



Roj: **SAN 3545/2013 - ECLI:ES:AN:2013:3545**

Id Cendoj: **28079240012013100150**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **24/07/2013**

Nº de Recurso: **144/2012**

Nº de Resolución: **150/2013**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **RICARDO BODAS MARTIN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 3545/2013,**
STS 1218/2015

SENTENCIA

Madrid, a veinticuatro de julio de dos mil trece.

La **Sala de lo Social** de la Audiencia Nacional compuesta por los Sres. Magistrados citados al margen y ha dictado la siguiente sentencia

EN NOMBRE DEL REY

SENTENCIA

En el procedimiento 144/12 seguido por demanda de D. Jenaro y DON Olegario (letrada de ambos Doña Sabina Pérez Albalate) contra MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL (Abogado del Estado D. Javier Loriente), D. Jose Manuel , DON Pedro Antonio , LOXAM ALQUILER (letrado D. Juan Antonio de Lanzas Sánchez), DON Calixto (no comparece), DON Ezequiel (no comparece), DON Jacinto (no comparece), DOÑA Eva (no comparece), DON Patricio (no comparece), DON Vidal (no comparece), DOÑA Nieves (no comparece), DON Ángel Daniel (no comparece), DON Braulio (no comparece), DOÑA María Rosa (no comparece), DON Fabio (no comparece) y MINISTERIO FISCAL sobre impugnación de convenio, ha sido Ponente el Ilmo. Sr. D. RICARDO BODAS MARTIN.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Según consta en autos, el día 07-06-2013 se presentó demanda por D. Jenaro y DON Olegario contra MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL, LOXAM ALQUILER, D. Jose Manuel , DON Pedro Antonio , DON Calixto , DON Ezequiel , DON Jacinto , DOÑA Eva , DON Patricio , DON Vidal , DOÑA Nieves , DON Ángel Daniel , DON Braulio , DOÑA María Rosa , DON Fabio y MINISTERIO FISCAL de impugnación de convenio colectivo.

Segundo.- La Sala acordó el registro de la demanda y designó ponente, con cuyo resultado se señaló el día 23-07-2013 para los actos de intento de conciliación y, en su caso, juicio, al tiempo que se accedía a lo solicitado en los otro sí de prueba.

Tercero.- Llegado el día y la hora señalados tuvo lugar la celebración del acto del juicio, previo intento fallido de avenencia, y en el que se practicaron las pruebas con el resultado que aparece recogido en el acta levantada al efecto.

Cuarto.- Dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 97.2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social debe destacarse, que las partes debatieron sobre los extremos siguientes:



DON Jenaro y DON Olegario ratificaron su demanda de impugnación de actos administrativos con la que pretenden dictemos sentencia por la que, estimando la demanda en su totalidad, declaremos la Nulidad del despido colectivo efectuado, y subsidiariamente no ajustada a derecho la decisión extintiva empresarial comunicada a los demandantes, anulándola en su totalidad y declarando el derecho de los trabajadores afectados a reincorporarse a su puesto de trabajo, con las consecuencias legales correspondientes.

Destacaron, a estos efectos, que la empresa LOXAM ALQUILER, SA están encuadrada en un grupo de empresas, denominado LOXAM HOLDING, cuya matriz es LOXAM, SA, quien posee el 99,99 de las acciones de la demandada, pese a lo cual no se aportaron las cuentas consolidadas de la matriz al inicio del período de consultas, aunque fue requerida por la Autoridad Laboral, destacando, a estos efectos, que dicha mercantil obtuvo unos beneficios de 39.779.000 euros en 2011 y de 46.344.000 euros en 2012, acreditando, por consiguiente, la inanidad de la causa económica, alegada por LOXAM ALQUILER, SA, quien está totalmente teledirigida por la matriz.

Denunció, del mismo modo, que LOXAM ALQUILER, SA están tan enfeudada con LOXAM HOLDING, que le paga más intereses que a los propios bancos, que la financian, abonándoles, incluso, gastos por "asesoramiento".

Señaló, por otra parte, que la constitución de la comisión negociadora del ERE no se ajustó a derecho y no se alcanzó acuerdo con representantes de los trabajadores con representación efectiva sobre los trabajadores afectados, puesto que se concedió voto a representantes de centros que no estaban afectados.

Denunció, además, que la empresa demandada vulneró su derecho a la indemnidad, por cuanto intentó que renunciaran a su cláusula de blindaje y de no competencia, suscrita con la empresa REALSA, que fue fusionada por absorción por LOXAM ALQUILER, indicándoles que, si no renunciaban a dichos derechos, se les incluiría en el ERE, lo que sucedió finalmente, siendo revelador que no hubiera listado de afectados hasta que ellos no se pronunciaran sobre la renuncia de sus derechos legítimos.

LOXAM ALQUILER, SA se opuso a la demanda, aunque admitió que está encuadrada en un grupo de empresas mercantil, denominado LOXAM HOLDING, cuya empresa matriz es LOXAM, SA, quien no opera en el mercado español, aunque admitió que se dedica a la misma actividad y que ambas mercantiles tienen saldos acreedores y deudores entre ellas.

Admitió también, que no se aportaron las cuentas consolidadas del grupo al inicio del período de consultas, aunque se aportaron al día siguiente de la primera reunión, cuando se reclamaron por los asesores de CCOO, junto con otros documentos relevantes, que bastaron a los representantes de los trabajadores, quienes no reclamaron más documentación durante el período de consultas.

Negó, por tanto, que hubiere vicio en el consentimiento, puesto que la filial española acreditaba unas pérdidas de 11 MM euros, lo que hace irrelevante que la matriz tuviera beneficios, por cuanto no se trata de un grupo patológico. - Destacó que la existencia de beneficios contribuyó a que se mejorara la indemnización a 30 días por año con un tope de 12 mensualidades, que se aceptó finalmente por los representantes de los trabajadores.

Admitió que los demandantes tenían cláusulas penales en sus contratos de trabajo, que se suscribieron con el tío de uno de ellos justo antes de producirse la adquisición de las acciones de REALSA, que no pueden producir efecto alguno en la actualidad, por cuanto se suscribieron en un momento radicalmente distinto al de hoy día, como revela que tuvieron derecho a una indemnización de 65 días por año con un tope de 42 mensualidades, aunque cesaran voluntariamente.

Admitió que la empresa mantuvo conversaciones con los actores sobre las cláusulas citadas, aunque negó que se les impusiera ninguna medida. - Negó, del mismo modo, que se les incluyera en el ERE por negarse a desistir de las mismas, porque siempre estuvieron entre las categorías afectadas, habiéndose previsto precisamente, entre los criterios de selección, el alto coste de los directivos de la empresa. - La resolución administrativa de 21-05-2012 resalta que los actores no probaron la coacción reiterada.

Sostuvo, por otra parte, que no cabe utilizar ahora pruebas, como las transcripciones de conversaciones con directivos de la empresa, que no se utilizaron en el recurso de alzada.

Mantuvo finalmente, que la negociación se ajustó a derecho, por cuanto fueron los propios representantes de los trabajadores, quienes acordaron incorporar a los centros sin representación, eligiéndose finalmente una comisión de 12 miembros, 8 de los cuales eran representantes unitarios y 4 elegidos ad hoc, aunque admitió que en el centro de Albacete se eligieron dos representantes por razones de agenda, aunque votaron favorablemente los dos. - Defendió, en todo caso, que si se deja sin efecto uno de esos votos, la comisión votó mayoritariamente el acuerdo.

El ABOGADO DEL ESTADO se opuso a la demanda, porque el ERE concluyó con acuerdo y la Autoridad Laboral consideró que no concurría fraude, dolo, coacción o abuso de derecho, por lo que autorizó la medida.



Negó, que concurriera grupo de empresas patológico, por cuanto la carga de la prueba de dicha condición correspondía a los demandantes, quienes no lo probaron de ningún modo. - Advirtió, no obstante, que se aportaron las cuentas consolidadas del grupo al día siguiente del comienzo de las negociaciones, que concluyeron con acuerdo.

