



Roj: **SAN 5210/2013 - ECLI:ES:AN:2013:5210**

Id Cendoj: **28079240012013100223**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **10/12/2013**

Nº de Recurso: **333/2013**

Nº de Resolución: **223/2013**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MANUEL FERNANDEZ-LOMANA GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **SENTENCIA**

Madrid, a diez de diciembre 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 0000333/2013 seguido por demanda de FEDERACION DE CONSTRUCCIONES MADERA Y AFINES DE COMISIONES OBRERAS (FECOMA-CC.OO) (Letrado Angel Martin Aguado); FEDERACION DE TRANSPORTES, COMUNICACIONES Y MAR DE UGT(FTCM-UGT)(Letrado Javier Bezosa La Mata); Celestino REP.UNITARIO DEL CTRO. DE MADRID(Letrado Angel Martin Aguado); Fabio BORT REP.UNITARIO DEL CTRO. DE BARCELONA(Letrado Angel Martin Aguado); Marí Luz REP.UNITARIA CTRO. DE MOSTOLES(Letrado Angel Martin Aguado);contra AVANZIT TELECOM SLU(Letrado Jesús Maroto Bohoyo); GRUPO EZENTIS SA (no comparece); NAVENTO (no comparece); AVANZIT TECNOLOGIA SLU (no comparece); AVANZIT INFRAESTRUCTURAS (no comparece); AVANZIT INSTALACIONES E INGENIERIA SLU:(no comparece)sobre impugnacion despido colectivo.Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. D. MANUEL FERNANDEZ-LOMANA GARCIA

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Según consta en autos, el día 29 de Julio de 2013 se presentó demanda por FEDERACION DE CONSTRUCCIONES MADERA Y AFINES DE COMISIONES OBRERAS (FECOMA-CC.OO); FEDERACION DE TRANSPORTES, COMUNICACIONES Y MAR DE UGT; Celestino REP.UNITARIO DEL CTRO. DE MADRID; Fabio BORT REP.UNITARIO DEL CTRO. DE BARCELONA; Marí Luz REP.UNITARIA CTRO. DE MOSTOLES; contra AVANZIT TELECOM SLU; GRUPO EZENTIS SA; NAVENTO; AVANZIT TECNOLOGIA SLU; AVANZIT INFRAESTRUCTURAS; AVANZIT INSTALACIONES E INGENIERIA SLU sobre impugnacion despido colectivo

**Segundo.-** La Sala acordó el registro de la demanda y designó ponente, con cuyo resultado se señaló el día 18 de Noviembre de 2013 para los actos de intento de conciliación y, en su caso, juicio, al tiempo que se accedía a lo solicitado en los otrosies 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 , por la que se aprobó la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, debe destacarse, que las partes debatieron sobre los extremos siguientes:

**Quinto .** - Son hechos conformes: -Hay un pleito ante el Juzgado Social 18 de Madrid en que varios trabajadores hoy accionantes pidieron novación contractual con liteyca (demanda 587/13). -El grupo tiene 30 filiales. -



Telefónica extinguió el contrato de bucle y quedaron trabajadores de tres colectivos de oficina; Técnicos instaladores y operarios. -El grupo Ezentis es la matriz y tiene el 100% de las empresas del grupo y tiene 14 trabajadores que son directivos y secretarías. -En pleitos anteriores no se reclamó como grupo patológico. -El resto de trabajadores se ofertó recolocarlos en área internacional. -El 9-7-13 concluye el periodo de consultas sin acuerdo y lo firman los representantes legales de los trabajadores. -Hay negociación con Hacienda y Seguridad Social para obtener aplazamientos entre todas las empresas del grupo han pagado las nominas de trabajadores.

Resultando y así se declaran, los siguientes

## HECHOS PROBADOS

**PRIMERO.-** Que el grupo EZENTIS SA (antes RADIOTRONICA SA) es la empresa matriz de un grupo de empresas de entre las que cabe destacar a AVANZIT TELECOM SLU, de la que posee el 100% de las acciones. El número de trabajadores afectados por la decisión sería de 43, la totalidad de la plantilla.

**SEGUNDO.-** El 25 de junio de 2013 la empresa AVANZIT TELECOM SLU y los representantes de los trabajadores iniciaron un periodo de consultas. En dicha reunión consta que los representantes de los trabajadores se opusieron a la medida por las siguientes razones: insuficiencia del plan social y que el acuerdo adoptado en el ERE de 2012 no estaba cumplido, instando a la empresa a la recolocación de los trabajadores en otras empresas del grupo. La empresa se comprometió a examinar las contraofertas de los trabajadores, si bien indicó que era muy difícil recolocar a otros trabajadores en empresa del Grupo en España. Se estableció una comisión negociadora.

