



Roj: **STSJ M 1466/2014 - ECLI:ES:TSJM:2014:1466**

Id Cendoj: **28079340062014100105**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **24/02/2014**

Nº de Recurso: **1563/2013**

Nº de Resolución: **147/2014**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **LUIS LACAMBRA MORERA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 1466/2014,**
STS 3456/2015

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 06 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 - 28010

Teléfono: 914931967

Fax: 914931961

34011530

NIG : 28.079.00.4-2013/0054806

Procedimiento Despidos colectivos 1563/2013

DEMANDANTES: D. Santiago , D. Torcuato y D. Jose Daniel

DEMANDADOS: CREPARE ADMINISTRADORES CONCURSALES, FUNDACION ADA, ADAGISA CORREDURIA DE SEGUROS SA, PROYECCIONES URBANISTICAS SA, ADA AYUDA DEL AUTOMOVILISTA DE SEGUROS Y REASEGUROS SA, ASISTENCIAS ASOCIADAS S.L., SIERPES AUTOMOCION SA, ADA, AYUDA DEL AUTOMOVILISTA SA y GENOVA 3 CONCURSALISTAS, SLP

Ilmos. Sres. D.

ENRIQUE JUANES FRAGA

LUIS LACAMBRA MORERA

BENEDICTO CEA AYALA

En Madrid a veinticuatro de febrero de dos mil catorce, habiendo visto las presentes actuaciones la Sección 6ª de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los Ilmos. Sres. Citados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

EN NOMBRE DEL REY

Ha dictado la siguiente

SENTENCIA N° 147

En la demanda 1563/13, formalizada por el Letrado D. Arturo Hernández Amores, en nombre y representación de D. Santiago , D. Torcuato y D. Jose Daniel , representantes de los trabajadores de ADA, AYUDA AL AUTOMOVILISTA, S.A, contra ADA AYUDA DEL AUTOMOVILISTA DE SEGUROS Y REASEGUROS SA Y OTROS, siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. **LUIS LACAMBRA MORERA**.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 22/10/2013 tuvo entrada demanda formulada por D./Dña. Torcuato , D./Dña. Jose Daniel y D./Dña. Santiago contra FUNDACION ADA, ADAGISA CORREDURIA DE SEGUROS SA, PROYECCIONES URBANISTICAS SA, ADA AYUDA DEL AUTOMOVILISTA DE SEGUROS Y REASEGUROS SA, ASISTENCIAS ASOCIADAS S.L., SIERPES AUTOMOCION SA, ADA, AYUDA DEL AUTOMOVILISTA SA ,en materia de DESPIDO COLECTIVO.

SEGUNDO.- Se dictó Decreto con fecha 24 de octubre de 2013 por el que se admitía la demanda y se señalaba para el acto de conciliación, y para el caso de no avenencia, el acto de juicio el día 10 de diciembre de 2013.

TERCERO.- Con fecha 5 de diciembre de 2013 se dicta resolución por la que se amplía la demanda frente a la ADMINISTRACION CONCURSAL de la mercantil ASISTENCIAS ASOCIADAS, S.A, en la persona jurídica de CREPARE ADMINISTRADORES CONCURSALES S.L.P, y con suspensión los actos de conciliación y juicio, se señala nuevamente para los actos de conciliación y juicio, la audiencia del 14 de enero de 2014. En dicha fecha, y a la vista de las manifestaciones realizadas, la Sala acuerda la suspensión de la vista y señalamiento para el día 4 de febrero de 2014, celebrándose con el resultado que consta en el acta y soporte de grabación incorporado a las actuaciones.

CUARTO.- Se han observado en la tramitación del proceso las prescripciones legales.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO .- ADA AYUDA AL AUTOMOVILISTA, S.A, comunicó el 14 de agosto de 2013 a veinte de sus trabajadores que iba a iniciar procedimiento de despido colectivo, de conformidad con el art. 51 del ET , creándose a tal fin el 19 de agosto una comisión negociadora por carecer aquellos de representación legal. Fueron elegidos para desempeñar tal función D. Santiago , D. Jose Daniel y D. Torcuato . Los trabajadores no afectados por el expediente ascienden a ocho.