Destacó, por otro lado, que los actores no probaron las coacciones denunciadas en su demanda, pese a que les correspondía la carga de la prueba, como se subrayó en la resolución recurrida. - Subrayó finalmente que, si la indemnización entregada a los actores no se ajustó a derecho, deberá hacerse valer en los correspondientes procedimientos individuales.

DON Pedro Antonio se opuso a la demanda y DON Jose Manuel se allanó a la misma, aunque admitió que votó favorablemente al acuerdo. - Los restantes componentes de la comisión negociadora no acudieron al acto del juicio, aunque estaban citados legalmente.

El MINISTERIO FISCAL sostuvo, que no se habían acreditado indicios sólidos de vulneración de derechos fundamentales, salvo que la Sala, tras pormenorizado examen de la prueba, llegara a conclusiones distintas.

Quinto . - Cumpliendo el mandato del art. 85.6 de la Ley 36/2011, de 14 de octubre , se significa que los hechos controvertidos y pacíficos fueron los siguientes:

1-Estamos ante grupo mercantil o patológico.

2-Al inicio del período de consultas la empresa no presentó cuentas consolidadas de la matriz, se le pidió por CCOO, UGT y al día siguiente aportó la empresa la auditoría de Loxam España de 2010, cuentas consolidadas del Holding 2010.

3-Antes de promoverse formalmente el ERE se comentó con los trabajadores que hay actores que eran discutidas las cláusulas si bien no hubo amenazas ni coacciones para que renunciaran de ellas.

4-En la documentación entregada se identifica como por centro de clasificación profesional y en el centro de Valencia se establece un responsable de RRHH y un director financiero, no había otros.

5-En la resolución administrativa se deniega a los actores que se les haya vulnerado su derecho de indemnidad.

6-En el recurso de alzada no se aportaron las transcripciones de las conversaciones de septiembre de 2011 y de diciembre de 2011.

7-Se acordó la negociación desde el primer momento de forma global con los representantes legales de los trabajadores e incluir a trabajadores donde no había representantes hasta el número de 12 miembros.

8-En el recurso de alzada no se planteó grupo patológico.

9-Se aportaron cuentas del grupo.

10-En el centro de Valencia hay 15 trabajadores sobre 98 de la empresa.

Se consideran hechos pacíficos e incontrovertidos los siguientes:

1-La empresa matriz no opera como tal en mercado español.

2-Ambas mercantiles se dedican a la misma actividad y hay cuentas deudoras y acreedoras entre ellas.

3-A requerimiento de CCOO y UGT aportaron el desglose de los conceptos de trabajos realizados por otras empresas.

4-El balance de la situación a fecha de septiembre de 2010 y septiembre de 2011 de Loxam España, relación de antigüedades y edades de los afectados.

5-En período de consultas se pidió incremento de indemnizaciones con causa en que el grupo tenía beneficios.

6-Loxam España tuvo pérdidas de 11 millones de euros aunque tuvo beneficios el grupo.

7-La indemnización final fue de 30 días por año con tope de 12 mensualidades.

8-Las cláusulas penales y de no competencia de los actores se firman con el tío de uno de ellos y antes de venta de la empresa a la empresa francesa.

9-Una de las causas de selección era el alto coste del staff directivo.

10-Finalmente el acuerdo se alcanzó, de los 8 representantes unitarios 5 votaron a favor, 3 ni a favor ni en contra, de los 4 restantes votaron a favor 4 si computamos 2 de Albacete o 3 si se computa uno.

11-No se ha impugnado.



12-Los 8 miembros que votaron a favor forman la mayoría de los trabajadores.

Resultando y así se declaran, los siguientes

HECHOS PROBADOS

PRIMERO. - Los actores han venido prestando sus servicios por cuenta de la empresa codemandada Loxam Alquiler, S.A. dedicada a la actividad de compraventa y alquiler de materiales, herramientas y equipos para la construcción, con la categoría profesional que para cada uno de ellos seguidamente se establecen:

D. Jenaro : Tit Superior, 1-8-1995 y 5.578,75 euros.

D. Olegario : Tit Superior, 8-5-2000 y 5.775.00 euros.

SEGUNDO . - Los actores iniciaron su respectiva prestación de servicios por cuenta de la mercantil Regatas y Alquiler, S.A. a la que sucedió la mercantil Realsa Alquiler, S.A. con efectos del 1-1-2002, cuyas participaciones sociales fueron adquiridas por Loxam Alquiler, S.A. el 22-12-2006, y siendo la misma absorbida por Loxam alquiler, S.A. el 28-4-2008, subrogándose en cada momento las respectivas mercantiles en los derechos laborales de los actores.

TERCERO . - El 21-11-2005 los demandantes suscribieron con la mercantil REALSA ALQUILER, SA un acuerdo modificativo, en el que se convino un régimen específico para la extinción de sus contratos de trabajo en los términos siguientes:

" Régimen extintivo

1.1 En el supuesto que el contrato de trabajo se extinguiera por alguna de las causas contempladas en el art. 49 apartados a), f), i), j), k) y 1) del actual RD 1/1995 de 24 de mayo Estatuto de los Trabajadores el suscribiente percibirá una indemnización de sesenta y cinco días por año de servicio, sin que sea aplicable el límite de las 42 mensualidades. Estas cantidades se percibirán netas por el suscribiente.

1.2 En el supuesto que el contrato de trabajo se extinguiera por alguna de las causas contempladas en el art. 49 apartado e) del actual RD 1/1995 de 24 de mayo Estatuto de los Trabajadores el suscribiente o sus causa habientes percibirá en concepto de mejora voluntaria una indemnización de sesenta y cinco días por año de servicio".

Formalizaron, así mismo, una cláusula de no competencia postcontractual con vigencia de dos años tras la extinción del contrato de trabajo por cualquier causa "siempre que subsista un interés comercial o industrial de la empresa", y en virtud del cual los demandantes se comprometen a no concurrir con la misma, y ésta a abonar a cada uno de ellos un compensación económica neta equivalente al 100% de la retribución fija percibida en los dos años anteriores al cese.

CUARTO . - LOXAM ALQUILER, SA pertenece a un grupo de empresas, denominado LOXAM HOLDING, cuya sociedad dominante es LOXAM, SA, quien está radicada en FRANCIA y controla el 99,99% de las acciones de la filial española. - Ambas empresas se dedican a la misma actividad y tienen saldos acreedores y deudores entre sí.

QUINTO . - El 5-01-2011 la Dirección General de Trabajo, Cooperativismo y Economía Social de la Consejería de Economía, Hacienda y Ocupación de la Generalitat Valenciana dictó resolución, mediante la que autorizó a la empresa LOXAM ALQUILER SA, para suspender las relaciones laborales hasta un máximo de 17 trabajadores de su plantilla, de los cuales 14 pertenecen al centro de trabajo de la empresa de Museros (Valencia) y 3 al centro de trabajo de la empresa de Almazora (Castellón), por un período máximo de once meses.

SEXTO . - Los demandantes mantuvieron varias conversaciones con directivos de la matriz y de la filial española, en la que se les indicó que debían renunciar a las cláusulas contractuales suscritas con REALSA ALQUILER, SA. - En concreto, el 2-11-2011 don Bienvenido , responsable de recursos humanos de la matriz; don Federico , responsable del director general de la filial y don Melchor , director general de la filial mantuvieron una reunión con el señor Jenaro , en la que le ofrecieron, como alternativa a la renuncia antes dicha, el mantenimiento de un año mínimo de empleo en las condiciones disfrutadas hasta entonces, sin que el demandante se manifestara concretamente sobre dicha propuesta. - El 25-11-2011 ambos demandantes se reunieron con el señor Melchor , quien les insistió reiteradamente sobre la renuncia a las cláusulas reiteradas, advirtiéndoles que, si no asumían dicha propuesta, se les incluiría en el ERE, que la empresa pretendía promover.

Los demandantes denunciaron dicha actuación empresarial a la Inspección de Trabajo de la Comunidad Valenciana el 2-12-2011 y el 29-12-2011 a la Inspección de Trabajo dependiente de la DGT, sin que se haya acreditado actuación inspectora alguna.