La segunda reunión se produjo el 4 de julio de 2013. La empresa ofreció 23 días por año con un máximo de 12 mensualidades. Estaría dispuesta a recolocar a 4 trabajadores con funciones administrativas; en cuanto a los técnicos instaladores/operarios, no extinguiría la relación de aquellos que estuvieran dispuestos a irse a Perú con similar actividad, pero con las condiciones salariales de la empresa en Perú; si bien, en caso de despido por dicha empresa, se consideraría la normativa española y se les reconocería la antigüedad. Los trabajadores no aceptaron la oferta.

La tercera reunión se produjo el 9 de julio de 2013. No se llegó a ningún acuerdo y los trabajadores alegaron, además, como lo habían hecho en días anteriores, que no se había dado cumplimiento a lo acordado en el ERE de 2012. Por lo tanto, la negociación finalizó sin acuerdo. La empresa anunció a los representantes que aplicará las medidas propuestas en el plan social presentado ante la Autoridad Laboral, el pasado 25 de junio, que podrían ser aplicadas hasta el próximo 31 de diciembre de 2013. Así mismo se compromete a abonar las cuotas destinadas a la financiación de los convenios especiales de todos los trabajadores mayores de 55 años cuyos contratos resultasen extinguidos, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 51 del Estatuto de los Trabajadores .

La propuesta fue, antes, sometida a votación de la Asamblea de los trabajadores. En Madrid 21 de los 23 trabajadores votaron a favor de la propuesta de la empresa de 23 días por año con un máximo de 12 mensualidades. En Barcelona de los 17 trabajadores que asistieron a la asamblea, los 17 votaron en contra.

**TERCERO.-** EZENTIS es un grupo empresarial español que desarrolla su actividad en cinco grandes áreas de negocio: infraestructura, tecnología, internacional, servicios audiovisuales y geolocalización (ocio móvil). Tiene presencia en 25 países de todo el mundo y cuenta con más de 5.000 empleados a nivel global. El Grupo EZENTIS cotiza en las bolsas de Madrid y Bilbao. El Grupo está organizado en tres áreas de negocio: EZENTIS Tecnología (soluciones de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones), EZENTIS Telecom (soluciones de telecomunicaciones) y EZENTIS Infraestructuras (Infraestructuras civiles y ferroviarias), adicionalmente posee una participación relevante en Vértice 360°, empresa de servicios audiovisuales también cotizada en la Bolsa de Madrid y Bilbao.

La estructura esencial del grupo viene constituida por varias empresas en el extranjero (Sudamérica) y en España por AVANZIT TECNOLOGIA, AVANZIT TELECOM y NAVENTO.

La viabilidad del grupo depende de la licitación pública y de algunos grandes clientes (Telefónica, ADIF, etc). El grupo tomó la decisión táctica de abandonar los negocios no rentables, destacando el cese de la mayor parte de actividad de telecomunicaciones en España. La cifra de ingresos del grupo en 2012 se ha situado en los 190 millones de euros, a pesar de la debilidad del negocio doméstico y de la menor contribución del área de Telecom en España, por la decisión táctica de abandonar la mayor parte de este negocio en España a partir del primer semestre del ejercicio 2012. En el área internacional, ha experimentado un significativo crecimiento, alcanzando un volumen de negocio de 133 millones de euros, un 23% de cifra de ventas más respecto a 2011 (108,4 millones de euros), lo que supone el 70% de las ventas totales del grupo en 2012, frente al 57% de



