



Roj: **SAN 3544/2013 - ECLI:ES:AN:2013:3544**

Id Cendoj: **28079240012013100149**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **22/07/2013**

Nº de Recurso: **226/2012**

Nº de Resolución: **148/2013**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MANUEL POVES ROJAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 3544/2013,**
STS 711/2015

SENTENCIA

Madrid, a veintidós de julio de dos mil trece. La **Sala de lo Social** de la Audiencia Nacional compuesta por los Sres. Magistrados citados al margen y

EN NOMBRE DEL REY

Ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el procedimiento 226/2012 seguido por demanda de Salome (letrado D. Jose Luis de Vicente Alvarez) contra MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL (Abogada del Estado D^a M^a Isabel del Valle Alamillos), TRAIN AUTOMATIC SOLUTIONS IN AND OUT SL (letrado D. Antonio de la Fuente García), Blanca , Leovigildo , Ricardo , Jose Miguel , Miguel Ángel , Braulio , Esteban , Ignacio , SISTEMAS DE CONTROL E INFORMACION (letrado D. Antonio de la Fuente García), SEPSA ELECTRONICA DE POTENCIA SL (letrado D. Antonio de la Fuente García), ALBATROS SL (letrado D. Antonio de la Fuente García) Y MINISTERIO FISCAL sobre impugnación de actos administrativos. Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. D. **MANUEL POVES ROJAS**

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Según consta en autos, el día 9 de Agosto de 2012 por doña Salome se presentó demanda por Impugnación de Despido Colectivo contra el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Subdirección General de Recursos y contra la empresa TRAIN AUTOMATIC SOLUTIONS IN AND OUT SL, así como contra los representantes legales de los trabajadores doña Blanca , don Leovigildo , don Ricardo , don Jose Miguel , don Esteban , don Ignacio , don Miguel Ángel y don Braulio .

Segundo.- Por Diligencia de fecha 6-9-2012 se dio traslado a las partes y al Ministerio Fiscal por plazo común de 3 días a fin de alegar lo que a su derecho convenga sobre la competencia de esta Sala. Habiéndose cumplimentado lo acordado, por Diligencia de 7-11-2012, se dio cuenta al ponente a fin de dictar la correspondiente Resolución.

Tercero.- Esta Sala dictó Auto en fecha 8 de Noviembre de 2012, declarando la incompetencia de esta Sala, por entender que el conocimiento de estos autos compete a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid . **Cuarto.-** Por Decreto de la Secretaria de esta Sala de fecha 30 de Abril de 2013, tras recibirse oficio de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid entendiéndose que la competencia es de esta Sala de la Audiencia Nacional, se admitió a trámite tal demanda, señalando para los actos de conciliación y juicio, en su caso la fecha de 14 de junio de 2013. En aquella fecha, la Sala dictó auto sobre admisión y práctica de la prueba. **Quinto.-** Llegados el día y la hora señalados tuvo lugar la celebración del acto del juicio, previo intento fallido de avenencia, al



que comparecieron la parte actora y los demandados Ministerio de Empleo y Seguridad Social, representado por la Abogada del Estado, la empresa Train Automatic Solutions In and Out SL, así como los representantes de los trabajadores que figuran enumerados en el acta del juicio. También comparecieron, en calidad de demandados, las empresas Sistemas de Control e Información, SEPSA Electrónica de Potencia SL y Albatros SL. En su legal representación compareció el Ministerio Fiscal. La parte actora amplió su demanda frente a las tres empresas que se citan en el párrafo anterior, ratificando a continuación su demanda. Las empresas demandadas opusieron, previamente a contestar, la excepción de caducidad. Se practicó únicamente prueba documental, ya que la parte actora renunció al interrogatorio solicitado. **Sexto.**- No constando en autos el expediente administrativo se acordó por la Sala que una vez sea recibido, se dará traslado a las partes para que elaboren sus conclusiones, lo que fue cumplimentado en fecha 15 de Julio de 2013, dictándose en ese día diligencia, dando cuenta al Magistrado ponente. Aparecen acreditados y así se declaran los siguientes

HECHOS PROBADOS

PRIMERO . - DOÑA Salome ha trabajado para la mercantil TRAIN AUTOMATIC SOLUTIONS IN & OUT, SL con antigüedad de 1-09-2008, categoría profesional de oficial 1ª administrativo y salario de 2500 euros mensuales con inclusión de la parte proporcional de las pagas extraordinarias. La señora Salome disfruta una jornada de 25 horas semanales desde el 12-01- 2010 para el cuidado de su hijo Fernando, nacido el NUM000 -2009, por lo que el año 2011 realizó únicamente 917 horas. - El NUM001 -2012 dio a luz a su hija Chloe.

