



Roj: **SAN 5392/2013 - ECLI:ES:AN:2013:5392**

Id Cendoj: **28079240012013100227**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **16/12/2013**

Nº de Recurso: **153/2013**

Nº de Resolución: **229/2013**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MANUEL FERNANDEZ-LOMANA GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

Madrid, a dieciseis 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 0000153/2013seguido por demanda de FECHT-CC.00(Letrado Angel Martin Aguado); FCO. FRIAS MIEMBRO CTE. EMP.COMERCIAL CASAS CARRETERO SL(Letrado Angel Martin Aguado); GUSTAVO A. GUERRA BUENO MIEMBRO CTE. EMP.COMERCIAL CASAS CARRETERO SL(Letrado Angel Martin Aguado):contra COMERCIAL CASAS CARRETERO SL(Letrado Juan Ramón Alfageme Rojo); DISTRIBUCIONES BEMBIBRE SL(Letrado Fernando Alfageme Mata): CENTRAL DE COMPRAS HORMIGOS SL(Letrado Juan Ramón Alfageme Rojo); Mª ENCARNACION MARTIN RTE. ERE. DISTRIBUCIONES BEMBIBRE SL;FACTORIA DE OPORTUNIDADES SANTA OLALLA SL(Letrada Enriqueta Gómez Bravo); FACTORIA DE OPORTUNIDADES EXTREMEÑAS(Letrada Enriqueta Gómez Bravo); OURSHOP SL(Letrado Fernando Alfageme Mata); VECSI INTERNACIONAL SL(Letrado Pedro Vidal Sabrido Fernández); BAZAR OLIAS SL(Letrada Enriqueta Gómez Bravo); Heraclio (Letrado Juan Ramón Alfageme Rojo); ADMINISTRADOR CONCURSAL Jose Ángel (Letrada Eugenia Salto Ruiz); JAVIER AVILA RTE. NEGOCIACION ERE EN DISTRIBUCIONES BEMBIBRE SL(No comparece); ROBERTO NAJERA CRESPO RTE. ERE EN DISTRIBUCION BEMBIBRE SL(No comparece); ADMINSTRADOR CONCURSAL COMERCIAL CASAS CARRETERO SL(No comparece); FOGASA(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 9 de Abril de 2013 se presentó demanda por FECHT-CC.00; FCO. FRIAS MIEMBRO CTE. EMP.COMERCIAL CASAS CARRETERO SL; Matías MIEMBRO CTE. EMP.COMERCIAL CASAS CARRETERO SL: contra COMERCIAL CASAS CARRETERO SL; DISTRIBUCIONES BEMBIBRE SL: CENTRAL DE COMPRAS HORMIGOS SL; Mª ENCARNACION MARTIN RTE. ERE. DISTRIBUCIONES BEMBIBRE SL;FACTORIA DE OPORTUNIDADES SANTA OLALLA SL; FACTORIA DE OPORTUNIDADES EXTREMEÑAS; OURSHOP SL; VECSI INTERNACIONAL SL; BAZAR OLIAS SL; Heraclio ; ADMINISTRADOR CONCURSAL Jose Ángel ; JAVIER AVILA RTE. NEGOCIACION ERE EN DISTRIBUCIONES BEMBIBRE SL; ROBERTO NAJERA CRESPO RTE. ERE EN DISTRIBUCION BEMBIBRE SL; ADMINSTRADOR CONCURSAL COMERCIAL CASAS CARRETERO SL; FOGASA; sobre impugnacion despido colectivo

Segundo.- La Sala acordó el registro de la demanda y designó ponente, con cuyo resultado se señaló el día 13 de Junio 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.- Con fecha 13 de Junio de 2013 se solicitó la Suspensión de las actuaciones por no estar citado el Fondo de Garantía Salarial y posteriormente se volvió a solicitar la suspensión de los actos de juicio de fecha 25 de Junio de 2013 para la ampliación de demanda contra el Administrador Concursal D. Jose Ángel , señalándose como fecha para el juicio el 28 de Noviembre de 2013.

Cuarto.- 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.