2011. El EBITDA (beneficio antes de intereses, impuestos, depreciaciones y amortizaciones y extraordinarios) del Grupo se ha situado en 2012 en 10,28 millones de euros, lo que ha supuesto un crecimiento del 274% frente a los 2,74 millones de euros de 2011, y superando en un 28% el objetivo que el grupo había establecido para el ejercicio 2012 (8 millones de euros). En el área internacional el 2012 ha continuado con la mejora en márgenes llegando a un 8,3% en 2012 vs 7,7% al cierre de 2011, así como en el área de Tecnología con un margen del 11,3% en 2012 vs 8,4% de 2011. El resultado de explotación también ha mostrado una mejora significativa, superando las cifras de 2011, situándose en los 8,99 millones de euros frente a los 6,45 millones de euros del año pasado, con una mejora del 39,2% respecto del año anterior. Los resultados financieros del año 2012 en el Grupo Ezentis han sido de -8.659 miles de euros, y han experimentado una disminución frente al año 2011 que fueron de -10.823 miles de euros, con una mejora del 20% respecto del ejercicio anterior. Los resultados de participación en asociadas del año 2012 en el Grupo Ezentis han sido de -16.547 miles de euros. Vértice Trescientos Sesenta Grados, S.A. ha procedido a dotar un saneamiento de sus créditos fiscales y registrar un deterioro de los fondos de comercio, lo que, junto al resultado negativo de las operaciones del año, han ocasionado a Grupo Ezentis una pérdida de - 11.325 miles de euros, equivalente al 27,8% de dicho resultado. Adicionalmente, ha registrado una corrección adicional de su participación, principalmente derivada de la disminución de valor del epígrafe "Patrimonio Neto Atribuible a la Sociedad Dominante" de Grupo Vértice, por importe de - 5.222 miles de euros, consecuencia de la venta, a un fondo de inversión (HIG), del 49,9 % de su división de servicios audiovisuales (Vértice Servicios Audiovisuales). El resultado consolidado antes de impuestos en el ejercicio 2012 se ha situado en -16.221 miles de euros frente a los -7.369 miles de euros del ejercicio 2011. El resultado del ejercicio procedente de operaciones interrumpidas netos de impuestos en el ejercicio 2012 se ha situado en -887 miles de euros, contra los -30.952 miles de euros del ejercicio 2011. El resultado consolidado del periodo atribuido a los propietarios de la Sociedad dominante ha sido de -19.448 miles de euros, lo que supone una mejora del 51 % respecto al resultado consolidado del ejercicio anterior de -40.380 miles de euros. El efecto acumulado de estas pérdidas ha provocado que Grupo Ezentis, S.A. presente al 31 de diciembre de 2012 una cifra de patrimonio neto inferior a la mitad del capital social. La Sociedad Grupo Ezentis, S.A. ha llevado a cabo un aumento de capital social, por un importe de 13.250 miles de euros, lo que conlleva el restablecimiento del equilibrio patrimonial exigido legalmente.

En telecomunicaciones la cifra de negocios del área asciende a 33 millones de euros frente a los 52 millones de euros del año 2011. Esta reducción ha sido debida a la decisión táctica de abandonar la mayor parte del negocio de Telecomunicaciones en España, a partir del primer semestre del ejercicio 2012, mediante la cancelación del contrato de mantenimiento del bucle de abonado con Telefónica de España. Por el lado del beneficio operativo, en términos de EBITDA, se produce una importante mejora, habiéndose obtenido, en este ejercicio 2012, un EBITDA de 3,2 millones de euros, frente a los 2,6 millones de euros del ejercicio 2011, es decir una mejora del 23%. Esto ha permitido mantener la tendencia creciente en márgenes, en el área de Tecnología en España, alcanzando un margen de EBITDA vs Ventas del 11,3% en 2012 vs 8,4% de 2011.

AVANZIT TELECOM SLU tenía una dependencia casi absoluta de su cliente único, Telefónica, y por ello depende en gran medida de la actividad que en cada punta de trabajo le asigne dicho cliente. Tanto en el año 2009 como posteriormente en el 2010, se presentaron en la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo e Inmigración, las Solicitudes de dos Expediente de Regulación de Empleo, por un lado como Temporal, y por otro, con bajas incentivadas, con fórmula de prejubilaciones, y en ambos casos justificado en problemática Económica, Organizativa y de Producción.

Derivado de lo anterior se procedió a aprobar por la Dirección General de Trabajo dictó Resoluciones autorizando por un lado las suspensiones temporales de hasta 6 meses y afectando a toda la plantilla y por otro la extinción de hasta 150 puestos de trabajo, así como las medidas adicionales propuestas por la empresa relativas a la suspensión temporal de contratos de trabajo.

Por último y ya en el año 2012 y derivado de una decisión estratégica de reorientación de los negocios nucleares AVANZIT TELECOM SLU, llegó a un convenio con Telefónica por el que finaliza la prestación de servicios, en el marco de la operación del contrato de bucle, en las ocho provincias en las que se venían prestando en España, y todo ello con fecha 30 de junio de 2012. El acuerdo se ciñe exclusivamente a España y no afecta a las filiales internacionales de la Sociedad en Perú, Chile y Argentina que prestan servicios en el contrato de bucle con Telefónica, alguna de las cuales ha ampliado el marco contractual con la operadora muy recientemente. El proceso se realizó con el objetivo y la finalidad de facilitar el mantenimiento transitorio del servicio con Telefónica por lo que AVANZIT TELECOM llegó a un acuerdo con un tercer contratista del contrato de bucle para asesorarle y colaborar durante el mencionado período transitorio con el fin de redimensionar sus recursos humanos y adecuarlos a la nueva situación empresarial generada. En ese sentido AVANZIT TELECOM materializó un expediente de regulación de empleo con un perímetro afectado de aproximadamente el 28% de la plantilla, por lo que 180 personas han causado baja en la compañía. Una de las filiales de AVANZIT TELECO, EZENTIS TELCO, también ha visto como le afectaba la desvinculación del Grupo con este



negocio y, en concreto, con la desaparición del contrato bucle de Telefónica. Así, las últimas trece personas que desempeñaban sus funciones en esta compañía, extinguieron sus contratos el pasado 10 de marzo, tras alcanzar un acuerdo la representación social y la empresa (con el mínimo legal) tras el Expediente de Regulación de Empleo presentado por la empresa el pasado 8 de febrero. Todo ello como consecuencia de la falta de actividad de la compañía.