SEGUNDO . - La mercantil antes dicha forma parte de un grupo patológico, compuesto por las mercantiles las empresas SEPSA ELECTRÓNICA DE POTENCIA, SLU; SEPSA SISTEMAS CONTROL E INFORMACIÓN, SLU; TRAIN AUTOMATIC SOLUTIONS, SLU; ALTE TRANSPORTATION, SLU; ALBATROS ALCAZARM, SA; filiales en el extranjero (EEUU; UK; BRASIL Y CHINA) y ALBATROS, SL, quien controla la totalidad del capital social de las mercantiles antes dichas, salvo ALBATROS ALCAZARM, SA, cuyo capital social está controlado en un 80% por el GRUPO ALBATROS. **TERCERO** . - El GRUPO ALBATROS promovió el 27-10-2012 expediente de extinción de

contratos y reducción de jornada, que afectó únicamente a las empresas SEPSA ELECTRÓNICA DE POTENCIA, SLU; SEPSA SISTEMAS CONTROL E INFORMACIÓN, SLU; TRAIN AUTOMATIC SOLUTIONS, SLU y ALBATROS, SL. - En el citado expediente se solicitó, por una parte, la extinción de 95 contratos de trabajo y la reducción de jornada de 318 contratos de los 483 contratos adscritos formalmente a las empresas citadas anteriormente.

- La promoción del expediente se notificó a la Dirección General de Empleo el 28-10-2012. El Grupo antes dicho inició el período de consultas con los representantes de los trabajadores, adscritos mayoritariamente a CCOO, aun cuando había además algún representante de CCOO y algún independiente, entregándoles la documentación, que obra en autos y se tiene por reproducida. - La DGE solicitó se subsanaran determinados defectos, mediante escrito de 3-11-2011, que se cumplimentó por el grupo demandado el 17-11-2011. El período de consultas se desarrolló los días 27 y 28-10; 2, 3, 7, 8, 16, 18, 23, 25 y 29-11; 1, 2, 5 y 14-12-2011, alcanzándose acuerdo en la fecha indicada, que obra en autos y se tiene por reproducido, en el que se pactó la extinción de 48 puestos de trabajo, de los cuales 38 estaban identificados, entre los que se encontraba la demandante y 10 eran innominados. - Dicho acuerdo se notificó a la Autoridad Laboral el 19-12-2011. **CUARTO**

. - La DGE admitió el expediente a trámite con el nº 343/2011, remitiéndoselo a la Dirección General de Empleo de la Consejería de Educación y Empleo de la Comunidad de Madrid, cuya propuesta, dictada el 29-12-2011, fue autorizar el expediente, aunque la demandante había realizado alegaciones el 28-12-2011. Obrar en autos los informes del Gobierno Vasco, de la Junta de Andalucía y del Gobierno de Aragón, que se tienen por reproducidos. El 10-01-2012 la Dirección General de Empleo dictó resolución, en cuya parte dispositiva se dijo lo siguiente: "1º. AUTORIZAR a la empresa CORPORACIÓN ALBATROS. (que engloba a las empresas ALBATROS, S.L, SEPSA ELECTRÓNICA DE PÔTENCIA S.L.U., SEPSA SISTEMAS DE CONTROL E INFORMACIÓN, S.L.U y TRAIN AUTOMATIC SOLUTIONS IN OUT, S.L.U) para la extinción de los contratos de trabajo de 48 trabajadores (38 nominativamente relacionados y 10 según los criterios señalados en el Acta de Acuerdo de 14-12-2011) y para la reducción de jornada en un 10% de los contratos de trabajo de otros 365 trabajadores durante el año 2012, en los términos y condiciones pactados en el mencionado Acta de Acuerdo. - Dichas medidas podrán aplicarse desde la fecha de la presente Resolución. En anexo a la presente resolución se adjunta copia del Acta de Acuerdo de 14-12-2011 suscrita y la relación nominativa de los trabajadores afectados.

2º. De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1.1.a y 1.4 del RD 625/1985, de 2 de abril , por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección por desempleo, según redacción dada en la Disposición final segundo del RD 801/11, de 10 de junio , la situación legal de desempleo de los trabajadores, cuyos contratos de trabajo se extingan o cuya jornada se vea reducida en virtud de esta autorización, se acreditará mediante la presente resolución a efectos del reconocimiento del derecho a las prestaciones que legalmente les correspondan.