SEGUNDO. - El período de consultas comenzó el 22 de agosto y finalizó el 5 de setiembre, terminado el cual sin acuerdo, y tras la celebración de dos reuniones (el 26 y el 30 de agosto) entre la representación de ambas partes, a cada uno de los trabajadores afectados se le remitió carta fechada el 5 de setiembre de 2013 para comunicarle la extinción de su contrato de trabajo con efectos del 23 de ese mismo mes. En dicha comunicación se fija el importe de la indemnización legal que le corresponde sin ponerse la misma a disposición del interesado por insolvencia de la compañía y tesorería insuficiente, remitiéndole al FOGASA para percibir la cantidad reconocida en la carta.

TERCERO. - En la primera reunión del período de consultas, celebrada el 26-8-2013, la empresa manifestó que el expediente de extinción de los contratos se debía a causas económicas y productivas. La representación de los trabajadores expresó su conformidad con la documentación entregada, con independencia de las razones de fondo que se debatieran posteriormente. Damos aquí por íntegra y totalmente reproducida el acta de la reunión unida a los autos (folio 1841 a 1843 de los autos), destacando que, en relación con el número de trabajadores seleccionados, el representante de la empresa, a la pregunta hecha por la representación social de "porqué el número de 20 afectados y no otro superior o inferior", respondió que "ha sido la dirección de la empresa la que ha considerado la viabilidad en función de ocho puestos".

CUARTO.- La segunda reunión se celebró el 30 de agosto, dándose así mismo por reproducida el acta de la misma (folios 1844 a 1846 de los autos), debiéndose de precisar que la lista y composición de la plantilla que permanecía en la empresa tras el despido, fue examinada por la representación de los trabajadores, entregándose dicha lista a la comisión negociadora, que acusó recibo. La reunión terminó, como se ha dicho, sin acuerdo.

QUINTO.- ADA, AYUDA AL AUTOMOVILISTA, S.A y ASISTENCIAS ASOCIADAS, S.A, se encuentran en situación de concurso de acreedores.

SEXTO. - ADA AYUDA AL AUTOMOVILISTA, S.A, que se constituyó el 22-8-1969, tiene como objeto social la dedicación y ayuda permanente al automovilista en ciudad y carretera, reparaciones mecano-eléctricas sobre la marcha y lugar requerido y reparaciones de toda clase de automóviles in situ y en talleres, remolcaje y transporte. Su domicilio social se encuentra en Madrid, Avda. de América, 37, planta 22.

SÉPTIMO. - FUNDACIÓN ADA, constituida el 1-1-2010 y domiciliada en Madrid, Avda. de América, 37, planta 22, desarrolla cursos de seguridad vial y colaboración con la escuela de ingenieros en la materia relacionada con su actividad.

OCTAVO .- ADA AYUDA AL AUTOMOVILISTA SOCIEDAD ANÓNIMA DE SEGUROS Y REASEGUROS, se constituyó el 5-1- 1989, su objeto social es el seguro y tiene el domicilio social en Madrid, Avda. de América, 37, plantas 22 y 23. Esta sociedad está participada en un 74,51% por ADA AYUDA AL AUTOMOVILISTA, S.A.

NOVENO .- ADAGISA CORREDURÍA DE SEGUROS, S.A, fue constituida el 4-11-1998, se dedica a la realización de la actividad propia de una correduría de seguros y su domicilio se encuentra en Madrid, Avda. de América, 37, planta 22. Esta empresa, que contaba con tres empleados, ha despedido por causas objetivas (pérdida de actividad y cifras económicas negativas consecutivas) en fecha 28-1-2014, D. Florentino y Dña. María Rosa .

DÉCIMO .- SIERPES AUTOMOCIÓN, S.A. constituida el 21-2-2000, se dedica a la ayuda y asistencia al automovilista, con establecimientos abiertos o en régimen ambulatorio, comprensivo de reparaciones mecano-eléctricas. Tiene su domicilio social en Madrid, Avda. de América, 37, planta 22, y es acreedora de ADA AYUDA AL AUTOMOVILISTA, S.A, por la utilización por el servicio prestada a esa del call center.