Actualmente la Avánzit Telecom no tiene actividad.

**CUARTO.-** Como hemos dicho, el pasado 30 de junio la empresa dejó de estar vinculada al Contrato Bucle de Telefónica, tras más de 40 años realizando esta actividad. El Grupo entendió que los altos costes que representaban seguir vinculados a Telefónica y la caída de márgenes que se estaba produciendo en los últimos años hacían del todo inviable para el Grupo seguir vinculado a dicho Contrato, ya que le generaba anualmente unas pérdidas que no podía asumir.

Ello significó que la empresa tuviera que emprender un Expediente de Regulación de Empleo (finalizando el periodo de consultas con acuerdo), donde se extinguieron 180 contratos de trabajo y el resto de la plantilla 468 empleados, se recolocó en gran parte en la compañía adjudicataria del Bucle (LYTECA) y los restantes permanecieron en la compañía, sin actividad. Así, AVANZIT TELECOM quedó con 43 empleados dando inicialmente servicio mediante contrato firmado con la nueva adjudicataria del Nuevo contrato de bucle (LITEYCA) y con las nuevas condiciones del mismo y con precios sustancialmente más bajos.

Se ofertó la cartera de servicios a las distintas empresas del contrato de bucle sin obtener ningún pedido dado que desde el mes de junio disminuyeron sustancialmente la cantidad de líneas equivalentes y OOSS en el ámbito de citado Contrato de Bucle.

El pasado 30 de noviembre de 2012, LITEYCA rescindió el contrato con el Grupo EZENTIS, lo que supuso que la empresa se quedara sin actividad desde esa fecha. Debe tenerse presente, además, que este tipo de trabajos se enmarcan en un sector muy competitivo en el que se necesitan medios como vehículos, equipos de medida y personal formado, todo ello transferido a la nueva adjudicataria del contrato, quedando únicamente técnicos de campo con un perfil totalmente ligado a la actividad del contrato de bucle de Telefónica.

Desde esa y hasta la extinción otras sociedades del Grupo las que han asumido los costes de AVANZIT TELECOM SLU.

El coste medio por trabajador asciende a 38.632,48 €, más 2.500 € de dietas al año.

En cuanto a la situación financiera de AVANZIT TELECOM SLU, siguiendo la evolución de ingresos se observa una fuerte caída en la cifra de negocio en el año 2012, pasando de unas ventas de 52,5 millones de euros en el ejercicio 2011 a unas ventas de 26.5 Millones euros en el año 2012. Si bien en el primer semestre del año se mantenía la progresión de ventas o ingresos alcanzados el pasado año, a partir del mes de julio, se ha producido una caída, dando como resultado un descenso en las ventas de casi el 90% respecto del ejercicio anterior.

El margen de contribución (la diferencia entre el precio de venta menos los costos variables) en el año 2011 era de 10,1 millones de euros, en el pasado 2012 la cifra es de 727,09 mil euros, moderado por el primer semestre.

Con esta situación a la que se ha visto abocada la sociedad, el EBITDA ha pasado de ser escaso, aunque positivo, en 2011 (de más de 392 mil euros) a muy negativo en 2012 (de más de 4 millones de euros. Existiendo unos costes medios mensuales de personal de 130.000 €.

Más del 90% de la plantilla, tenía sus funciones vinculadas al contrato Bucle. Los recursos administrativos de la empresa se encuentran ubicados en la estructura corporativa de la caza matriz.

Las previsiones de futuro tampoco son positivas Con unos costes laborales de más de 150.000 € euros mensuales, una deuda recurrente de proveedores de 1 millón de euros (aprox), cuotas mensuales de aplazamientos de IVA, IRPF, SS,... y unas estimaciones de ingresos nulas, la realidad es que AVANZIT TELECOM SLU está siendo sostenida a través de las aportaciones que le prestan otras sociedades del Grupo hasta que se pueda resolver la presente situación

Actualmente, todo el personal del centro de trabajo de Barcelona se encuentra sin ninguna actividad. En cuanto al centro de trabajo de Madrid, la única persona de operaciones, se encuentra en su domicilio sin actividad y el resto, personal de oficina (staff) vinculado al contrato bucle, acude diariamente a su puesto de trabajo pero no tiene carga real de actividad. Por último, respecto de las tres personas que permanecen en el centro de Las Palmas, dos de ellas se encuentran en situación de incapacidad temporal, y la otra, acaba de incorporarse de una baja, igualmente, y se encuentra sin ocupación efectiva en su domicilio.