3°. La empresa comunicará a esta Dirección General y al Servicio Público de Empleo Estatal la fecha de puesta en práctica de la presente autorización, con indicación de la medida y la relación nominativa de los trabajadores y los centros de trabajo a que estos pertenecen.

4°. Se declara la aplicación de las medidas acordadas en el Plan de Acompañamiento Social acordado en la solicitud final del procedimiento. Así como la suscripción de un convenio especial con la Seguridad Social para los trabajadores afectados mayores de 55 años si fuera el caso".

Dicha resolución se notificó a la empresa y a los representantes de los trabajadores el 12-01-2012.

QUINTO . - TASIO notificó a la demandante que estaba despedida, como consecuencia de la resolución antes citada, el 19-01- 2012.

SEXTO . - La demandante interpuso recurso de alzada el 21-02-2013, que fue desestimado mediante resolución de la DGE de 7- 06-2012, sin que se haya acreditado fecha de comunicación a la demandante.

SÉPTIMO . - ALBATROS, S.L. tiene unas pérdidas de 1.259.000,00 euros; SEPSA ELECTRÓNICA DE POTENCIA, S.L.U. tiene unas pérdidas de 3.267.500,00 euros; SEPSA SISTEMAS CONTROL E INFORMACIÓN, S.L.U. tiene unas pérdidas de 5.728.700,00 euros; TRAIN AUTOMATIC SOLUTIONS IN OUT, S.L.U. tiene unas pérdidas de 274.800,00 euros. -Del balance consolidado de todas las empresas del Grupo, tanto las incluidas en el expediente de regulación de empleo como las que no, arroja unas pérdidas de 12.145.700,00 euros.

OCTAVO . - En la memoria y en el escrito de subsanación, aportados por las demandadas, se significó que los criterios de designación de los trabajadores nominados, entre los que se encontraba la demandante, debían determinarse en la negociación del período de consultas. - En el acta de 14-12-2011, que cerró con acuerdo el período de consultas, no se menciona qué criterios se han tenido en cuenta para la selección de los trabajadores afectados. Se han cumplido las previsiones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO . - De conformidad con lo dispuesto en los artículos 9, 5 y 67 de la Ley Orgánica 6/85, de 1 de julio, del Poder Judicial , en relación con lo establecido en los artículos 8.2 y 2.n de la Ley 36/2011, de 14 de octubre , compete el conocimiento del proceso a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, por cuanto se han producido despidos en más de una CCAA.

SEGUNDO . - En cumplimiento de lo establecido en el artículo 97.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , se hace constar que los anteriores hechos declarados probados se han obtenido de los medios de prueba siguientes:

- a. - El primero de las nóminas de la demandante, así como de su solicitud de reducción de jornada, de la autorización empresarial, del listado de horas realizadas en 2011 y de su libro de familia, que obran como documentos 2 a 20 de la demandante (descripciones 84 a 88 de autos), que fue reconocido de contrario.
- b. - El segundo no fue controvertido, reputándose conforme, a tenor con lo dispuesto en el art. 87.1 LRJS .
- c. - El tercero de las notificaciones a la DGE, que contienen la composición de la comisión negociadora, la documentación aportada, la solicitud de subsanación citada, la subsanación empresarial y las actas de la comisión negociadora, que obran como descripciones 1.1 y 13 del expediente administrativo.
- d. - El cuarto de la resolución citada, que obra como documento 1 de la demandante (descripción 3 de autos) y del informe sobre el recurso de alzada, que obra como descripción 12 del expediente administrativo.
- e. - El quinto de la carta de despido, que obra como documento 1 de la demandante (descripción 33 de autos), que fue reconocido de contrario.
- f. - El sexto del recurso citado, que obra como descripción 17 del expediente administrativo.
- g. - El séptimo de la resolución citada, que obra como documento 4 de la demandante (descripción 6 de autos), sin que en el expediente administrativo conste fecha de notificación.
- h. - El octavo del escrito de subsanación, aportado por las empresas demandadas el 17-11-2011, donde precisa que la relación de despedidos quedó condicionada a la negociación, constatándose por la simple lectura del acta de 14-12-2011, que no se razona de ningún modo, por qué se eligió a los 38 trabajadores afectados nominativamente.