UNDÉCIMO .- PROYECCIONES URBANÍSTICAS, S.A constituida el 2-8-1983, se dedica al arrendamiento de inmuebles y su domicilio social se encuentra en Madrid, c/Corazón de María, 2.

DECIMOSEGUNDO .- ASISTENCIAS ASOCIADAS, S.A se constituyó el 6-4-1983, su objeto social es sociedad en cartera, y tiene el domicilio e Madrid, c/ Corazón de María, 22. Es propietaria de la planta 22 del domicilio social referido, cuyo arrendatario es ADA AYUDA AL AUTOMOVILISTA, S.A,

DECIMOTERCERO .- Para la mercantil ADASTUR, S.A, con domicilio en Madrid, c/ Corazón de María, 22, cuyo objeto social es el servicio de ayuda y asistencia al automovilista, prestaron en su día servicios D. Torcuato , D. Leovigildo y Dña. Cecilia , quienes pasaron a depender, como nuevo empresario, de ADA, AYUDA AL AUTOMOVILITA, S.A, a partir del 1-1-2010.

DECIMOCUARTO - Nueve trabajadores que prestaban servicios para ADA, AYUDA AL AUTOMOVILISTA, S.A, pasaron a depender de SIERPES AUTOMOCIÓN, S.A. para realizar funciones de call center, respetándoseles todos los derechos y condiciones laborales preexistentes.

DECIMOQUINTO .- D. Paulino figura como administrador social de las codemandadas ADA AYUDA AL AUTOMOVILISTA, S.A y ADA AYUDA AL AUTOMOVILSTA SOCIEDAD ANÓNIMA DE SEGUROS Y REASEGUROS de las que ocupa el cargo de presidente del consejo de administración.

DECIMOSEXTO .- ADAGISA CORREDURÍA DE SEGUROS, S.A tiene como administrador único a Dña. Francisca , SIERPES AUTOMOCIÓN, S.A, a D. Virgilio , y PROYECCIONES URBANÍSTICAS, S.A y ASISTENCIAS ASOCIADAS, S.A, a Dña. Mariana .

DECIMOSÉPTIMO .- En setiembre de 2012 ADA AYUDA AL AUTOMOVILISTA, S.A tramitó expediente de regulación temporal de empleo (ERTE) para reducción de la jornada para todo su personal, salvo tres empleados. Se realizó en enero de 2013 un segundo ERTE, estando en vigor el primero, acordándose la suspensión de 14 contratos de trabajo.

DECIMOCTAVO .- La empresa que realiza las auditorías a la codemandada ADA AYUDA AL AUTOMOVILISTA, S.A-servicio que viene haciendo desde el año 2009-realizó con demora las cuentas correspondientes a los años 2011 y 2012, presentadas en el registro Mercantil en enero de 2014.

DECIMONOVENO.- El 30-12-2010 ADASTUR y PROYECCIONES URBANÍSTICAS, S.A otorgaron en escritura pública dación en pago de la primera esta última, realizándose la misma operación de PROYECCIONES URBANÍSTICAS, S.A a favor de otra empresa del grupo.

VIGÉSIMO .- ADA AYUDA AL AUTOMOVILSTA SOCIEDAD ANÓNIMA DE SEGUROS Y REASEGUROS es acreedora en la cantidad de 3 millones de euros de ADA AYUDA AL AUTOMOVILISTA, S.A por el impago por esta de primas del seguro.

VIGESIMOPRIMERO .- ASISTENCIAS ASOCIADAS, S.A es propietaria de la planta 22 de la Avda. de América, 37, cuyo arrendatario es ADA AYUDA AL AUTOMOVILISTA, S.A.