**QUINTO.-** Hay una demanda presentada por seis trabajadores en la que solicitan ser integrados en LYTECA conforma a lo establecido en el Acuerdo suscrito con AVANZIT TELECOM SLU el 29 de junio de 2012. En dicho Acuerdo la empresa y los trabajadores acordaron facilitar la contratación de trabajadores en la empresa adjudicataria.

**SEXTO.-** Consta que los trabajadores que prestaban sus servicios en determinadas empresas del grupo han pasado a prestar sus servicios en otras mediante la técnica de la subrogación.

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 8.1 y 2, g de la Ley 36/2011, de 10 de octubre , compete el conocimiento del proceso a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.

**SEGUNDO. -** De acuerdo con lo prevenido en el artículo 97, 2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre los hechos, declarados probados, se han deducido de las pruebas siguientes:

- 1.- El hecho primero es un hecho conforme. El número de trabajadores afectados se extrae de la descripción 45.
- 2.- El hecho segundo se extrae de la documentación en la descripción 44.
- 3.- Los hechos tercero y cuarto se infieren de la memoria en la descripción 46, 54, 55, 56 y 57.
- 4.- El hecho quinto se infiere de la descripción 68 y 69.
- 5.- El hecho sexto se infiere de las descripciones 81 a 91.

**TERCERO.-** Alegó la empresa la excepción de litispendencia. Sostuvo y es cierto, que existe un proceso en el Juzgado nº 18 de Madrid en el que varios trabajadores han formulado demanda con el fin de pasar a prestar sus servicios en LYTECA.

El argumento no puede ser acogido pues las pretensiones ejercitadas en uno y otro proceso son diferentes, ya para que opere la litispendencia es necesaria la identidad de pretensiones (sujetos y objeto - *causa petendi y petitum* -). En este sentido, entre otras muchas, la STS de 26 de noviembre de 2006 (Rec. 885/2005 ) razona que "la litispendencia es en nuestro Derecho procesal una excepción que tiende a impedir la simultánea tramitación de dos procesos con el mismo contenido, siendo una institución preventiva y tutelar de la cosa juzgada, por lo que requiere las mismas identidades que ésta, identidades que han de ser subjetiva, objetiva y causal, por lo que no basta para la identidad total con que entre ambos procesos exista una mera conexión o identidad de alguno de estos elementos (pero no de todos), pues esto último a lo único que puede dar lugar es a la posibilidad de acumulación de ambos procesos a instancia de parte legítima, constituyendo una hipótesis distinta a la de litispendencia". Lógicamente, siempre que la acumulación sea posible, lo que no ocurre en el caso de autos - art 26.1 LRJS -.

Pues bien, ni los sujetos accionantes son los mismos, dada la naturaleza de la pretensión ejercitada -en el proceso de despido los sujetos accionantes son los sindicatos (legitimación colectiva) y en el proceso del juzgado son trabajadores (legitimación individual)-; ni las pretensiones son iguales, al obedecer a causas de pedir distintas y poseer distinto suplico.

**CUARTO.-** Los recurrentes sostienen la existencia de un grupo de empresa de los llamados "patológicos". En relación con esta petición las empresas alegan dos excepciones: falta de legitimación pasiva de las empresas codemandadas, pues no existe tal grupo patológico, existiendo, no se discute, un grupo mercantil; y falta de litisconsorcio pasivo necesario, pues si hay grupo, debía haberse demandando a más empresas, las cuales, por cierto, no fueron especificadas.

Vista la estructura del debate, lo primero que debemos hacer es analizar si existe o no grupo de empresas patológico, pues de ello depende la contestación que demos a las excepciones.

La STS de 23 de octubre de 2012 (Rec. 351/2012 ) razona 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".

Aplica esta doctrina a supuestos de despidos colectivos la STS de 20 de marzo de 2013 (Rec. 81/2012 ). Esta sentencia reitera la necesidad de que se den los requisitos que antes hemos enunciado y añade que "la determinación de la extensión de la responsabilidad de las empresas del grupo depende de cada una de las situaciones concretas que se deriven de la prueba que en cada caso se haya puesto de manifiesto y valorado, sin que se pueda llevar a cabo una relación numérica de requisitos cerrados para que pueda entenderse que existe esa extensión de responsabilidad. Entre otras cosas, porque en un entramado de nueve empresas como el que hoy tenemos delante, la intensidad o la posición en relación de aquéllas con los trabajadores o con el grupo no es la misma". En dicha sentencia se confirmó la declaración de nulo del despido efectuado al existir un grupo patológico.

