SL (Hermenegildo , Luis , Jeronimo , Constantino , Blas y otros) pasaron sucesivamente de esta empresa a Semar Aluminio SL Y de Semar Aluminio SL pasó a Sistemas SL sin solución de continuidad Teodoro y otros 5 trabajadores que lo habían sido de Semar Aluminio SL con anterioridad.

La empresa Marcial García SL lleva a cabo en fechas próximas al despido colectivo, diciembre de 2011 y en marzo y abril de 2012, como hemos declarado probado, ampliaciones de capital, aportado por Octavio y su esposa, María Inés , y Martin y su esposa Amalia , con objeto de evitar no solo el pago de impuestos sino las consecuencias del despido colectivo, si se estima la existencia de grupo o los pagos a la Hacienda.

Esta actividad y este entramado de empresas se hace en fraude de ley, y sirviéndonos de los términos del Tribunal Supremo, haciendo una utilización abusiva de la personalidad jurídica independiente de cada una de las entidades en perjuicio de los trabajadores de forma que se produzca un abuso de derecho o ánimo defraudatorio en base al cual las empresas establezcan una trama jurídica que disfrace situaciones de hecho en las que en realidad se actúa como una sola entidad empleadora bajo la apariencia formal de distintas empresas con personalidad jurídica independiente, de donde resulta la condena solidaria de todas.

SEXTO.- Y con respecto al resto de las co-demandadas URBANIZADORA DE BERTAMIRANS SL, GESTION INMOBILIARIA PREMOLAR SL, RESIDENCIALES NORGAL SL. La sala entiende que no hay pruebas suficientes, no solo para declarar el grupo empresarial conforme a lo anteriormente expuesto, sino para que hagan frente a una condena solidaria; porque si bien hay coincidencia en algunos socios la actividad es diferente, no consta que haya habido traspaso de trabajadores de una a otra a excepción de Nicolas que fue trabajador de Marcial García SL y de Promolar pero no constan trabajos para el resto, ni confusión de patrimonios. En consecuencia



VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que estimando la demanda interpuesta por la CONFEDERACION INTERSINDICAL GALEGA (CIG) y D. Hermenegildo contra las empresas demandadas en el Procedimiento nº 30-2012 sobre despido colectivo, debemos declarar y declaramos como no ajustado a derecho colectivo efectuado por la empresa Semar Aluminio SL condenamos solidariamente a las empresas demandadas SEMAR ALUMINIO SL; SISTEMAS ESPECIALES METALICOS PARA LA ARQUITECTURA S.L.; Octavio , Amalia ; María Inés y MARCIAL GARCIA. S.L., a estar y pasar por la anterior declaración. Y con la absolución de las co- demandadas URBANIZADORA DE BERTAMIRANS SL, GESTION INMOBILIARIA PREMOLAR SL, RESIDENCIALES NORGAL SL.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Se advierte a las partes que contra la presente resolución podrán interponer Recurso de Casación ante el Tribunal Supremo que deberá ser preparado por comparecencia, o mediante escrito en la Oficina Judicial dentro de los diez días siguientes a la notificación de esta Sentencia, o por simple manifestación en el momento en que se le practique la notificación. Adviértase igualmente al recurrente que no fuera trabajador o beneficiario del Régimen Público de Seguridad Social, o causahabiente suyo, o no tenga reconocido el beneficio de justicia gratuita, que deberá depositar la cantidad de 600 euros en la cuenta abierta en BANESTO a nombre de esta T.S.J.GALICIA SALA DE LO SOCIAL con el núm. 1552 0000 37 (nº del procedimiento - cuatro dígitos- y año -dos dígitos) acreditándolo mediante la presentación del justificante de ingreso en el momento de la preparación; igualmente, deberá haber consignado en aquella Cuenta de Depósitos la cantidad objeto de condena, o acompañar aval bancario por dicha cantidad en el que se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista, incorporándolos a esta Sala con la preparación del recurso.

Por esta sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.-Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha, por el Ilmo.Sr. Magistrado-Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencia de este Tribunal. Doy fe.