VIGESIMOSEGUNDO .- PROYECCIONES URBANÍSTICAS, S.A es propietaria de dos pisos en Madrid, uno en Oviedo y de algunos terrenos en Asturias.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- El relato fáctico precedente se funda en la prueba documental unida al proceso y del interrogatorio de los codemandados. Respecto de aquella, al haber sido expresamente reconocida en su totalidad por las partes, salvo el documento número 9 de la actora (esquema del grupo empresarial ADA), que no se reconoce



porque está elaborado por la actora, ni el número 3 de la codemandada ADAGISA, documentos que, como seguidamente se razonará, carecen de relevancia en el proceso.

SEGUNDO .- El primer punto a resolver es el que concierne a la excepción de falta de legitimación pasiva que aducen todas las codemandadas, excepto ADA AYUDA AL AUTOMOVILISTA, S.A, al considerar que ninguna de ellas forma grupo de empresas y en consecuencia han de quedar exentas de cualquier pronunciamiento condenatorio que se derive de la acción interpuesta. La parte actora sostiene la realidad del grupo por su apariencia externa, el sometimiento del personal a una misma dirección, la identidad del domicilio social y de administradores sociales, la confusión de plantilla y la participación societaria de unas y otras codemandadas.

No es cuestionable que todas las empresas integran un grupo, conclusión deductiva que se evidencia tras el examen de las informaciones del Registro Mercantil, relativas, sobre todo y respecto de algunas de ellas, al domicilio social, las identidades personales en los cargos de administrador, del cambio de una a otra empresa de parte de los empleados o de los negocios jurídicos otorgados, y del propio informe del auditor.

Pero la existencia de grupo empresarial en los términos y con el alcance que explica la narración fáctica no implica ni supone que los trabajadores afectados por el despido hayan prestado servicios para las codemandadas en la forma exigida por la jurisprudencia como premisa básica del grupo con responsabilidad solidaria en las obligaciones laborales contraídas. Las líneas maestras que sirven al respecto, desde la óptica doctrinal, quedan expuestas, por el momento, en la STS de 27 de mayo de 2013 (recurso de casación número 78/2012) que, recogiendo jurisprudencia anterior, sustancialmente se reflejan así:

"Que «no es suficiente que concurra el mero hecho de que dos o más empresas pertenezcan al mismo grupo empresarial para derivar de ello, sin más, una responsabilidad solidaria respecto de obligaciones contraídas por una de ellas con sus propios trabajadores, sino que es necesaria, además, la presencia de elementos adicionales», .

Que la dirección unitaria de varias entidades empresariales no es suficiente para extender a todas ellas la responsabilidad, pues tal dato tan sólo será determinante de la existencia del grupo empresarial, no de la responsabilidad común por obligaciones de una de ellas (...)"

Que tampoco determina esa responsabilidad solidaria la existencia de una dirección comercial común, porque ni el control a través de órganos comunes, ni la unidad de dirección de las sociedades de grupos son factores suficientes para afirmar la existencia de una «unidad empresarial» (SSTS 30/04/99 -rcud 4003/98 ; 27/11/00 -rco 2013/00 -; 04/04/02 -rco 3045/01 -; 03/11/05 -rcud 3400/04 -; y 23/10/12 -rcud 351/12 -); como el que una empresa tenga acciones en otra o que varias empresas lleven a cabo una política de colaboración no comporta necesariamente la pérdida de su independencia a efectos jurídico- laborales (SSTS 03/05/90 Ar. 3946 ; 29/10/97 -rec. 472/1997 -; 03/11/05 -rcud 3400/04 -; y 23/10/12 -rcud 351/12 -); como la coincidencia de algunos accionistas en las empresas del grupo carece de eficacia para ser determinante de una condena solidaria, en contra de la previsión del art. 1137 CE , teniendo en cuenta que todas y cada una de las Sociedades tienen personalidad jurídica propia e independiente de la de sus socios (SSTS 21/12/00 -rec. 4383/1999 -; 20/01/03 -rec. 1524/2002 -; y 03/11/05 -rcud 3400/04 -); y tampoco cabe exigir esa responsabilidad solidaria por el sólo dato de que el Administrador único de una empresa sea representante legal de otra, pues «pues la mera coincidencia de un administrador en ambas, aunque comportara una dirección unitaria, no determinaría sino la existencia de un grupo de empresas y no la responsabilidad solidaria de aquéllas» (STS 26/12/01 -rec. 139/2001 -)". Sigue diciendo esta sentencia que:

(...) 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". Y añade:

(...) 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". Y finaliza esta exposición argumental señalando:

(...) 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". Aunque, continúa indicando que "en todo caso parece oportuno destacar -con la ya citada STS 20/Marzo/13 - que «el concepto de grupo laboral de empresas y, especialmente, 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 ... empresas ..., la intensidad o la posición en relación de aquéllas con los trabajadores o con el grupo no es la misma".

TERCERO .- Esta doctrina da luz en la resolución del caso. Sin negar las interrelaciones obvias de la mayor parte de las empresas codemandadas, tanto en el plano en la implicación en elementos comunes atinentes a la actividad u objeto social, y en relación con el domicilio social-tampoco común en todas-no se da sin embargo un requisito clave y decisivo para declarar la responsabilidad solidaria que se propugna: la indistinta prestación de servicios para las empresas del grupo, ni habitual ni esporádica, pues los trabajadores afectados por el despido colectivo lo han sido exclusivamente de ADA AYUDA AL AUTOMOVILISTA, S.A, y quienes en su momento dependían de esta y pasaron a desempeñar funciones en el call center de SIERPES AUTOMOCIÓN, S.A, lo hicieron a todos los efectos y respetándoseles las condiciones laborales preexistentes, es decir, sin señal de irregularidades evidenciadas que hayan sido aducidas ahora. Incumbe a los demandantes dejar como circunstancia acreditada que todos o, en su caso, parte de ellos, desempeñaron su actividad en el ámbito del grupo, o de algunas empresas del mismo, es decir, que trabajaron de manera indistinguible para estas, dejando palpable una prestación laboral confusa, y la ausencia de tal presupuesto no permite declarar como empleadores a quienes han sido codemandados con el simple enunciado de aquellas notas caracterizadoras del grupo empresarial que sin embargo no se aplican en el presente caso.

CUARTO .- En consecuencia, no nos hallamos ante un grupo empresarial con responsabilidad solidaria respecto de los efectos del despido impugnado, y siendo así la excepción debe estimarse, pues ninguno de los trabajadores cuya relación laboral ha sido extinguida ha acreditado la prestación laboral indiferenciada requerida o, más concretamente, que hayan prestado servicios, alguno de ellos, varios o su mayoría, para empresa distinta a la que les ha despedido, ni actuación de ninguna clase de cariz fraudulento y en su perjuicio, tendente a eludir responsabilidades legales en el ámbito del contrato de trabajo. De los datos que la parte actora cita como datos reveladores del grupo-apariencia exterior, domicilio coincidente, confusión y movimientos de plantilla, participación recíproca en el capital entra unas y otras de las codemandadas y la identidad de administradores sociales-solo se han probado los de carácter accesorio, a tenor de la jurisprudencia aludida.

QUINTO .- Despejada la anterior cuestión, procede ahora examinar las alegaciones de la parte actora y los motivos de oposición a la demanda de ADA AYUDA AL AUTOMOVILISTA, S.A respecto del despido impugnado.

1.- Alega aquella que el despido es nulo por incumplimientos formales en la tramitación previa al despido, referidos a la insuficiencia de la documentación presentada, de la memoria explicativa de las causas del despido, ausencia de explicación de criterios en la selección de los trabajadores afectados, que, además, se ha obviado el adecuado período de consultas y un proceso de negociación real, desarrollado en sólo dos reuniones (26 y 30 de agosto) con mantenimiento empresarial en ambas de posiciones inamovibles. Se añade que la Inspección de Trabajo no dio el visto bueno en su informe y que el despido de 20 trabajadores se acordó el 23-9-2013 estando en vigor un ERTE.