Por último, también en materia de despido colectivo, la STS de 27 de mayo de 2013 (Rec. 78/2012 ), sostiene que: "Como se recuerda en muchas de las sentencias ya referidas [así, entre otras, la SSTS 26/01/98 -Rec. 2365/97 -; 04/04/02 -Rec. 3045/01 -; 20/01/03 -Rec. 1524/02 -; 03/11/05 -Rec. 3400/04 -; 10/06/08 -Rec. 139/05 -; 25/06/09 Rec. 57/08 ; 21/07/10 - Rec. 2845/09 -; y 12/12/11 -Rec. 32/11 -], para lograr aquel efecto de responsabilidad solidaria, hace falta un componente adicional que esta Sala ha residenciado tradicionalmente -nos remitimos a las sentencias previas a la unificación de doctrina que en aquéllas se citan- en la conjunción de alguno de los siguientes elementos: a) Funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo; b) Prestación de trabajo común, simultánea o sucesiva, en favor de varias de las empresas del grupo; c) Creación de empresas aparentes sin sustento real, con las que se pretende la dispersión o elusión de responsabilidades laborales; y d) Confusión de plantillas, confusión de patrimonios, apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección. 2.- En ese relato de componentes adicionales -determinantes de responsabilidad solidaria- pueden hacerse las siguientes precisiones: a) que no ha de considerarse propiamente adicional la apariencia externa de unidad, porque ésta es un componente consustancial del grupo, en tanto que no representa más que la manifestación hacia fuera de la unidad de dirección que es propia de aquél; b) que el funcionamiento unitario de las organizaciones empresariales, tiene una proyección individual [prestación de trabajo indistinta] o colectiva [confusión de plantillas] que determinan una pluralidad empresarial [las diversas empresas que reciben la prestación de servicios]; c) que la confusión patrimonial no es identificable en la esfera del capital social, sino en la del patrimonio, y tampoco es necesariamente derivable -aunque pueda ser un indicio al efecto- de la mera utilización de infraestructuras comunes; d) que la caja única hace referencia a lo que en doctrina se ha calificado como «promiscuidad en la gestión económica» y que al decir de la jurisprudencia - STS 28/03/83 Ar. 1207- alude a la situación de «permeabilidad operativa y contable»; e) que con elemento «creación de empresa aparente» -íntimamente unido a la confusión patrimonial y de plantillas- se alude a la utilización fraudulenta de la personalidad jurídica, que es la que consiente la aplicación de la doctrina del «levantamiento del velo»; y f) que la legítima dirección unitaria puede ser objeto de abusivo ejercicio - determinante de solidaridad- cuando se ejerce anormalmente y causa perjuicio a los trabajadores, como en los supuestos de actuaciones en exclusivo beneficio del grupo o de la empresa dominante. 3.- De esta forma, la enumeración de los elementos adicionales que determinan la responsabilidad de las diversas empresa del grupo bien pudiera ser la que sigue: 1º) el funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo, manifestado en la prestación indistinta de trabajo -simultánea o sucesivamente- en favor de varias de las empresas del grupo; 2º) la confusión patrimonial; 3º) la unidad de caja; 4º) la utilización fraudulenta de la personalidad jurídica, con creación de la empresa «aparente»; y 5º) el uso abusivo - anormal- de la dirección unitaria, con perjuicio para los derechos de los trabajadores".

Del examen de la jurisprudencia y, en especial, de esta última sentencia se extrae la siguiente doctrina:

a.- Que la apariencia externa de unidad o la existencia de una dirección unitaria son datos o notas que son propios tanto del grupo patológico como del grupo mercantil, por lo tanto, no puede existir grupo patológico sin ello, pero su concurrencia no supone la necesaria existencia de tal grupo.

b.- Que los elementos decisivos son la existencia de confusión patrimonial o unidad de caja y la existencia de prestación laboral indiferenciada de los trabajadores en las empresas que configuran el grupo.

c.- Que la prestación de trabajo de forma indiferenciada puede tener una proyección individual o colectiva, en el primer caso hablamos de "prestación de trabajo indistinta" y en el segundo caso de "confusión de plantillas".

d.- Que la "confusión patrimonial" no es identificable "en la esfera del capital social", es decir, que por el hecho de que una sociedad sea titular, por ejemplo del 100% del capital de otra, no cabe hablar de confusión patrimonial a los efectos del "grupo patológico"; siendo necesario que existe una unidad de "patrimonio", que tampoco puede derivarse del hecho que existan infraestructuras de utilización común, práctica por cierto, esta última cada vez de uso más frecuente, en la medida que posibilita una disminución de los gastos. Por último, la denominada