SÉPTIMO . - El 29-11-2011 la empresa demandada solicitó a la DGT autorización para la extinción de las relaciones laborales de 30 trabajadores sobre una plantilla de 98 trabajadores. La mercantil solicitante cuenta con centros de trabajo distribuidos a lo largo de 5 Comunidades Autónomas (Comunidad de Madrid, Comunidad Valenciana, Castilla La Mancha, Andalucía y Murcia). La solicitud se fundamenta en las causas económicas contempladas en el artículo 51 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores , aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 24 de marzo.

La empresa demandada adjuntó la documentación siguiente:

- Escrito de solicitud de expediente de regulación de empleo.
- Escritura de poderes de representación legal de la empresa en favor de los letrados D. Juan Antonio de Lanzas Sánchez y D. José J. Densa Gosalbo.
- Memoria Explicativa de las causas que motivan el expediente.
- Comunicación del Inicio del periodo de consultas a los trabajadores.
- Petición de Informe a la representación legal de los trabajadores de conformidad con el artículo 64 del Estatuto de los Trabajadores .
- Razonabilidad del número de extinciones y criterios para la designación de los trabajadores afectados, entre los que destaca el alto coste del personal directivo.
- Datos económicos de la mercantil: Cuentas Anuales auditadas del ejercicio 2009, Cuentas Anuales depositadas del ejercicio 2010; Datos de resultados provisionales del ejercicio 2011 a 30 de septiembre de 2011.
- Acta por la que se crea la Comisión Negociadora del Expediente de fecha 25-11-2011.
- Plan de Acompañamiento Social.

El 7-12-2011 la DGT requirió a la empresa demandada para que realizara las subsanaciones siguientes:

- *Actas de elección de los delegados de personal de cada centro de trabajo: Madrid, Valencia, Murcia, Granada, Castellón y Málaga (art. 4 del RD 801/2011 de 10 de junio)*.
- *Actas de elección de los representantes de los trabajadores elegidos ad hoc con motivo del expediente de regulación en aquellos centros donde no existía representación de los mismos, y que según la documentación aportada conforman parte de la Comisión Negociadora del expediente constituida el 25-11-2011 (art. 4 del RD 801/2011 de 10 de junio)*.
- *Documentación económica del ejercicio en curso 2011 (balance de situación, cuenta de pérdidas y ganancias,...) firmada por los administradores o representantes de la empresa, conforme el art. 6.2 del RD 801/2001 de 10 de junio .*

La empresa procedió a realizar las subsanaciones requeridas mediante escrito de 16-12-2011, que obra en autos y se tiene por reproducido.

OCTAVO . - El 25-11-2011 la empresa demandada convocó a todos los representantes de los trabajadores en la empresa, que eran los siguientes:

1. Vidal , Delegado de Personal de Valencia.
2. Nieves , Delegado de Personal de Valencia.
3. Ángel Daniel , Delegado de Personal de Valencia.
4. Patricio , Delegado de Personal de Castellón.
5. Pedro Antonio , Delegado de Personal de Murcia.
6. Braulio , Delegado de Personal de Granada.
7. Fabio , Delegado de Personal de Málaga.
8. Calixto , Delegado de Personal de Madrid.



En la misma reunión acordaron, que se incorporaran a la comisión negociadora doña Eva (trabajadora designada Agencia de Guadalajara); don Jose Manuel , trabajador designado Agencia de Ciudad Real; don Ezequiel y don Jacinto (trabajadores estos dos últimos designados Agencia de Albacete, si bien no se les concedió derecho de voto a ambos, designándose a los dos para que acudieran indistintamente a la comisión).

La comisión se reunió por primera vez el 1-12-2011, donde un asesor de CCOO solicitó se aportase más documentación, entre la que luce las cuentas consolidadas del grupo de empresas aceptándose por la empresa, quien envió al día siguiente la documentación siguiente:

1. Informe de Auditoria Cuentas Anuales 2010.
2. Cuentas consolidadas LOXAM HOLDING. S.A. de 2010.
3. Desglose concepto de las Cuentas de Pérdidas v Ganancias de "Trabajos realizados por otras empresas" y "Servicios Exteriores" (en Hoja Excel con 2 pestañas)
4. Balance de situación Septiembre 2010 / Septiembre 2011 (Depreciación Fondo de Comercio).
5. Relación de edades v antigüedades de trabajadores afectados.

La empresa se comprometió en el mismo correo a presentar los escenarios futuros a la semana siguiente.

NOVENO . - La comisión negociadora se reunió los días 7, 14, 19, 21 y 28-12-2011, sin que se reclamara más información sobre el grupo mercantil por los representantes de los trabajadores. - En las reuniones citadas se cruzaron propuestas y contrapropuestas, centradas esencialmente en los importes indemnizatorios, reiterándose por los representantes de los trabajadores, que las indemnizaciones debían ser igualitarias, para evitar que se desequilibrara como consecuencia de mejoras indemnizatorias para directivos, comprometiéndose la empresa a equiparar las indemnizaciones de todos los trabajadores. - Nadie puso en duda que la empresa dominante había tenido resultados positivos, a diferencia de la filial.

El 28-12-2011 se alcanzó acuerdo, que fue suscrito por todos los representantes unitarios, salvo los tres de Valencia, quienes manifestaron que debían comunicárselo previamente a sus representados, sin que consten actuaciones posteriores por su parte. - Se aprobó también por los cuatro trabajadores elegidos ad hoc. - En el acuerdo citado se convino la extinción de 30 contratos de trabajadores, entre los que se encontraban los demandantes, fijándose una indemnización común para todos ellos de 30 días por año con un tope de 12 mensualidades. - Ningún trabajador de los centros de trabajo de Castellón, Málaga y Salamanca está afectado por el despido.

DÉCIMO . - Obran en autos los informes de las autoridades laborales de Madrid, Andalucía, Valencia y Murcia, que se tienen por reproducidas, al igual que el informe de la Inspección de trabajo.

UNDÉCIMO . - El 30-12-2011 la DGT dictó resolución, mediante la que autorizó a la empresa LOXAM ALQUILER, S.A, S.L. para la extinción de los 30 trabajadores de su plantilla actual de conformidad con lo dispuesto en el acta de acuerdo de 28-12-2011. - En la resolución se significó que las extinciones debían producirse en la fecha en que se notifique la propia resolución, de conformidad con dicho Acta.

DUODÉCIMO . - Interpuesto recurso de alzada por los demandantes fue desestimado por resolución de la Secretaría de Estado del Ministerio de Empleo y Seguridad Social de 21-05-2012.

DÉCIMO TERCERO . - El importe neto de la cifra de negocios de LOXAM ALQUILER, SA pasó de 26.281.188, 78 euros (2008) a 16.530.943, 79 (2009); 13.363.009, 79 euros (2010) y 11.004.865, 47 euros (2011)

Sus ventas de 502.573, 78 euros (2008) a 239.774, 79 euros (2009); 161.199, 75 euros (2010) y 94.336 euros (2011).

Sus resultados de explotación pasaron de -927.439, 70 euros (2008) a - 4.802.617, 27 (2009); - 4.017.516, 64 euros (2010) y - 9.306.561, 63 euros (2011).

El resultado del ejercicio pasó de - 2.063.372, 64 euros (2008) a - 6.860.858, 60 euros (2009); - 4.470.436, 87 euros (2010) y - 9.785.284, 87 euros.

DÉCIMO CUARTO . - La cifra de negocios de LOXAM HOLDING pasó en miles de euros de 847.694 (2008) a 697.642 euros (2009); 702. 468 (2010) y 806.661 (2011).

Sus resultados de explotación de 118.468 euros (2008) a 66.142 euros (2009); 84.626 (2010) y 108.762 (2011).

Sus resultados pasaron de 37114 (2008) a 2809 (2009); 27.329 (2010) y 39.778 (2011).