El párrafo 11 del art. 124 de la LRJS, en versión proporcionada por el art. 11 del Real Decreto-Ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social, en vigor desde el 4- 8-2013, indica que "la sentencia declarará nula la decisión extintiva únicamente cuando el empresario no haya realizado el período de consultas o entregado la documentación



prevista en el artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores o no haya respetado el procedimiento establecido en el artículo 51.7 del mismo texto legal u obtenido la autorización judicial del juez del concurso en los supuestos en que esté legalmente prevista, así como cuando la medida empresarial se haya efectuado en vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas. En este supuesto la sentencia declarará el derecho de los trabajadores afectados a la reincorporación a su puesto de trabajo, de conformidad con lo previsto en los apartados 2 y 3 del artículo 123 de esta Ley".

En relación con la memoria, el trámite ha de entenderse por cumplido, ex art. 51.2 y 4 del ET, en el texto resultante de las modificaciones operadas por el art. 9, párrafo cuatro del citado Real Decreto-Ley 11/2013, de 2 de agosto, y del art. 4 del R.D 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada. Deducción inferida a la vista de la documentación aportada al expediente y con independencia del criterio que con posterioridad merezcan los datos expresados y su certeza y realidad, en el enjuiciamiento del asunto, conforme a la prueba practicada en el proceso correspondiente. No hay constancia de negociación del período de consultas con dolo o mala fe-que no se presume cuando la empresa elude propuestas alternativas al despido colectivo-, como, así mismo, tampoco la legalidad vigente sanciona la imposibilidad de iniciar la tramitación de esta medida extintivo-contractual en momento en que hay un ERTE en vigor, ya que, las iniciales causas que lo determinaron para reducir la jornada, pueden agravarse o sumársele otras de las reguladas en el art. 51.1 del ET que justifican el inicio del procedimiento extintivo. Y, por otro lado, la limitación del período de consultas a dos reuniones en el mes de agosto, etapa vacacional, ni es signo de mala fe ni revela incumplimiento formal, por semejante duración, de los trámites legales y reglamentarios.

Por lo que se refiere a las razones determinantes de la selección de los trabajadores afectados, se constata que fueron sin duda insuficientemente explicadas en la primera reunión, como así consta en el ordinal fáctico tercero, aunque después se les entregó la lista de los excluidos (ordinal cuarto), quienes permanecen en la empresa, según se indica ahora, por tratarse de personal polivalente, punto que carece de la necesaria concreción, pero cuya precariedad explicativa no provoca, según criterio de la Sala, la nulidad del despido.

2.- Sobre las razones argüidas por la empresa para justificar el despido, ha de señalarse que tanto la situación económica negativa que la fundamenta, debida, según la empresa, a la pérdida de contratos con clientes, como, entre estos el más importante-cliente de Méjico-han de ser acreditadas debidamente. En este punto se puede reiterar lo indicado en la sentencia de esta Sala y Sección de 17-12-2012 (rec. 6244/2012) sobre el nuevo panorama derivado de la legislación que modifica el art. 51.1 del ET. Se dice en esta sentencia:

"se ha producido una progresiva flexibilización o aminoración de la exigencia relativa a la conexión instrumental o finalidad del despido basado en este tipo de causas, para llegar a su completa desaparición literal con el RD-ley 3/2012 y ley 3/12", pero los criterios aplicados "deben de someterse sin duda al control judicial para verificar si a raíz de tan relevante causa la amortización del puesto de trabajo responde adecuadamente a lo que la norma enuncia, siempre que se apliquen criterios no rayanos en la arbitrariedad u otro móvil ilícito".

En la misma línea u orientación, se pronuncia la sentencia de esta Sala (Sección Primera) de 5-12-2013 (rec. 1620/2013), que señala: que:

"no forma parte del control judicial la valoración de la forma de gestión empresarial, quedando fuera del ámbito de aquél tanto el origen de la circunstancia o hecho que se invoca como razón del despido -claro está, salvo fraude legal- como la imposición judicial de medidas alternativas a la extinción contractual. Ahora bien, lo que no parece posible suprimir es la valoración judicial sobre la concurrencia de una verdadera causa de despido, entendido este término en su recto sentido, que depende del concepto mismo de causa tal como viene expresado en el art. 217 LEC.