Quinto . - 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: -La esposa del Sr. Heraclio y él se divorciaron hace 8 años. -Comercial y Distribuciones Bembibre están concurso de acreedores seguidas ante Juzgados Mercantiles distintos. - En Badajoz 5 trabajadores estaban conforme con ERE. -3 trabajadores de Sta. Olalla estaban conformes con ERE. -De 24 trabajadores de Distribuciones Bembibre 19 han extinguido y reclamado cantidades con acuerdo. -Comercial se ocupó de la comercialización de productos multiprecio de Central de compras. -El 9 de Agosto la mayoría de trabajadores extinguieron sus contratos y pasaron a Distribuciones Bembibre para la comercialización de regalos. - Central compras desde 9-8-10 se cerró y se encuentra sin actividad. -Revocaron el mandato de los actores sus compañeros. -No hay grupo de empresa laboral. -No son los mismos socios en Central de compras y en Distribuciones Bembibre. -En el Centro Comercial de PINTO además de comercial de compras y Bembibre había 8 empresas más. -En el centro comercial de Pinto había un sistema de caja común, única pero se facturaba por cada una de las empresas. -No hay grupo ni mercantil, ni laboral que actuara bajo nombre de Comercial Hormigos. -Pasaron de Distribuciones Bembibre a Comercial 1 persona de cafetería 1 vigilante 1 persona de limpieza y Ricardo Hormigos. -Los lanzaron del local. -Se notificó el periodo de consultas a todos los trabajadores afectados. -Nunca se han consolidado cuentas. -El Sr. Heraclio no es socio de las demandadas ni empleador de los actores. -Distribuciones Bembibre y OUTSHOP Distribuciones Bembibre está en liquidación hubo pleitos anteriores y se han desistido. -Nunca han trabajado para D. Jacinto los actores. -Factoria de oportunidades y otras nunca han empleado a actores ni Vecsi tampoco. -Se hizo aportaciones patrimoniales por la hermana del Sr. Heraclio para crear Vecsi. -Hay denuncias cruzadas entre las partes de este pleito.

Sexto. - Son hechos conformes: -Los 2 demandantes fueron elegidos en el Comité de Empresa de Central de Compras Hormigos. -De los 9 trabajadores de PINTO de Comercial 5 estaban conformes con el ERE y 4 han planteado una demanda. - Los actores fueron elegidos en Central de compras en 2009 en el Centro Pinto. - El 19-8-10 cesaron en Central de compras y el 10-8-10 pasaron a trabajar a Comercial Casas. -La empresa comercial admitió que los actores actuaran como representantes de los trabajadores y les concedió horas sindicales. -No hay sección sindical de CC.OO en las empresas. -Hubo periodo de consultas en comercial sin acuerdo y se comunicó el 31-3-13 la extinción. -Se entregó la documentación a todos los trabajadores, se negoció con los trabajadores de cada centro de la empresa comercial. -D. Jacinto notificó a todos los trabajadores el 1-3-13 que los lanzaban del centro comercial se convocó el periodo de consultas y el 5 marzo se eligió a la comisión ad hoc hubo una reunión el 8 de Marzo con la comisión ad hoc y 4 trabajadores y se llegó a un acuerdo.

Resultando y así se declaran, los siguientes

HECHOS PROBADOS

PRIMERO .- COMERCIAL CASAS CARRETERO SL. Esta empresa se encuentra en situación concursal, siendo la administradora del concurso D^a Francisca . En concreto la empresa fue declarada en concurso el 16 de abril de 2013 (BOE 25/04/2013) -la demanda ante esta Sala de la Audiencia Nacional se presentó el 9 de abril de 2013- El administrador único de esta sociedad es D. Heraclio . Según la escritura de constitución los socios son D. Jose Ignacio y D. Andrés . Los cuales transmitieron sus acciones a BORIMAN SL y COMERCIAL MORESCO SL -en enero de 1994-.

Esta empresa tenía un centro de trabajo en Madrid (Pinto) con 9 trabajadores; otro en Extremadura con 5 trabajadores y otro en Castilla-La Mancha con 3 trabajadores.

Consta que con efecto de 10 de agosto de 2010, los trabajadores de CENTRAL DE COMPRAS HORMIGOS SL pasaron a prestar servicios en COMERCIAL CASAS CARRETERO SL - art 44 ET -. En la misma fecha otros trabajadores pasaron a prestar servicios en DISTRIBUCIONES BEMBIBRE SL. La primera de las empresas se dedica a la venta al por mayor y la segunda a cafetería/bar.