DÉCIMO QUINTO . - El 17-06-2013 el Juzgado de lo Social nº 2 de Valencia dictó sentencia en sus autos 103/2012, en cuyo fallo dijo lo siguiente:



"con desestimación de la alegada litispendencia y estimando la demanda que da origen a estas actuaciones, debo condenar y condeno a la empresa demandada LOXAM ALQUILER, S.A. a que por los conceptos expresados en la demanda abone a D. Jenaro el importe de 133.89,00 euros más 2.022,60 euros y a D. Olegario el de 136.800 euros más el de 2.022,60 euros, importes que, desde la fecha de presentación de la solicitud de la conciliación previa, devengarán respectivamente, y para cada uno de los actores, el interés legal del dinero y el interés por demora del 10 por cien anual, y absolviendo a LOXAM, S.A. de las pretensiones contenidas en la demanda"

Dicha sentencia ha sido recurrida por la empresa demandada.

DÉCIMO SEXTO . - El señor Jenaro fue despedido con efectos de 4-01-2012 y el señor Olegario el 9-01-2012.

DÉCIMO SÉPTIMO . - Los demandantes han interpuesto demandas por despido, que han correspondido al Juzgado de lo Social nº 9 de Valencia en su procedimiento 110/2012, que se encuentran suspendidos actualmente en espera de la conclusión de las actuaciones ante esta Sala.

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.s de la Ley 36/2011, de 14 de octubre, compete el conocimiento del proceso a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.

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. - Los hechos probados primero, segundo, cuarto, décimo, undécimo, duodécimo, décimo quinto, décimo sexto y décimo séptimo no fueron controvertidos, reputándose conformes, a tenor con lo dispuesto en el art. 87.1 LRJS.

b. - El tercero de la novación contractual citada, que obra como documento 8. a de los demandantes (descripción 66 de autos) que fue reconocida de contrario.

c. - El quinto de la resolución citada, que obra como documento 8 de la demandada (descripción 124 de autos), que fue reconocida de contrario.

d. - El sexto no fue controvertido en lo que se refiere a las conversaciones entre empresa y trabajadores sobre las cláusulas reflejadas en el hecho probado tercero. - Se tiene por probado por el contenido de las grabaciones, cuya transcripción obra como documentos 10 y 11 de los demandantes (descripciones 69 y 70 de autos), que tienen crédito para la Sala, aunque no se reconocieran de contrario, porque se ratificaron por el perito que las transcribió y por las propias manifestaciones del señor Melchor, quien admitió, a preguntas de la Sala, que sus manifestaciones en dichas transcripciones se ajustaban a la realidad, debiendo presumirse, en todo caso, conforme a lo dispuesto en el art. 386 LEC, que el contenido de las conversaciones sobre las cláusulas no podían tener otro objeto que la renuncia de los demandantes, porque si la empresa hubiera querido respetarlas lo habría hecho así, lo que no sucedió, por cuanto les incluyó en el expediente de regulación de empleo con la misma indemnización que los demás afectados, habiéndose probado que los representantes de los trabajadores insistieron durante el período de consultas, que el monto indemnizatorio no debía desequilibrarse con causa a mayores indemnizaciones para los directivos, comprometiéndose a ello la empresa demandada. - Se ha probado, por otra parte, que los demandantes hicieron valer judicialmente la cláusula de no competencia (hecho probado décimo quinto). - Sus denuncias a la Inspección de trabajo obran como documentos 6.a y b y 8.b, c y de los demandantes (descripciones 61, 62 y 67 de autos), que fueron reconocidas de contrario.

e. - El séptimo del expediente administrativo, que fue reconocido de contrario.

f. - El octavo del acta de la reunión mencionada, que obra como 10 de la demandada (descripción 126 de autos), que fue reconocida de contrario. - Por otro lado, el letrado de la empresa admitió que se eligieron dos vocales en Albacete por razones de agenda, aunque solo les correspondía un voto. - El acta de la reunión de 1-12-2011 y el correo electrónico, mediante el que se remitió la documentación relacionada, obran como documentos 11 y 12 de la demandada (descripciones 127 y 128 de autos), que fueron reconocidas de contrario.

g. - El noveno de las actas citadas, que obran como documento 11 del expediente administrativo. - La lectura del acta de 28-12-2011, en la que se alcanzó finalmente acuerdo se suscribió por todos los representantes unitarios, salvo los valencianos, quienes reservaron su decisión a la consulta con sus compañeros y que votaron los dos delegados de Albacete.



- h. - El décimo tercero de las cuentas auditadas de la empresa demandada, que obran como documentos 1.1.c a e de la demandada (descripciones 80 a 82 de autos), que fueron reconocidas de contrario.
- i. - El décimo cuarto de las cuentas auditadas del holding, que obran como documento 1.2 de la demandada (descripción 83 de autos), que se dan por buenos, aunque estén redactadas en francés, porque se reconocieron por la contraparte.

TERCERO . - La juridificación y normalización de la empresa, especialmente las empresas de estructura compleja, como son los grupos de empresa, es una de las tareas más arduas para la ciencia jurídica, como viene defendiendo la mejor doctrina (Monereo Pérez). - En efecto, el grupo de empresas se configura como un agrupamiento de empresas jurídicamente distintas, pero sujetas a una dirección unitaria, que permite identificar un fenómeno de centralización efectiva de las decisiones en la empresa dominante, que se ejecutan de modo descentralizado y flexible por las demás empresas del grupo.

El grupo de empresas, llamado también empresa de grupo, porque realza el fenómeno de una unidad empresarial con pluralidad de empresarios, no ha sido integrado de modo unitario en nuestro ordenamiento jurídico, puesto que no le ha otorgado un régimen jurídico mínimamente homogéneo. - Es así, aunque el art. 42 del Código de Comercio defina la concurrencia de grupo de empresas cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control sobre otra u otras, de modo similar a la definición, contenida en el art. 2.1.b de la Directiva 2009/1992, de 30 de junio, que describe funcionalmente al grupo de empresas como aquel complejo empresarial grupal o asociativo formado por una "empresa que ejerce control y las empresas controladas", por cuanto no existe hasta el presente un régimen jurídico capaz de institucionalizar de modo unitario a la empresa con estructura de grupo.

De hecho, la jurisprudencia laboral, al estudiar los grupos de empresa en las relaciones laborales, se ha centrado esencialmente en deslindar las fronteras entre los grupos de empresa mercantiles no patológicos, en cuyo caso cada empresa del grupo responde diferenciadamente de sus responsabilidades y los grupos de empresa laborales o patológicos, relacionados con la concurrencia de fraude de ley, cuyas empresas responden solidariamente de las responsabilidades asumidas formalmente por cualquiera de ellas, al entenderse que el empresario real es el grupo en su conjunto. - Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 22-10-2012, rec. 351/2012, ha sintetizado las diferencias entre una y otra modalidad de grupos de empresa, del modo siguiente:

"La cuestión ha sido abordada por esta Sala en numerosas sentencias en las que viene manteniendo una constante doctrina. Así, en la sentencia de 8 de junio de 2005, recurso 150/04 EDJ2005/108948, establece: "En el marco de la responsabilidad compartida por los integrantes del grupo, en la aludida sentencia, en la de 21 de diciembre de 2000 (recurso 4383/99) EDJ2000/55084 y otras posteriores, hemos declarado que para extender la responsabilidad no basta la concurrencia de que dos o más empresas pertenezcan al mismo grupo, para derivar de ello, sin más, una responsabilidad solidaria, sino que es necesaria la concurrencia de otros elementos adicionales, como la confusión de plantillas; la confusión de patrimonios sociales; la apariencia externa de unidad empresarial y la dirección unitaria de varias entidades empresariales; por consiguiente, los componentes del grupo tienen, en principio un ámbito de responsabilidad propio, como personas jurídicas independientes que son.

En síntesis, la unidad real del grupo como ente empresarial único requiere: unidad de actividades; trasvase de fondos y cesiones inmobiliarias; movilidad de los trabajadores en el seno del grupo; estrategia unificadora y prestaciones laborales indiferenciadas, es decir, que los trabajadores realicen su prestación de modo simultáneo e indiferenciado en varias sociedades del grupo".