Este precepto establece el reparto de la carga de la prueba entre las partes procesales, atribuyendo al demandante "probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvencción". Así pues, se impone a las partes procesales la acreditación de unos hechos, pero no de unos hechos cualesquiera, sino "de los que ordinariamente se desprenda" el efecto jurídico que pretende obtener la parte que los invoca, lo cual remite a unos patrones racionales sobre la relación lógica entre causa y efecto. Por lo tanto, sobre la base de este razonamiento hemos de decir que la empresa que quiere aplicar el despido objetivo ha de acreditar que en la situación en la que se encuentra concurren unos hechos o circunstancias de las que ordinariamente se desprende la conveniencia de extinguir un puesto de trabajo, formando parte del control judicial del despido objetivo constatar si esos hechos o circunstancias tienen ese efecto causalmente lógico que justifica el despido.

Desde esta perspectiva, no puede negarse que entra dentro del control judicial del despido el abuso de derecho en que puede incurrir el empresario al hacer uso de las previsiones del art. 52. C) ET, de la misma manera que



puede hacerlo en otros supuestos de extinción contractual, como pueden ser el desistimiento del empresario durante el período de prueba del contrato de trabajo (STS 12 de noviembre de 2007, RCU 4341/2006), o el de extinción por cumplimiento de condición resolutoria (SSTs 14 de diciembre de 2011, RCU 774/2011 ; 20 de julio de 2011, RCU 152/2010)".

También conviene reflejar la doctrina reciente que sobre los despidos colectivos consta en la STS de 20-9-2013 (rec. 11/2013), que dice: (...) *el legislador de 2012 ha querido además, y así lo ha hecho constar en la exposición de motivos de la Ley 3/2012 (apartado V), que los órganos jurisdiccionales encargados del enjuiciamiento de los despidos colectivos no sustituyan al empresario en la elección de las medidas concretas a adoptar, limitando su control a verificar que las causas económicas alegadas existen, que tienen seriedad suficiente para justificar una reestructuración de los objetivos y de los recursos productivos de la empresa, que no son por tanto un pretexto o excusa para despedir, y que la supresión o amortización de puestos de trabajo acordada es una medida apropiada (o una de las medidas apropiadas) para hacerles frente. En definitiva, en contra de lo que han alegado en el caso las partes demandantes, no corresponde en el derecho vigente a los órganos jurisdiccionales, al valorar las causas de los despidos económicos, efectuar un juicio de proporcionalidad en el sentido técnico-jurídico de la expresión, el cual presupone una valoración del carácter indispensable de la decisión adoptada, sino un juicio de adecuación más limitado, que compruebe la existencia de la causa o causas alegadas, su pertenencia al tipo legal descrito en el artículo 51 ET, y la idoneidad de las mismas en términos de gestión empresarial en orden a justificar los ceses acordados" (el subrayado es nuestro) .*

Pero es incuestionable que junto a la alegada concurrencia de circunstancias objetivas que la empresa aduzca para extinguir los contratos de trabajo del personal afectado, se impone inexcusablemente la obligación de acreditar la certeza de los hechos que han llevado a la medida adoptada. En el presente caso las cuentas de los años 2011 y 2012 se han presentado en el Registro Mercantil en enero de 2014, cuatro meses después del despido, y aunque esta demora podría subsanarse en juicio demostrando, por medio de prueba pericial, la realidad de los efectos de la causa productora de las pérdidas, no se ha hecho así, por falta de ratificación del informe del auditor, cuya interpretación se deja, como prueba solicitada por la parte actora, al administrador concursal compareciente de quienes se piden aclaraciones, aunque no sea el autor del dictamen. Y así, el interrogatorio de este nada aclara, pues tras afirmar que no ha analizado el informe de auditoría, responde, ictu oculi y de modo especulativo-como no podía ser de otro modo-sin poder auxiliar a la Sala en el esclarecimiento de determinadas partidas que figuran en el balance, el importe de las ventas o sobre la razón de porqué en las hojas 4, 37 y 46 figuran cifras iguales en algunas partidas, que en la hoja 4 restan y suman, y sin tener la certeza si son brutas o netas.