"caja única" se refiere a la concurrencia de "promiscuidad en la gestión económica", es decir, a la existencia de una "permeabilidad operativa y contable", de forma que las entidades, de hecho, operen con un alto grado de comunicación entre sus patrimonios, lo que puede manifestarse, en la asunción de pagos o deudas entre ellas.

e.- Que en todo caso, lo esencial es que a través de los indicados indicios se llegue a la convicción de que existe un uso abusivo o ejercicio anormal del derecho, en beneficio del grupo y en detrimento de los derechos de los trabajadores; existiendo una única empresa real bajo la apariencia del grupo, lo que constituya un fraude de ley, que permite aplicar la doctrina del "levantamiento del velo" - *to lift the veil*- y considerar al grupo como una única empresa.

Se trata de evitar que tras el legítimo uso de formas jurídicas, útiles para el funcionamiento de la economía y, por lo tanto, para el interés general, se realicen conductas abusivas o fraudulentas en detrimento de otros derechos de igual o superior valor. Debe quedar claro que lo esencial es llegar a la convicción de que dicho uso se realiza, en nuestro caso, con el fin de lesionar los derechos de los trabajadores.

Desde esta perspectiva debe valorarse la conducta de las empresas integrantes del grupo en su conjunto, sin que la concurrencia puntual de una de las notas indicadas, por sí, pueda llevar automáticamente a la aplicación de la teoría del "grupo patológico". Lejos de ello, debe examinarse cada caso concreto y analizar si, realmente, estamos en un supuesto de abuso o fraude.

**QUINTO.-** Una vez que hemos fijado la anterior doctrina que hemos de aplicar con rigurosidad, pues así lo exige la seguridad jurídica, y antes de resolver sobre la existencia o no de grupo patológico, es conveniente describir lo ocurrido en el presente caso, pues el uso abusivo o fraudulento de una institución debe apreciarse en cada supuesto concreto y dentro del contexto del ejercicio del derecho.

Pues bien, en el caso de autos, no cabe duda que nos encontramos ante un grupo mercantil, es un hecho conforme y que se infiere, sin duda alguna, de la documentación obrante en autos. La empresa actúa como tal y tiene unidad de dirección, presentando balances consolidados.

Pues bien, cuando AVANZIT TELECOM extinguió su contrato con TELEFONICA promovió un ERE que concluyó con un acuerdo de fecha 29 de junio de 2012. En el acuerdo se establecieron unas determinadas condiciones, cuyo objetivo era facilitar la contratación de los trabajadores de AVANZIT por la nueva adjudicataria, si bien lo pactado se condicionó a la aceptación por la adjudicataria de las condiciones pactadas provincia por provincia.

Este acuerdo permitió que la práctica totalidad de los trabajadores de AVANZIT pasasen a prestar sus servicios en LYTECA. No obstante, al final quedaron 43 trabajadores en los centros de Barcelona, Madrid y Canarias que no pudieron ser transferidos. La actividad continuó hasta finales de 2012, fecha en la que también se extinguió el contrato con LYTECA, de este modo la escasa actividad que mantenía la empresa, cesó en su totalidad. Estos trabajadores promovieron una acción de conflicto colectivo ante esta Sala, la cual dio lugar la SAN de 15 de febrero de 2013 (Rec. 371/2012). En esta sentencia, la Sala apreció la inadecuación de procedimiento, pero también dijo que no se había probado que, respecto de estos trabajadores, concurren las mismas circunstancias que en la de los otros centros en los que LYTECA, si se había subrogado.

Pero también dijimos algo importante en dicha sentencia para la suerte de este litigio. En efecto, razonamos que también se había probado que "AVANZIT no proporciona trabajo efectivo al personal, no contratado por LITEYCA, probándose, además, que no les paga el salario o se lo paga con retraso, como resaltan las Actas de la Inspección de Trabajo y admitió en interrogatorio de partes AVANZIT, de manera que concurre un colectivo genérico de trabajadores y una mala práctica empresarial de efectos colectivos, subsumiéndose, por tanto, en lo dispuesto en el art. 153 LRJS. Se impone, por consiguiente, declarar el derecho de dichos trabajadores a que se les repongan sus condiciones de trabajo anteriores al 29-06-2012, sin que sea causa de justificación, que la mercantil antes dicha no pueda proporcionarles trabajo efectivo, o carezca de tesorería para hacer frente a sus salarios, puesto que dichas circunstancias, que no se han acreditado, en todo caso, justificarían otras medidas empresariales, pero nunca incumplir derechos básicos de los trabajadores, reconocidos en el artículo 4.2.a y f ET".