Por su parte la sentencia de 3 de noviembre de 2005, recurso 3400/04 EDJ2005/230448 señala: "Es doctrina jurisprudencial reiterada de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo que el grupo de empresas a efectos laborales no es un concepto de extensión equivalente al grupo de sociedades del Derecho Mercantil. El reconocimiento del grupo de empresas en el ordenamiento laboral, cuyos efectos se manifiestan sobre todo en la comunicación de responsabilidades entre las empresas del grupo, exige la presencia de una serie de factores atinentes a la organización de trabajo; y estos factores, sistematizados en la sentencia de 3 de mayo de 1990 EDJ1990/4657 y en otras varias posteriores como la de 29 de mayo de 1995 EDJ1995/3429, la de 26 de enero de 1998 EDJ1998/680 y la de 26 de diciembre de 2001 EDJ2001/80499, configuran un campo de aplicación normalmente más restringido que el del grupo de sociedades. En concreto, estos factores específicos del grupo de empresas en el ordenamiento laboral consisten en la existencia de un funcionamiento integrado de la organización de trabajo, o en la prestación de trabajo indistinta o común a las empresas del grupo, o en la búsqueda artificiosa de dispersión o elusión de responsabilidades laborales.

En consecuencia, de acuerdo con la propia doctrina jurisprudencial, la mera presencia de administradores o accionistas comunes (STS 21-12-2000, rec. 4383/1999 ; STS 26-12-2001, rec. 139/2001), o de una dirección



comercial común (STS 30-4- 1999, rec. 4003/1998 EDJ1999/13962), o de sociedades participadas entre sí (STS 20-1-2003, rec. 1524/2002 EDJ2003/258244) no es bastante para el reconocimiento del grupo de empresas a efectos laborales. Esta doctrina ha sido reiterada últimamente en la sentencia de 8 de junio de 2005 EDJ2005/108948 ".

Parece claro, por tanto, que los grupos de empresa mercantiles no responden de las obligaciones de sus empresas partícipes, aunque las mismas se originen completamente en decisiones tomadas por la empresa dominante (TSJ Murcia 22-10-2012, rec. 896/2011 ; TSJ Galicia 21-11-2012, rec. 22/2012 ; SAN 11-03-2013, proced. 381/2012 ; SAN 20-03-2013, proced. 19/2013 ; SAN 25-02-2013, proced. 19/2013 y SAN 20-03-2013, proced. 219/2012). - Por el contrario, los grupos de empresa a efectos laborales o patológicos responden solidariamente de las responsabilidades de cada una de las empresas del grupo, porque el empresario real es la empresa en su conjunto (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). - La jurisprudencia del TS ha mantenido los criterios de fuerza antes dichos en STS 20-03-2013, rec. 81/2012 , donde se enjuició a un grupo patológico y en STS 27-05-2013, rec. 78/2012 , donde se enjuicio a un grupo mercantil, absolviéndose a las empresas del grupo, que no eran empleadoras de los demandantes.

Los demandantes denuncian en su demanda, que el grupo mercantil, en el que se encuadra LOXAM ALQUILER, SA, es un grupo patológico, aunque no subrayaron dicho extremo en la ratificación de la demanda, como hicieron ver todos los demandados, lo que no deja de ser significativo. - Lo es, porque la carga de la prueba de las notas, exigidas por la jurisprudencia, para considerar que un grupo de empresas es patológico, correspondía a los demandantes, de conformidad con lo dispuesto en el art. 217.2 LEC , sin que probaran nada más que el control societario de LOXAM, SA sobre LOXAM ALQUILER, SA, así como la dirección y control de la primera sobre la segunda, pero no acreditaron la concurrencia de confusión patrimonial, ni tampoco la rotación de trabajadores entre las empresas del grupo, que son las notas dominantes, exigidas por la jurisprudencia, por todas STS 27-05-2013, rec. 78/2012 , para considerar que el grupo lo es a efectos laborales, por lo que descartada dicha posibilidad, debemos concluir que LOXAM HOLDING es un grupo mercantil a todos los efectos.

CUARTO . - Los demandantes defendieron, en segundo lugar, que el período de consultas no se ajustó a derecho, porque la empresa demandada no aportó las cuentas consolidadas de la sociedad dominante, aunque forma parte de un grupo de empresas con obligación de consolidar, admitiéndose por los demandados que esto sucedió efectivamente, porque la empresa no tenía claro si estaba obligada o no a aportar las cuentas consolidadas de su matriz. - Subrayó, no obstante, que las aportó el 2-12-2012, al día siguiente de que se le solicitara por los representantes de los trabajadores, quienes dispusieron de dicha información durante el período de consultas, donde no se solicitó más información sobre las cuentas del grupo, alcanzándose finalmente un acuerdo con la mayoría de la comisión negociadora.

El art. 6.4 RD 801/2011, de 10 de junio , vigente en el momento de iniciarse el expediente de despido colectivo, decía textualmente lo siguiente:

" Cuando la empresa solicitante forme parte de un grupo de empresas, con obligación de formular cuentas consolidadas, deberán acompañarse las cuentas anuales e informe de gestión consolidados de la sociedad dominante del grupo debidamente auditadas, en el caso de empresas obligadas a realizar auditorias, durante el período señalado en el apartado 2, siempre que en el grupo existan empresas que realicen la misma actividad o pertenezcan al mismo sector de actividad y que existan saldos deudores o acreedores de la empresa solicitante con cualquier empresa del grupo. Si no existiera obligación de formular cuentas consolidadas, además de la documentación económica de la empresa solicitante a que se ha hecho referencia, deberán acompañarse las de las demás empresas del grupo debidamente auditadas, en el caso de empresas obligadas a realizar auditorias, siempre que dichas empresas tengan su domicilio social en España, tengan la misma actividad que la solicitante o pertenezcan al mismo sector de actividad y tengan saldos deudores o acreedores con la empresa solicitante".

El despido colectivo no es una potestad soberana del empresario, quien está obligado, cuando tenga la intención de efectuar un despido colectivo, a consultar previamente, en tiempo hábil, con los representantes de los trabajadores con vistas a llegar a un acuerdo (art. 2.1 Dir. 98/59/CEE). - El período de consultas se constituye, de este modo, en una manifestación específica de la negociación colectiva, que debe versar necesariamente, al tratarse de objetivos mínimos, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento destinadas, en especial, a la ayuda para la readaptación o la reconversión de los trabajadores despedidos (art. 2.2 Directiva). - Así pues, estamos ante una negociación finalista, que obliga por igual a empresarios y a los representantes de los trabajadores, quienes deben procurar alcanzar efectivamente los objetivos propuestos mediante la negociación de buena fe (STJCE 16-07- 2009, TJCE 2009\237).



Se trata, por tanto, de una negociación colectiva compleja, que exige al empleador proporcionar a los representantes de los trabajadores toda la información pertinente para que el período de consultas pueda alcanzar sus fines. - Se entiende por información pertinente, a tenor con el art. 2.3 Directiva la que permita que los representantes de los trabajadores puedan hacerse cabalmente una composición de lugar, que les permita formular propuestas constructivas en tiempo hábil (STJCE 10-09-2009 , TJCE 2009\263). - Dicha información no puede eludirse, siquiera, aunque la empresa esté en proceso de liquidación (STJCE 3- 03-2011, EDJ 2011/8346). - Tampoco es eludible cuando la decisión ha sido tomada por la empresa dominante (art. 2.4 Directiva y art. 51.8 ET), lo cual obligará efectivamente a acreditar que concurre una sociedad dominante, cuya carga probatoria corresponderá a quien lo denuncie (STSJ Cataluña 15-10-2012, proced. 32/2012).