TERCERO . - Las empresas demandadas excepcionaron caducidad de la acción, adhiriéndose la Abogada del Estado, sin que podamos convenir, de ningún modo, con dicha alegación, puesto que se ha acreditado cumplidamente que la demandante interpuso recurso de alzada el 21-02-2012, sin que hubiera transcurrido



el plazo de un mes, previsto en el art. 115.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, desde el 19-01-2012, fecha en la que se le comunicó su despido, sin que conste en autos que se le comunicara anteriormente la resolución recurrida en alzada. - Se ha probado, por otra parte, que la demandante interpuso demanda el 9-08-2012 frente a la resolución de la DGE de 7-06-2012, cuya notificación no ha sido acreditada, correspondiendo acreditar la fecha de notificación a la parte demandada, de conformidad con lo dispuesto en el art. 217.3 LEC, puesto que se trata de un hecho impeditivo, siendo más que presumible que la fecha de notificación de la resolución controvertida se demorara más de dos días desde el 7-06-2012. - Desestimamos, por consiguiente, la excepción de caducidad.

CUARTO . - La señora Salome fundamenta su demanda en la concurrencia de un fraude de ley, que apoya en la inexistencia de un grupo de empresas patológico, construido artificiosamente para facilitar la extinción de su contrato de trabajo, que debió tramitarse por el procedimiento de extinción individual por causas objetivas, en vez del procedimiento de despido colectivo, sin que podamos compartir dichas alegaciones.

La Sala no comparte la tesis de la actora, porque ella misma admitió y así se refleja entre los hechos pacíficos, que la empresa formaba parte de un grupo patológico compuesto por siete mercantiles. - Consecuentemente, si la empresa real fue siempre el grupo de empresas y no la empresa, que le proporcionaba y retribuía formalmente su trabajo, se hace evidente que el despido debió tramitarse por el cauce del art. 51.2 ET, que en aquel momento requería la correspondiente autorización administrativa, puesto que los despidos solicitados inicialmente y los pactados finalmente superaban claramente los umbrales del art. 51.1 ET. Es cierto y no escapa a la Sala, que las empresas, propulsoras del expediente de regulación de empleo, fueron solamente cuatro, aunque una de ellas es la empresa dominante del grupo, cuando este está compuesto por siete empresas, lo que normalmente hubiera dado lugar a la nulidad del despido, puesto que el despido debió promoverse por el empresario real, que estaba compuesto por todas las empresas del grupo, como viene sosteniéndose por la doctrina y la jurisprudencia, por todas STS 19-12-2012, rec. 4340/2011; SAN 26-07-2012, proced. 124/2012; SAN 28-09-2012, proced. 152/2012; 18-12-2012, proced. 257/2012; SAN 25-02-2013, proced. 324/2012 y STS 20-03-2013, rec. 81/2012). Sin embargo, como la demandante, quien ahora alega dicho extremo en su escrito de alegaciones, no lo hizo ni en su recurso de alzada, ni en su demanda, ni siquiera en las alegaciones en el acto del juicio, donde amplió únicamente la demanda frente a tres de las otras empresas del grupo, no podemos entrar a considerar dicho extremo sin generar indefensión a las demandadas, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 85.1 y 87.1 LRJS.

QUINTO . - La identificación de los criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por el despido se constituye en el instrumento decisivo para su convalidación y afecta tanto a sus aspectos cuantitativos como cualitativos, puesto que se trata de la herramienta clave para adecuar las causas a la medida propuesta, lo cual exige un esfuerzo por parte del empleador para explicar la relación racional entre las causas y el número y caracterización de los puestos de trabajo que pretenda extinguir.

Por consiguiente, parece claro que los criterios de selección serán decisivos para el control de las causas (STSJ Madrid 25-06-2012 y SAN 26-07-2012), que habrán de relacionarse necesariamente con su adecuación a los contratos de trabajo, que se pretenden extinguir (SAN 15-10-2012, proced. 162/2012 y TSJ Navarra 19-10-2012, rec. 353/2012).

Como anticipamos más arriba, la empresa demandada no aportó al inicio del período de consultas, como le advirtió la DGE, los criterios tenidos en cuenta para designar a los trabajadores afectados por el expediente, contestándose en el escrito de 17-11-2011, que dichos criterios se establecerían en el período de consultas, lo que vulnera frontalmente lo dispuesto en el art. 51.2.e ET, en relación con el art. 8.c RD 801/2011, de 10 de junio, puesto que los criterios de selección constituyen una obligación informativa del empleador, que debe ser objeto de negociación en el período de consultas, que no puede considerarlos a ciegas, como ha sucedido aquí.