El 1 de marzo de 2013 la entidad comunicó a la autoridad laboral que iniciaba el periodo de consultas de despido colectivo por causas económicas y cierre del local de Madrid, indicaba también que en los centros no había representación de los trabajadores. Consta, sin embargo, que la entidad se dirigió a los demandantes como "representantes de los trabajadores", comunicándoles el inicio del periodo de consultas.

Consta que la empresa titular del edificio donde prestaba servicios la empresa les comunicó la rescisión del contrato con efectos de 1 de marzo de 2013.

La situación económica de la empresa es la siguiente:

1.- En el ejercicio 2010 el Impone Neto de la cifra de Negocios fue de 1.497.680,01 €; los gastos de personal fueron de 210.088.17 €; los resultados de ejercicio fueron unas pérdidas económicas de 104.144,79€. Como consecuencia de estas pérdidas económicas, el patrimonio neto pasó a ser negativo de -79.988,19 €.

2.- En el ejercicio 2011: -El importe neto de la cifra de negocio de todo el ejercicio fue de 3.410.751.76 €, correspondiendo al primer trimestre: 983.898,94 €; al segundo trimestre: 984.804,23 €; al tercer trimestre: 788.854,03 €; y al cuarto trimestre: 653.203.56 €.; los gastos de personal de todo el ejercicio fueron de 532.365,01 €.-los resultados del ejercicio fueron unas pérdidas económicas de -132.325,11 €.

3.- En el ejercicio 2012; -el importe neto de las cifras negocios de todo el ejercicio fue de 938.110,72 €, correspondiendo al primer trimestre: 526.694.89 €; al segundo trimestre 487.780,04 €; al tercer trimestre: 491.186,92 €; y al cuarto trimestre: 432.448,87 €. Los gastos de personal de todo el ejercicio fueron de 397.673,69 €; los resultados del ejercicio fueron unas pérdidas económicas de 275.681,93 €; pasando a tener un patrimonio neto de -488.032,28 euros.

4.- Con los resultados económicos de la empresa en los años 2010; 2011 y 2012. Resulta que durante el año 2012 ha habido una disminución persistente en el nivel de ingresos ordinario o ventas de la empresa (importe neto de la cifra de negocios), durante los cuatro últimos trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre de 2012. es sustancialmente inferior al registrado en los mismos trimestres del año 2011: "Primer trimestre 2011: 983.898.94 €; primer trimestre P2012: 526.694.89 € = 46.47% menor que 2011. Segundo trimestre 2011: 984.804.23 €; segundo trimestre 2012: 487.780.04 € = 50.47 % menor que 2011. Tercer trimestre 2011: 788.854.03 €; tercer trimestre 2012: 491.186,92 € = 37.73 % menor que 2011. Cuarto trimestre 2011: 653.203.56 €; cuarto trimestre 2012: 432.448.87 € = 33.80 % menor que 2011. Total ejercicio 2011: 3.410.751.76 €; Total ejercicio: 2012: 1.938.110.72 € = 43.18 %, menor que 2011

En fecha 1 de marzo de 2013 la empresa inició el periodo de consultas con los "representantes de los trabajadores" D. Fausto y D. Matías , así como 6 trabajadores más. En dicha acta consta que los trabajadores se negaron a iniciar ninguna negociación hasta que les fuese abonado el mes de febrero, la empresa indicó que no podía proceder al pago. Se pidieron las cuentas consolidadas del grupo y la empresa indicó que nunca se habían efectuado cuentas consolidadas. La empresa adjuntó comunicación del cese del arrendamiento; solicitud de declaración de concurso voluntario; cuentas anuales de los ejercicios 2010, 2011 y 2012; balances de comprobación 2011 y 2012; declaraciones de IVA 2011 y 2012.

La segunda reunión se celebró el 8 de marzo de 2013, con los mismos asistentes. Esta reunión asistió, además, un abogado asistiendo a la empresa y se insistió en que no existía grupo, ni se habían elaborado cuentas consolidadas. Las posturas de las partes respecto al abono de los salarios de febrero se repitieron. Se indica que el cierre de la empresa se producirá por rescisión del local en que se presta el arrendamiento. Cuatro de los trabajadores están de acuerdo con el despido colectivo.