La obligación empresarial de proporcionar información pertinente a los representantes de los trabajadores se cumple, tal y como dispone el art. 64.1 ET , cuando se efectúa la transmisión de los datos necesarios para que la representación de los trabajadores tenga conocimiento preciso de una cuestión determinada y pueda proceder a su examen, sin que los trabajadores puedan imponer la aportación de cualquier documentación, salvo que acrediten su relevancia para la negociación del período de consultas (SAN 1-04-2013, proced. 17/2013 y 4-04-2013, proced. 63/2013). - Dicha información habrá de versar necesariamente sobre las causas, alegadas por el empresario, así como sobre su adecuación a las medidas propuestas (SAN 21-11-2012, proced. 167/2012). - Si no se hiciera así, si la información aportada no permitiera alcanzar razonablemente los fines perseguidos por el período de consultas, la consecuencia sería la nulidad de la medida, a tenor con lo dispuesto en el art. 124.11 LRJS (STS 30-06-2011 ; 18-01-2012 y 23-04-2012 y SAN 7-12-2012, proced. 243/2012 y 19-12-2012, proced. 251/2012)

Así pues, debemos despejar, a continuación, si la aportación de las cuentas anuales e informe de gestión consolidados de la sociedad dominante del grupo debidamente auditadas, en el caso de empresas obligadas a realizar auditorias, durante el período de consultas, cuando la empresa afectada pertenezca a un grupo mercantil, cuyas empresas realicen la misma actividad o pertenezcan al mismo sector de actividad y que existan saldos deudores o acreedores de la empresa solicitante con cualquier empresa del grupo, constituye información pertinente, a lo que anticipamos desde ahora una respuesta positiva. - La respuesta ha de ser necesariamente positiva, puesto que es el único modo viable para que los representantes de los trabajadores puedan controlar de manera adecuada si las operaciones y transferencias entre su empresa y las demás empresas del grupo se ajustaron a derecho o, por el contrario, se provocó fraudulentamente la situación económica negativa en la empresa filial.

Ahora bien, no todos los grupos de empresa están obligados a consolidar cuentas, tal y como prevé el art. 43 del Código de Comercio , que dice lo siguiente:

"No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, las sociedades en él mencionadas no estarán obligadas a efectuar la consolidación, si se cumple alguna de las situaciones siguientes:

1ª Cuando en la fecha de cierre del ejercicio de la sociedad obligada a consolidar el conjunto de las sociedades no sobrepase, en sus últimas cuentas anuales, dos de los límites señalados en la Ley de Sociedades Anónimas para la formulación de cuenta de pérdidas y ganancias abreviada, salvo que alguna de las sociedades del grupo haya emitido valores admitidos a negociación en un mercado regulado de cualquier Estado miembro de la Unión Europea.

2ª Cuando la sociedad obligada a consolidar sometida a la legislación española sea al mismo tiempo dependiente de otra que se rija por dicha legislación o por la de otro Estado miembro de la Unión Europea, si esta última sociedad posee el 50 por ciento o más de las participaciones sociales de aquéllas y, los accionistas o socios que posean, al menos, el 10 por ciento no hayan solicitado la formulación de cuentas consolidadas 6 meses antes del cierre del ejercicio. En todo caso será preciso que se cumplan los requisitos siguientes:

a) Que la sociedad dispensada de formalizar la consolidación, así como todas las sociedades que debiera incluir en la consolidación, se consoliden en las cuentas de un grupo mayor, cuya sociedad dominante esté sometida a la legislación de un Estado miembro de la Unión Europea.

b) Que la sociedad dispensada de formalizar la consolidación indique en sus cuentas la mención de estar exenta de la obligación de establecer las cuentas consolidadas, el grupo al que pertenece, la razón social y el domicilio de la sociedad dominante.

c) Que las cuentas consolidadas de la sociedad dominante, así como el informe de gestión y el informe de los auditores, se depositen en el Registro Mercantil, traducidos a alguna de las lenguas oficiales de la Comunidad Autónoma, donde tenga su domicilio la sociedad dispensada.

d) Que la sociedad dispensada de formalizar la consolidación no haya emitido valores admitidos a negociación en un mercado regulado de cualquier Estado miembro de la Unión Europea" .



Por consiguiente, cuando concurren los requisitos citados más arriba, corresponderá a las empresas alegar y probar la concurrencia de los mismos, por cuanto la obligación exigida en el art. 6.4 RD 801/2011, de 10 de junio, es absolutamente inequívoca y debe cumplirse en sus propios términos, salvo que no sea exigible la consolidación de cuentas.

Así pues, probado que LOXAM ALQUILER, SA consolida cuentas con LOXAM, SA, se hace evidente que la empresa demandada incumplió lo mandado por el art. 6.4 RD 801/2011, de 10 de junio, al probarse que no aportó las cuentas consolidadas del grupo al iniciarse el período de consultas. - Sin embargo, dicho incumplimiento no comporta, a nuestro juicio, la nulidad de las resoluciones recurridas, por cuanto se ha probado que el 2-12-2011, al día siguiente de iniciarse el período de consultas, se aportaron las cuentas consolidadas de 2010, que eran las que disponía la empresa en ese momento, sin que se reclamara por los representantes de los trabajadores la aportación de otras informaciones relacionadas con la empresa dominante. - Se ha demostrado, por otra parte, que la empresa demandada no negó nunca, que la empresa dominante tuviera beneficios, habiéndose demostrado, por el contrario, que dicha circunstancia fue tenida en cuenta para mejorar el monto de las indemnizaciones, por lo que se valoró cumplidamente en el período de consultas, que concluyó con acuerdo, tal y como anticipamos más arriba.

Por consiguiente, aunque la aportación de las cuentas consolidadas de la matriz era información pertinente, puesto que era decisiva para que el período de consultas alcanzase sus fines, al haberse probado que se dispuso de la misma desde el día siguiente al inicio del período de consultas por los representantes de los trabajadores, quienes la ponderaron en dicho período, concluido con éxito, debemos descartar que el período de consultas se realizara en fraude de ley, como denuncian los actores, entendiéndose, por el contrario, que los representantes de los trabajadores dispusieron de la documentación pertinente, que les permitió alcanzar el acuerdo durante el período de consultas.

QUINTO . - Los demandantes denunciaron, por otra parte, que la comisión negociadora del período de consultas no se constituyó con arreglo a derecho y subrayaron, en cualquier caso, que el acuerdo ni se suscribió por la mayoría de sus componentes, ni los firmantes representaban a la mayoría de los trabajadores afectados, puesto que votaron representantes de centros de trabajo no afectados por el despido colectivo.

El art. 11.2 RD 801/2011, de 10 de junio, que regula la composición de la comisión negociadora del período de consultas, dice textualmente lo siguiente:

"Las comisiones negociadoras de los procedimientos de regulación de empleo deberán establecer en su acta de constitución que se constituyen como órgano colegiado en cuanto a la formación de su voluntad y el carácter vinculante de sus decisiones. Estas decisiones se adoptarán por mayoría de los miembros de la comisión negociadora que, en su conjunto, representen a la mayoría de los trabajadores del centro o centros de trabajo afectados por el expediente.

Cuando el expediente de regulación de empleo afecte a varios centros de trabajo deberá concretarse, según lo dispuesto en el art. 8, d), la forma de negociación, global o por centros de trabajo. En caso de realizarse la negociación por centros de trabajo, se adoptará, para cada centro, la decisión que vote la mayoría de los miembros de la comisión correspondiente.

En el supuesto en que la comisión negociadora esté integrada por representantes de varios centros de trabajo, para la atribución de la mayoría a esa comisión a los efectos de lo señalado en el párrafo primero, se aplicará lo que decida la propia comisión negociadora. En el caso de no existir una decisión al respecto, será considerado el porcentaje de representación que tenga, en cada caso, cada uno de sus integrantes.

Las consultas realizadas con las representaciones de los trabajadores y la posición de las partes interesadas en las mismas deberán reflejarse en una o más actas y, en todo caso, en un acta final comprensiva del contenido de las negociaciones mantenidas, con reseña suficiente de la documentación y de los informes que hubieran sido examinados".

Sin embargo, el art. 51.2 ET predica el derecho a negociar el período de consultas para los representantes de los trabajadores de la empresa, salvo que las secciones sindicales, que tengan la representación mayoritaria en los comités de empresa o entre los delegados de personal, decidan constituirse en interlocutores de la empresa durante la negociación del período de consultas. - Dichas alternativas legales, que priman naturalmente sobre la regulación reglamentaria, permiten concluir que los representantes legales de los trabajadores en la empresa, fuere cual fuere su implantación en los centros de trabajo afectados, o las secciones sindicales mayoritarias en la empresa, fuere cual fuere su implantación en la empresa, están legitimadas para negociar el período de consultas.