Se ha probado finalmente, que en las actas del período de consultas no se convinieron los criterios de selección para despedir a los trabajadores identificados nominativamente, entre los que se encontraba la demandante, limitándose los negociadores, a incorporar un listado de afectados. - Acreditado, por otra parte, que la demandante disfrutaba de jornada reducida en el momento de su despido, lo que supuso que solo trabajara 917 horas en el año 2011, habiéndose probado además que estaba embarazada el 19-02-2012, fecha de su despido, debemos concluir que dichas circunstancias, unidas a la ausencia de criterio alguno de selección, constituyen indicios razonables de que su despido se fundamentó en dichas circunstancias, a tenor con lo dispuesto en los arts. 8 y 13 de la LO 3/2007, de 27 de marzo de igualdad, que protegen de modo especial a las trabajadoras gestantes, siendo exigible, por consiguiente, que el empresario justifique de modo pormenorizado la idoneidad, razonabilidad y proporcionalidad de las trabajadoras embarazadas, lo que debió hacerse al inicio del período de consultas, mediante la correspondiente explicación en los criterios de selección, exigidos por el art. 51.2d ET. - Consecuentemente, correspondía acreditar a los demandados,



que la medida extintiva era idónea, razonable y proporcionada, lo cual era absolutamente factible, bastando con precisar por qué razones su puesto de trabajo había perdido virtualidad económica. - No habiéndose hecho así, puesto que las empresas no alegaron en su momento los criterios de selección de los despedidos nominativamente, ni los concretaron durante la negociación del período de consultas, debemos concluir que la inclusión de la demandante en la extinción colectiva fue discriminatoria por razón de sexo, a tenor con lo dispuesto en el art. 14 ET, en relación con el art. 17 ET y el art. 8 de la LO 3/2007, de 22 de marzo, por lo que declaramos nula su inclusión en la resolución recurrida, que es lo que pide en su demanda, por lo que declaramos su derecho a reincorporarse a su puesto de trabajo, así como al abono de los salarios de tramitación, de conformidad con lo dispuesto en el art. 151.11 LRJS, como viene admitiéndose por la jurisprudencia, por todas STS 6-07-2012, recud. 2719/2011. **SEXTO**. - La empresa demandada nos notificó el 27-06-2013 que ha sido declarada en concurso de acreedores por el Juzgado Mercantil nº 8 de Madrid mediante auto de 10-06-2013. - Dicha circunstancia no afecta a la resolución de un litigio celebrado con anterioridad a la declaración de concurso, pero si puede ser relevante respecto de las consecuencias, que influyan en la tramitación del concurso, que deberán considerarse por el Juez del concurso, por lo que procede notificarle la presente resolución a todos los efectos legales oportunos.

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

FALLAMOS

que, previa desestimación de la excepción de caducidad y estimando la demanda interpuesta por doña Salome contra el MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL, las empresas TRAIN AUTOMATIC SOLUTIONS IN AND OUT SL, Sistemas de Control e Información, SEPSA Electrónica de Potencia SL y Albatros SL y los representantes legales de los trabajadores que figuran en el encabezamiento de la demanda, debemos declarar y declaramos que la inclusión de la actora en la extinción colectiva fue discriminatoria por razón del sexo, y en consecuencia declaramos NULA su inclusión en la Resolución recurrida, y asimismo declaramos su derecho a reincorporarse en su puesto de trabajo, así como al abono de los oportunos salarios de tramitación. Notifíquese esta Resolución al Juez de lo Mercantil nº 8 de Madrid, a los efectos legales oportunos.

Notifíquese la presente sentencia a las partes advirtiéndoles que contra la misma cabe Recurso de Casación ante la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, que podrá prepararse ante esta Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en el plazo de CINCO DÍAS hábiles desde la notificación, pudiendo hacerlo mediante manifestación de la parte o de su Letrado al serle notificada, o mediante escrito presentado en esta Sala dentro del plazo arriba señalado.

Al tiempo de preparar ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional el Recurso de Casación, el recurrente, si no goza del beneficio de Justicia gratuita, deberá acreditar haber hecho el depósito de 600 euros previsto en el art. 229.1.b de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, en la cuenta corriente que la Sala tiene abierta en Banesto, Sucursal de la calle Barquillo 49, con el nº 2419 0000 000226 12. Se advierte, igualmente, a las partes que preparen recurso de casación contra esta resolución judicial, que, según lo previsto en la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, modificada por el RDL 3/13 de 22 de febrero, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, con el escrito de interposición del recurso de casación habrán de presentar justificante de pago de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional a que se refiere dicha norma legal, siempre que no concurra alguna de las causas de exención por razones objetivas o subjetivas a que se refiere la citada norma, tasa que se satisfará mediante autoliquidación según las reglas establecidas por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas en la Orden HAP/2662/2012, de 13 de diciembre.

Llévese testimonio de esta sentencia a los autos originales e incorpórese la misma al libro de sentencias.

Así por nuestra sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.