La tercera reunión se celebró el 15 de marzo de 2013, esta vez asisten los representantes de los trabajadores y un trabajador más. Los representantes de los trabajadores indican que los demás trabajadores no han podido venir por no estar correctamente convocados, la empresa pide disculpas por el error, pero considera que la reunión puede continuar. Se insiste en la presentación de cuentas consolidadas; se indica que algunos trabajadores pese al cierre siguen trabajando; y que se prorrogó el contrato de algunos trabajadores al pensarse que la actividad empresarial podía continuar. Se cierra el periodo de consultas SIN ACUERDO, pero se hace constar que 5 trabajadores están de acuerdo con el despido colectivo. En este acta se hizo constar que la empresa daba por finalizado el periodo de consultas y comunicaría los ceses a los trabajadores, como así hizo. Varios de los trabajadores despedidos han firmado documentos manifestando su conformidad con el despido.

SEGUNDO.- DISTRIBUCIONES BEMBIBRE SL. El administrador único es D. Heraclio . Según la escritura de constitución, de fecha 9 de julio de 1996, los accionistas fueron "COMERCIAL CASAS-CARRETERO, S.L." y "COMERCIAL VILLABLINO 67, S.L.", de las que D. Heraclio era Administrador único.

En esta empresa se inició un periodo de consultas el 3 de marzo de 2103 con representantes *ad hoc* elegidos por los trabajadores que finalizó con acuerdo. Por causas económicas -pérdidas que habían llevado a solicitar



concurso voluntario- y rescisión del contrato de arrendamiento del local donde se prestaban servicios. En la misma prestaban servicios 24 trabajadores. La empresa está declarada en concurso desde julio de 2013.

TERCERO.- CENTRAL DE COMPRAS HORMIGOS SL. Según la escritura de constitución, de fecha 4 de julio de 1996, fue constituida por son "COMERCIAL CASAS-CARRETERO, S.L. y COMERCIAL TOLALLA, S.L., ambas representadas por su Administrador único D. Heraclio . Siendo el mismo el Administrador único de la nueva entidad.

CUARTO.- FACTORIA DE OPORTUNIDADES SANTA OLALLA SL. Comenzó a operar el 8.03.13. Siendo su objeto social: Comercio al por mayor y al por menor, distribución comercial. Importación y exportación. Prestación de servicios, actividades de gestión y administración. Servicios educativos, sanitarios, de ocio y entretenimiento. Su domicilio: FINCA SAN ANTON (SANTA OLALLA). Su capital: 3.000,00 Euros. Y su Adm. Único: Rita . Los socios son D^a Rita y D. Dimas . D^a Rita se divorció de D. Heraclio en el año 2007.

QUINTO.- FACTORIA DE OPORTUNIDADES EXTREMEÑAS SL. Comenzó sus operaciones el 27.02.13. Siendo su objeto social: actividades inmobiliarias, prestación de servicios, actividades de gestión y administración, servicios educativos, sanitario, ocio y entretenimiento. Su domicilio: FINCA SAN ANTON (SANTA OLALLA). Su capital: 3.000,00 Euros. Y su Adm. Único: Rita . Los socios son D^a Rita y D. Dimas **SEXTO.-** OURSHOP SL. Consta que cesó como Administrador único D. Dimas y fue nombrado D. Heraclio

SEPTIMO.- VECSI INTERNACIONAL SL. Según escritura de constitución de 2 de octubre de 2012 fue constituida por D Heraclio y D^a Juan Alberto . Siendo administradora única D^a. Virginia .

OCTAVO.- BAZAR OLIAS SL. Se constituyó el 17 de abril de 2013, siendo socios D^a Rita y D. Dimas . Y administrador único D^a. Rita .

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 se infiere de los documentos en las descripciones 47, 48, 49, 50, 56, 57, 64, 71, 73, 75, 93, 100, 101, 118 y Desc. Doc 1.1 -donde consta la documentación presentada ante la autoridad laboral-
- 2.- El hecho segundo se infiere de las descripciones 57, 134, 140, 143, 144, 145, 212.
- 3.- El hecho tercero se infiere de la descripción 122, 123
- 4.- El hecho cuarto se infiere del documento en la descripción 51, 187, 188, 189,
- 5.- El hecho quinto se infiere de la descripción 52, 193, 194, 195 y 196.
- 6.- El hecho sexto se infiere de la descripción 53.
- 7.- El hecho séptimo se infiere de los folios 225, 226.
- 8.- El hecho octavo se infiere de la descripción 197.