Ahora bien, puede darse el caso, especialmente en empresas complejas, que los representantes de los trabajadores quieran reforzar su representatividad, promoviendo la presencia de representantes elegidos ad



hoc en los centros de trabajo en los que no haya representación legal de los trabajadores, aunque dicha opción no está contemplada en el art. 51.2 ET , que solo contempla dos opciones: cuando hay representantes de los trabajadores en la empresa o cuando no hay representantes de los trabajadores en la empresa. - La Sala ha admitido, no obstante, la constitución de comisiones híbridas, formadas por representantes unitarios y representantes ad hoc, siempre que concurren dos requisitos: a). - Que se haya pactado así entre la empresa y los representantes legales de los trabajadores, que son sus únicos interlocutores legales y b). - Que se pondere el voto, de manera que los representantes legales y los representantes ad hoc tengan los votos de los trabajadores que representen efectivamente, por todas SAN 28-09-2012, proced. 106/2012 . - Por el contrario, hemos considerado inviable la constitución de comisiones híbridas, compuestas por secciones sindicales, representantes unitarios y comisiones ad hoc, porque las secciones sindicales mayoritarias representan por definición a todos los trabajadores de la empresa, lo que hace inviable la existencia de representaciones paralelas, ya sean unitarias o ad hoc (SAN 26-04-2013, proced. 76/2013).

La lectura del hecho probado octavo nos permite concluir que la empresa y los representantes de los trabajadores pactaron la constitución de una comisión híbrida, pero no ponderaron el voto de sus componentes, llegando, incluso, a elegir dos representantes del centro de Albacete, quienes votaron finalmente el acuerdo, sin que pueda discernirse el número de trabajadores, que representaba cada quien. - Pese a ello, consideramos también que dicha irregularidad no tiene entidad suficiente como para anular las resoluciones recurridas, por cuanto la comisión negociadora estaba constituida legalmente por los ocho representantes legales de los trabajadores, quienes estaban legitimados para negociar como tales el período de consultas, con independencia de que alguno de los centros, que representaban, no estuvieran afectados por el despido, por cuanto el art. 51.2 ET deja perfectamente claro que están legitimados para negociar los representantes de los trabajadores de la empresa, no refiriéndose nunca a representantes de los centros de trabajo afectados, por lo que la adición de los representantes ad hoc constituyó una medida artificiosa, que no resta legitimidad a los representantes legales de los trabajadores, por cuanto la intención de la empresa y de los representantes legales fue siempre reforzar su legitimación, aunque no lo hicieran adecuadamente, puesto que nunca se determinó la ponderación de los votos de ninguno de los componentes de la comisión negociadora.

Por consiguiente, probado que votaron a favor del acuerdo cinco de los ocho representantes legales de los trabajadores, concluimos que el acuerdo se ajustó a derecho, puesto que se suscribió por la mayoría de los legitimados legalmente para negociar el período de consultas. - Dicha conclusión se ve reforzada, además, porque los representantes ad hoc votaron también a favor de la medida, aunque se desconozca la representatividad efectiva de cada uno de ellos y se probara que los dos representantes de Albacete votaron también, puesto que ambas irregularidades no empañan que los representantes elegidos ad hoc de todos los centros sin representantes votaran a favor, asegurando, de este modo, un acuerdo democrático, puesto que los únicos representantes que no votaron a favor ni en contra fueron los tres representantes de los centros de la Comunidad Valenciana, que representan indudablemente una minoría de los trabajadores de la empresa.

SEXTO . - La garantía de indemnidad, asegurada por el art. 24 CE , ha sido estudiada por la doctrina constitucional, por todas STC 6/2011 , EDJ 2011/10223, en los términos siguientes:

"Como hemos reiterado en numerosas ocasiones, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva no sólo se produce por irregularidades acaecidas dentro del proceso que ocasionen privación de garantías procesales, sino que tal derecho puede verse lesionado igualmente cuando su ejercicio, o la realización por el trabajador de actos preparatorios o previos necesarios para el ejercicio de una acción judicial, produzca como consecuencia una conducta de represalia por parte del empresario. Por tal razón hemos dicho que el derecho consagrado en el artículo 24.1 CE no sólo se satisface mediante la actuación de los Jueces y Tribunales, sino también a través de la garantía de indemnidad, lo cual significa que del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos al mismo no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza (entre las más recientes, recogiendo anterior doctrina, SSTC 55/2004, de 19 de abril , FJ 2 EDJ2004/23384 ; 87/2004, de 10 de mayo , FJ 2 EDJ2004/25771 ; 38/2005, de 28 de febrero , FJ 3 EDJ2005/11555 ; 144/2005, de 6 de junio, FJ 3 EDJ2005/67809 ; y 125/2008, de 20 de octubre , FJ 3 EDJ2008/196679).

En el campo de las relaciones laborales la garantía de indemnidad se traduce, en primer lugar, en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos (SSTC 14/1993, de 18 de enero , FJ 2 EDJ1993/181 ; 38/2005, de 28 de febrero, FJ 3 EDJ2005/11555 ; y 138/2006, de 8 de mayo , FJ 5 EDJ2006/80231), de donde se sigue la consecuencia de que una actuación empresarial motivada por el hecho de haber ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos de los que el trabajador se creía asistido debe ser calificada como radicalmente nula por contraria a ese mismo derecho fundamental, ya que entre los derechos laborales básicos de todo trabajador se encuentra el de ejercitar



individualmente las acciones derivadas de su contrato de trabajo [artículo 24.1 CE EDL1978/3879 y artículo 4.2 g) del Estatuto de los trabajadores EDL1995/13475].

Es preciso aclarar, sin embargo, que dicha tutela, característica de la garantía de indemnidad, consistente en la prohibición constitucional de represalias como las descritas, no agota la cobertura de esa vertiente del derecho fundamental. En efecto, además de las decisiones empresariales que vengan perfiladas por un ánimo o motivación de reacción contra el ejercicio previo del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, actúa asimismo la tutela cuando, aun no existiendo dicho propósito, concurre un perjuicio que quede objetiva y causalmente vinculado al mismo. Y es que, como hemos dicho, en el caso concreto en relación con el derecho a la huelga, no resulta admisible que se niegue "la vulneración del derecho fundamental alegado sobre la base de la falta de intencionalidad lesiva del sujeto infractor, pues, como hemos declarado en anteriores ocasiones, la vulneración de derechos fundamentales no queda supeditada a la concurrencia de dolo o culpa en la conducta del sujeto activo; esto es, a la indagación de factores psicológicos y subjetivos de arduo control. Este elemento intencional es irrelevante, bastando constatar la presencia de un nexo de causalidad adecuado entre el comportamiento antijurídico y el resultado prohibido por la norma (SSTC 11/1998, de 13 de enero , FJ 6 EDJ1998/11 ; 124/1998, de 15 de junio , FJ 2 EDJ1998/6495 ; 126/1998, de 15 de junio , FJ 2 EDJ1998/6502 ; 225/2001, de 26 de noviembre, FJ 4 EDJ2001/53273 ; y 66/2002, de 21 de marzo , FJ 3 EDJ2002/4815)." (STC 80/2005, de 4 de abril , FJ 5 EDJ2005/37140).

En esta segunda hipótesis será preciso, para considerar afectado el derecho fundamental, que concurren dos elementos, a saber: la conexión causal de la medida empresarial y el ejercicio del derecho de referencia y la existencia de un perjuicio laboral para quien lo ejercitó. En otras palabras, habrá también lesión si, por razón exclusiva del ejercicio del derecho, se causa un perjuicio efectivo y constatable en el patrimonio jurídico del trabajador.

En suma, el artículo 24.1 CE EDL1978/3879 en su vertiente de garantía de indemnidad resultará lesionado tanto si se acredita una reacción o represalia frente al ejercicio previo del mismo, como si se constata un perjuicio derivado y causalmente conectado, incluso si no concurre intencionalidad lesiva.