Las causas del despido han de ser fehaciente e inexcusablemente probadas, aun con las recientes orientaciones normativas y jurisprudenciales habidas en la materia, de las que se acaba de hacer mención, y en el caso actual la demandada aporta datos económicos que no quedan debida y suficientemente explicados por el técnico que los elaboró, hurtando a las partes y al Tribunal la posibilidad de pedir aquellas aclaraciones y plantear las pertinentes dudas respecto de la situación productiva y sus consecuencias económicas, que ha desembocado en las medidas extintivas acordadas.

SEXTO . - En virtud de todo lo expuesto y razonado, procede estimar la excepción de falta de legitimación pasiva alegada, rechazar la nulidad que se postula en demanda, declarando como no ajustada a derecho la decisión extintiva por falta de concurrencia de las causas, conforme al art. 124.11 de la LRJS, en la redacción dada por el art. 11, párrafo uno del Real Decreto-Ley 11/2013, de 2 de agosto, con los efectos propios de esta declaración, que se fijarán en el fallo.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Estimamos la excepción de falta de legitimación pasiva alegada por ASISTENCIAS ASOCIADAS, S.A, FUNDACIÓN ADA, ADA AYUDA AL AUTOMOVILISTA SOCIEDAD ANÓNIMA DE SEGUROS Y REASEGUROS, ADAGISA CORREDURÍA DE SEGUROS, S.A, PROYECCIONES URBANÍSTICAS, S.A y SIERPES AUTOMOCIÓN, S.A., absolviendo a estas codemandadas de los pedimentos deducidos en su contra. Estimamos en parte la demanda interpuesta por D. Santiago, D. Jose Daniel y D. Torcuato, contra ADA AYUDA AL AUTOMOVILISTA, S.A, y declaramos como no ajustada a derecho la decisión extintiva impugnada, condenando a esta empresa a estar y pasar por el anterior pronunciamiento.

Notifíquese esta resolución a las partes y una vez firme la sentencia, se notificará a los trabajadores que pudieran ser afectados por el despido colectivo que hubiesen puesto en conocimiento de este Tribunal un domicilio a efectos de notificaciones. Asimismo se notificará para su conocimiento a la autoridad laboral, la entidad gestora de la prestación por desempleo y la Administración de la Seguridad Social.



Hágaseles saber a los antedichos, sirviendo para ello esta misma orden, que contra la misma pueden, si a su derecho conviene, interponer recurso de casación, que se preparará por escrito ante esta Sala dentro de los cinco días siguientes a la notificación de esta sentencia, de acuerdo con lo prevenido en los artículos 208 , 229 y 230 de la LRJS , asimismo se hace expresa advertencia a todo posible recurrente en casación de esta sentencia que no goce de la condición de trabajador o de causahabiente suyo o beneficiario del Régimen Público de la Seguridad Social o del beneficio reconocido de justicia gratuita, deberá acreditarse ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso el ingreso en metálico de 600 euros, conforme al artículo 229.1 b) de la LRJS , y la consignación del importe de la condena cuando proceda, presentando resguardo acreditativo de haber efectuado ambos ingresos, separadamente, en la c/c nº 2870 0000 00 1563/13 que esta Sección Sexta tiene abierta en el Banco Santander, oficina sita en la Calle Miguel Angel nº 17, 28010 Madrid, o bien por transferencia desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de Banco Santander. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes: 1. Emitir la transferencia a la cuenta bancaria (CCC) siguiente: (IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274). 2. En el campo ordenante, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el NIF/CIF de la misma. 3. En el campo beneficiario, se identificará al Juzgado o Tribunal que ordena el ingreso. 4. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al Procedimiento (2870 0000 00 1563/13), pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito (art. 230.1 L.R.J.S .).

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.

Expídase testimonio de la presente resolución para su incorporación a los autos de esta Sala.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN .- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia, por el Sr.Magistrado-Ponente que la firma, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha. Doy fe.