TERCERO.- La primera cuestión que debemos analizar es la excepción de incompetencia de jurisdicción. Se sostuvo que como existe una resolución del Juzgado Mercantil declarando el concurso de acreedores de la empresa COMERCIAL CASAS CARRETERO SL, esta Sala ya no tiene competencia para enjuiciar el despido colectivo.

La doctrina de la Sala sobre la materia puede resumirse del siguiente modo: Cuando el concurso es declarado antes de la consumación de despido colectivo, la competencia es del Juez de lo Mercantil. Cuando el concurso es declarado después de la consumación del despido colectivo, la competencia es del orden jurisdiccional social - SAN de 26 de julio de 2012 (Rec. 124/2012).

Lo anterior implica que, en el presente caso, la competencia para enjuiciar el presente despido colectivo corresponde a la jurisdicción social, pues la declaración de concurso se produjo después de presentada la demanda de conflicto colectivo. Precisamente por ello y mayor abundamiento cabe añadir que, en un caso como el de autos, opera la llamada *perpetuatio iurisdictionis*, recogida en el art. 411 de la LEX, pues conforme a



dicho artículo, "las alteraciones que una vez iniciado el proceso se produzcan.....no modificarán la jurisdicción y la competencia, que se determinarán según lo que se acredite en el momento inicial de la litispendencia".

Por lo demás, el hecho de que una de las empresas codemandadas se encuentre en situación de concurso, no afecta a la doctrina expuesta.

CUARTO.- Precisamente el anterior argumento sirve para rechazar la excepción de inadecuación de procedimiento. En efecto, se sostuvo que al haberse conciliado o llegado a un acuerdo con la mayoría de los trabajadores, el despido había pasado a ser de colectivo a plural. Pero este argumento no es válido. En primer lugar porque conforme al art. 411 de la LEC las alteraciones en el "objeto del juicio" no modificarán la jurisdicción, ni la competencia, por lo tanto, el despido sigue teniendo naturaleza colectiva. Pero además, lo acordado a título individual o en procesos de despido individual no altera o afecta a la pretensión de naturaleza colectiva que ejercitan los representantes de los trabajadores - SAN de 27 de julio de 2012 (Rec. 127/2012) y 14 de febrero de 2013 (Rec. 345/2012)-.

QUINTO.- Se razonó que tanto CCOO, como los representantes de los trabajadores carecían de legitimación activa, negándose por la empresa a estos últimos su condición de tales. La Sala no puede admitir la excepción, pues en las actas de negociación del despido los dos actores figuran y son reconocidos por la empresa como representantes legales de los trabajadores, lo que implica que poseen legitimación activa de conformidad con lo establecido en el art. 124.1 LRJS . Del mismo modo la posee el sindicato CCOO, pues se trata de un sindicato con "implantación suficiente" en el ámbito del despido colectivo - art 124.1 LRJS -, como lo demuestra el hecho de que los dos representantes legales están afiliados y fueron elegidos por las listas de CCOO.

SEXTO.- Donde verdaderamente se centró el debate es en la falta de legitimación pasiva y en la existencia de un grupo de empresas. Ambas cuestiones están estrechamente unidas, por lo que debemos analizar si, efectivamente, nos encontramos ante un grupo de empresas de los llamados "patológicos".

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.

SEPTIMO.- Si aplicamos la anterior doctrina al caso de autos debemos concluir que no existe grupo. Antes de indicar las razones, debe hacerse una crítica a la demanda, pues no es de recibo ampliar la demanda contra personas físicas o jurídicas, afirmando la existencia de grupo con remisiones genéricas a la concurrencia de los elementos que al respecto exige la jurisprudencia. Pues en efecto, en las sucesivas ampliaciones, no se realiza un estudio razonable de las causas por las que se sostiene la existencia de grupo.

Pues bien, procede aceptar la falta de legitimación pasiva del Administrador D. Heraclio y de la totalidad de las empresas codemandadas, pues no concurren las notas que hemos indicado en el párrafo anterior. De hecho, no cabe afirmar la existencia de grupo por el hecho de que la exmujer de D. Heraclio y su hijo, constituyan nuevas sociedades; o por el hecho de que la hermana de D. Heraclio y su esposo constituyan una sociedad y amplíen



el capital; tampoco de Central de Compras Hormigos SL, pues los trabajadores que prestaban sus servicios en dichas empresas, pasaron a prestarlos en Comercial Casas Carretero SL y Distribuciones Bembibre SL, pues por el solo hecho de la sucesión, único punto que se acredita, no cabe afirmar la existencia de grupo.