Por tanto, como la vulneración del artículo 24.1 CE EDL1978/3879 puede producirse en ese doble plano (lesiones intencionales y lesiones objetivas contrarias a la garantía de indemnidad) el análisis que a tal efecto corresponde efectuar a los órganos judiciales no puede situarse exclusivamente en el primer ámbito (voluntad de represalia) pues, de quedar descartada la lesión desde ese prisma, será preciso adicionalmente ponderar y valorar el derecho fundamental en juego examinando si se ha causado un daño al patrimonio jurídico del trabajador, aunque no se aprecie ánimo lesivo".

Los demandantes denuncian que la inclusión en ERE trae causa en su negativa a renunciar a las cláusulas referidas en el hecho probado tercero, oponiéndose los demandados, quienes defendieron, por una parte, que los demandantes no habían probado dicho extremo y discutieron, además, que fuera posible debatir sobre la vulneración de sus derechos fundamentales en el proceso de impugnación de actos administrativos, ya que debían reclamarlo en los correspondientes procesos individuales de despido, que penden actualmente ante el Juzgado de lo Social nº 9 de Valencia. - Sostuvieron finalmente que no podían aportarse en el procedimiento pruebas, que no se aportaron en el expediente administrativo.

La Sala no comparte que los demandantes no puedan impugnar por el procedimiento, regulado en el art. 151 LRJS , la nulidad de sus despidos por vulneración de sus derechos fundamentales, por cuanto el art. 151.11 LRJS deja perfectamente claro que, de dejarse sin efecto la resolución administrativa por apreciarse vulneración de derechos fundamentales o libertades públicas, los trabajadores tendrán derecho a la inmediata readmisión y al abono de los salarios dejados de percibir y podrán, en su caso, instar la ejecución conforme a los arts. 282 y siguientes de esta Ley , lo que hace absolutamente inútiles los procedimientos individuales por despido. - Parece claro, por tanto, que los actores, incluidos en el listado de afectados por las resoluciones recurridas y despedidos con base a las mismas (hecho probado décimo sexto), tienen pleno derecho a reclamar la nulidad por vulneración de sus derechos fundamentales por este procedimiento y de estimarse su demanda, se produciría la consecuencia antes dicha, si bien parcialmente, es decir, obtendrían la nulidad de su inclusión en el ERE, por cuanto la lesión de su derecho a la indemnidad, de concurrir, les afectaría exclusivamente a ellos, puesto que nadie más ha impugnado el ERE por dicha causa, ni por ninguna otra.

No compartimos tampoco, que los demandantes no puedan practicar pruebas en el proceso judicial, para acreditar los hechos constitutivos de su pretensión, porque no las aportaron en el recurso de alzada, porque si lo hiciéramos así, vulneraríamos su derecho a la tutela judicial efectiva, garantizada por el art. 24 CE , en relación con lo dispuesto en el art. 87 LRJS . - Debe destacarse, en cualquier caso, que los demandantes denunciaron la vulneración de su derecho a la indemnidad en el recurso de alzada, así como las represalias empresariales por negarse a renunciar a las cláusulas referidas en el hecho probado tercero, habiéndose



probado que denunciaron primero ante la Inspección de Trabajo de Valencia y posteriormente en Madrid, lo que había sucedido, sin que se produjera ninguna actuación inspectora al respecto, siendo llamativa dicha inactividad, a nuestro juicio, puesto que en el parco informe de la Inspección de trabajo (documento 13 del expediente administrativo) no se menciona absolutamente nada al respecto, lo que dio pie a que la Secretaría de Estado manifestara paladinamente que los demandantes no habían probado dichas denuncias.

La Sala ha reflexionado si puede vulnerarse el derecho a la indemnidad, no solo si se producen represalias por el ejercicio de un derecho por parte de los trabajadores, lo que comporta normalmente actos positivos por su parte, sino también si se producen represalias cuando los trabajadores se niegan a renunciar a derechos, cuyo ejercicio no exige propiamente actuaciones concretas por parte del trabajador, por cuanto su finalidad es precisamente protegerles frente a determinadas medidas por parte del empresario y nuestra conclusión es positiva. - En efecto, la finalidad de las cláusulas penales (hecho tercero de la demanda) consiste en sobreproteger a los trabajadores frente a medidas extintivas decididas por el empleador, por lo que el ejercicio del derecho no exige actuaciones positivas por parte del trabajador, quien se limitará, cuando se produzca el hecho causante, protegido precisamente por la cláusula penal, a hacerla valer ante los tribunales. - Por consiguiente, si se acredita que la empresa exige al trabajador, que renuncie a la cláusula penal y le advierte que, si no se produce dicha renuncia, le incluirá en el expediente de regulación de empleo y cumple su amenaza, se está vulnerando el derecho de indemnidad del trabajador, porque se ha vaciado de contenido la función protectora de la cláusula penal, siendo irrelevante, a nuestro juicio, que no se produzca la denuncia ante la Inspección de Trabajo hasta el día siguiente del inicio del período de consultas, porque en ese momento ya se había consumado la amenaza empresarial.

Como anticipamos más arriba (hecho probado sexto), la empresa presionó a los demandantes mucho antes de que se promoviera el ERE para que renunciaran a las cláusulas descritas en el hecho probado tercero. - Se ha probado, por otra parte, que el 2-11-2011 los responsables de la empresa dominante y de su filial ofrecieron a los demandantes que, si renunciaban a las cláusulas reiteradas, les garantizaban un año de trabajo en las mismas condiciones existentes, lo cual descarta por si mismo que sus contratos de trabajo hubieran perdido funcionalidad económica, que es el requisito constitutivo para su extinción por causas económicas, por todas STS 21-11-2012, proced. 142/2012. - Se ha probado, del mismo modo, que el 25-11-2011, días antes de la presentación del ERE, el director general de LOXAM ALQUILER, SA les dio a elegir entre dos alternativas: renuncia a las cláusulas o inclusión en el ERE. - Dicha alternativa refuerza nuevamente la convicción de que su inclusión en el ERE no estaba causada propiamente en la pérdida de funcionalidad económica de sus contratos, ni que se les incluyera en el ERE, porque sus costes salariales eran muy elevados, puesto que la empresa les aseguraba un año de contrato en las mismas condiciones, sino para que renunciaran a las cláusulas controvertidas, que eran precisamente su escudo protector para dificultar la extinción de sus contratos de trabajo y consiguientemente su garantía de defensa judicial frente a dichas medidas empresariales.

Concluimos, por tanto, que la inclusión de los demandantes en el ERE vulneró su derecho a la indemnidad, garantizado por el art. 24.1 CE, puesto que se ha probado de modo directo, que no se les incluyó porque sus contratos hubieran devenido inútiles para la empresa, ni tampoco por su coste excesivo, sino que se les incluyó, porque se negaron a renunciar a las cláusulas referidas en el hecho probado tercero, que constituían una garantía para su defensa frente a medidas extintivas empresariales.

Por consiguiente, estimamos parcialmente la demanda, declarando nula la inclusión de los demandantes en el ERE, por lo que anulamos parcialmente las resoluciones administrativas recurridas, de conformidad con lo dispuesto en el art. 151.11 LRJS.

Sin costas por tratarse de un proceso colectivo y no apreciarse temeridad en ninguno de los litigantes.

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

FALLAMOS

Estimamos parcialmente la demanda de impugnación de actos administrativos, promovida por DON Jenaro y DON Olegario y anulamos parcialmente las resoluciones recurridas, al haberse vulnerado el derecho de indemnidad de los demandantes al incluirles en el ERE, por lo que condenamos al MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL, así como a LOXAM ALQUILER, SA y a D. Jose Manuel, DON Pedro Antonio, DON Calixto, DON Ezequiel, DON Jacinto, DOÑA Eva, DON Patricio, DON Vidal, DOÑA Nieves, DON Ángel Daniel, DON Braulio, DOÑA María Rosa, DON Fabio, a estar y pasar por dicha nulidad parcial a todos los efectos legales oportunos, consistentes en el derecho de los demandantes a la inmediata readmisión y al abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha de efectos de sus despidos.



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 las partes o de su abogado, graduado social colegiado o representante, 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 000144 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.

Así por nuestra sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.