AVANZIT, como hemos declarado probado, no tiene actividad desde finales de 2012 -lo que permite explicar el escaso interés de los representantes de los trabajadores en conocer las cuentas de AVANZIT correspondientes a 2013 en el periodo de consultas-. Pues bien, pese a ello AVANZIT pagó las deudas de sus trabajadores, cumpliendo con lo ordenado por la SAN -no así las deudas con la Seguridad Social- y para ello, no se oculta y se reconoce en la memoria, se acudió a las empresas del grupo que soportaron y soportan el coste salarial del mantenimiento de los empleados de AVANZIT.

Por lo demás, unos meses después del dictado de la SAN, AVANZIT inició el despido colectivo, en concreto, el 25 de junio de 2013.



**SEXTO.-** De lo expuesto se deduce, en opinión de la Sala, que no existe grupo patológico. En efecto, siendo cierto que concurren las notas de apariencia externa y dirección unitaria, no es menos cierto que las notas indicadas no son suficientes para afirmar la existencia de unidad de grupo. Sabemos también que EZENTIS es titular del 100% de las acciones de AVANZIT, pero ya hemos dicho que la confusión patrimonial no es predicable "en la esfera del capital social". Y, por último, el hecho de que exista una oficina central donde presten servicios empleados de diferentes empresas del grupo -lo que por cierto consta como probado en la SAN de 15 de febrero de 2013 -, tampoco es decisivo.

La única nota que concurre es, ciertamente el pago efectuado por las entidades del grupo a los trabajadores de AVANZIT, pues dicha empresa no tiene actividad desde finales de 2012 y la SAN ordenó reponer a los trabajadores en sus derechos. Ahora bien, en este caso, que las empresas del grupo abonaran los salarios y deudas pendientes en beneficio de los trabajadores no puede ser calificado de abusivo o fraudulento y no puede justificar la aplicación al grupo de la teoría del "grupo patológico", pues el grupo, en este punto, actuó con el fin de dar cumplimiento al mandato judicial y en beneficio de los trabajadores, sin que pueda por ello afirmarse que en este caso existe abuso o fraude - *fides bona contraria est fraudi et dolo* -.

**SEPTIMO.-** El núcleo de este litigio como se infiere de la lectura de la demanda era la existencia o no de grupo, como puede observarse con la simple lectura de la demanda, éste fue el único punto en el que se extendieron los demandantes.

En efecto, una vez que afirmamos que no existe "grupo patológico" se impone estimar la excepción de falta de legitimación pasiva del resto de las empresas demandadas. Queda sin contenido o interés la excepción de falta de legitimación pasiva, no obstante, la Sala quiere indicar que la defensa de la empresa se limitó a indicar que existían al menos 30 filiales del grupo que no habían sido demandadas, sin indicar cuales eran estar o cualquier otra circunstancia, realizando una simple alegación genérica contraria al contenido de la memoria facilitada por la empresa donde al describir las empresas del grupo en España, se describe a las empresas que han sido demandadas.

Por lo demás, la empresa no tiene actividad, ni ingresos desde finales de 2012, por lo que desde dicha fecha sólo genera pérdidas que están siendo abonadas por el grupo y ha perdido los contratos que le deban actividad, concurriendo causa económica y productiva. De hecho en la demanda no constan discutidos tales extremos y durante la negociación el debate se centró exclusivamente en la mejora del plan de acción social, en la posibilidad de recolocar a otros trabajadores en las empresas del grupo y en la cuantía de las indemnizaciones. Consta en el acta que la representación de los trabajadores del centro de Canarias fue asumida por los de Madrid y, por último, que en la última acta, cuando se firmó la falta de acuerdo, la empresa comunicó a los representantes de los trabajadores su intención de aplicar las medidas extintivas.

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

## FALLAMOS

Con desestimación de las excepciones de litispendencia y falta de litisconsorcio pasivo necesario, y estimación de excepción de falta de legitimación pasiva de GRUPO EZENTIS SA, AVANZIT TECNOLOGIA SLU, NAVENTO, AVANZIT INFRAESTRUCTURAS Y AVANZIT INSTALACIONES E INGENIERIA SLU; desestimamos la demanda promovida por FEDERACION DE CONSTRUCCIONES MADERA Y AFINES DE COMISIONES OBRERAS (FECOMACC.OO); FEDERACION DE TRANSPORTES, COMUNICACIONES Y MAR DE UGT; Celestino REP.UNITARIO DEL CTRO. DE MADRID; Fabio BORT REP.UNITARIO DEL CTRO. DE BARCELONA; Marí Luz REP.UNITARIA CTRO. DE MOSTOLES; contra la empresa AVANZIT TELECOM SLU, declarando ajustada a Derecho la decisión extintiva.

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 000333 13. 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