El debate quedaría centrado, precisamente, en estas dos últimas empresas Comercial Casas Carretero SL y Distribuciones Bembibre SL, pero la Sala, respecto de las mismas, entiende que no han quedado probados los elementos de confusión patrimonial -no hay ninguna prueba al efecto-, ni de prestación de servicios indiferenciada quedó claramente establecida, al existir versiones contradictorias. En efecto, no cabe duda de que el servicio se prestaba en el mismo local, pero de ello no cabe inferir la existencia de prestación de servicios indiferenciada.

Ciertamente D. Heraclio controla las empresas demandadas, pero de sólo éste dato no cabe inferir la existencia de grupo patológico, no bastando cualquier conexión, siendo necesaria una concurrencia sólida y probada de las notas exigidas por la jurisprudencia.

Podría pensarse que los cambios de los trabajadores de una a otra empresa se habrían realizado con la intención de defraudar al FOGASA, como se dice en la demanda, pero lo cierto es que dicha entidad fue citada a juicio y no compareció. En todo caso, no es éste el objeto del proceso colectivo.

OCTAVO.- Centrándonos, por lo expuesto, en el despido colectivo en COMERCIAL CASAS CARRETERO SL, como se dice en la demanda, la iniciación del periodo de consultas se notificó a los dos representantes de los trabajadores, si bien a las reuniones "asistieron" otros trabajadores a título individual, pero no negociaron, ni adoptaron el acuerdo, de hecho, aunque varios trabajadores aceptaron la propuesta, la fase de consulta terminó sin acuerdo, por la oposición de los representantes de los trabajadores a suscribirlo.

Como es de ver en el acta de la última reunión, la empresa si comunicó a los representantes de los trabajadores que procedía a la realización del despido colectivo. Ciertamente la empresa se negó a la aportación de las cuentas de las empresas de las cuentas consolidadas del grupo, pero ya hemos visto que no existe grupo a efectos laborales, ni tampoco tenemos datos suficientes para afirmar que existe grupo mercantil -art 42 C de c-. Tampoco podemos afirmar que existe mala fe en la negociación, pues ambas partes adoptaron posiciones de oposición a la negociación, de hecho la representación de los trabajadores rechazó toda negociación mientras les fuesen adeudadas cantidades. No hay parcelación de los trabajadores y la empresa negoció o intentó negociar con los únicos representantes unitarios existentes - art 51.2 ET en la redacción vigente en marzo de 2013-.

No apreciamos razones para imponer la sanción por temeridad a los demandantes.

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

FALLAMOS

Desestimamos las excepciones de incompetencia de jurisdicción, inadecuación de procedimiento y falta de legitimación activa; estimamos la excepción de falta de legitimación pasiva de DISTRIBUCIONES BEMBIBRE SL; CENTRAL DE COMPRAS HORMIGOS SL; M^a ENCARNACION MARTIN RTE. ERE. DISTRIBUCIONES BEMBIBRE SL; FACTORIA DE OPORTUNIDADES SANTA OLALLA SL; FACTORIA DE OPORTUNIDADES EXTREMEÑAS; OURSHOP SL; VECSI INTERNACIONAL SL; BAZAR OLIAS SL; Heraclio ; ; JAVIER AVILA RTE. NEGOCIACION ERE EN DISTRIBUCIONES BEMBIBRE SL; ROBERTO NAJERA CRESPO RTE. ERE EN DISTRIBUCION BEMBIBRE SL , desestimamos la demanda de despido colectivo formulada por FECHT-CC.OO; FCO. FRIAS MIEMBRO CTE. EMP.COMERCIAL CASAS CARRETERO SL; Matías MIEMBRO CTE. EMP.COMERCIAL CASAS CARRETERO SL: contra COMERCIAL CASAS CARRETERO SL -, que declaramos ajustado a Derecho. Han sido parte el FONDO DE GARANTIA SALARIAL y los administradores concursales de COMERCIAL CASAS CARRETERO SL y DISTRIBUCIONES BEMBIBRE SL.

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 deposito 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 000153 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