



Roj: **SAN 3486/2014 - ECLI:ES:AN:2014:3486**

Id Cendoj: **28079240012014100144**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **22/04/2014**

Nº de Recurso: **299/2012**

Nº de Resolución: **78/2014**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **RAFAEL ANTONIO LOPEZ PARADA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 3486/2014,**
STS 733/2016

SENTENCIA

Madrid, a veintidos de abril de dos mil catorce.

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 los procedimientos acumulados 328/2012, 299/2012 y 9/2013 seguidos por demandas de D. Herminio , D. Olegario , D. Víctor y D^a Carolina (letrado D. Miguel Angel López Franco) contra Ministerio de Empleo y Seguridad Social (Abogado del Estado D. Gonzalo María Mairata Corominas), Grupo Mekanotubo S.A. (letrado D. Ignasi Lúquez González), Advvante Concursal S.L.(administrador concursal D. Enrique Faura), D. Amadeo y otros trabajadores afectados (letrado D. Miguel Ángel López Franco), D. Epifanio (no comparece) sobre IMPUGNACIÓN DE RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA, D. Joaquín (letrado D. Ricardo Otero Ventín) contra Grupo Mekanotubo S.A. sobre IMPUGNACIÓN INDIVIDUAL DE EXTINCIÓN DE CONTRATO DE TRABAJO EN DESPIDO COLECTIVO y D. Secundino , D. Balbino y D^a Catalina (letrado D. José Ignacio Bidón) contra Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Grupo Mekanotubo S.A., Masajursa S.L. (letrada D^a Ester Monferrer), Libarache S.L. (letrada D^a Gloria Raich), Cartera de Inversiones CM S.A. (letrada D^a Helena Maillo), Mekanopark 20 S.L. (letrada D^a Ester Monferrer), Mekanohünnebeck S.A. (letrada D^a Ester Monferrer), Cementos Molins S.A. (letrada D^a Helena Maillo), Cimbras y Geotecnia, S.L. (antes Aleteam Construmat S.L.) (letrada D^a Nuria Termes), Belmert Capital S.A. (letrada D^a Nuria Termes), Otinix S.A. (letrada D^a Helena Maillo), Grupo Vivo Team S.L. (letrada D^a Ester Moferrer), Building Equipment S.L. (letrada D^a Ester Monferrer), Mekanogumba S.A. (letrada D^a Ester Monferrer) y Fondo de Garantía Salarial (no comparece), sobre IMPUGNACIÓN DE RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. D. RAFAEL A. LOPEZ PARADA

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El 9 de mayo de 2012 se presentó ante esta Sala demanda por D. Herminio , D. Olegario , D. Víctor y D^a Carolina contra Grupo Mekanotubo S.A., en materia de IMPUGNACIÓN DE DESPIDO COLECTIVO, tramitándose con el número de procedimiento 104/2012 y dictándose sentencia el 4 de julio de 2012 por esta Sala, declarando la inadecuación de procedimiento por tratarse de impugnar una resolución administrativa autorizatoria del despido colectivo, con arreglo a la legislación en vigor antes del Real Decreto-ley 3/2012, sentencia que, recurrida en casación, fue confirmada por sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 2013 (rec 24/2013). El 29 de octubre de 2012 se presentó ante esta Sala nueva demanda por D. Herminio , D. Olegario , D. Víctor y D^a Carolina contra el Ministerio de Empleo y Seguridad Social,



Grupo Mecanotubo S.A. y Advante Concursal S.L. en materia de impugnación de resolución administrativa. Por auto de esta Sala de 16 de enero de 2013 se declaró su falta de competencia para conocer de la demanda interpuesta por ser competente para conocer de la misma la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Por auto de 17 de julio de 2013 la indicada Sala se declaró también incompetente, elevando cuestión de competencia a la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. Por auto de 3 de diciembre de 2013 la Sala de lo Social del Tribunal Supremo resolvió que la competente para conocer esa demanda era esta Sala de lo Social de la Audiencia Nacional (Procedimiento 299/2012).

Segundo.- El 31 de mayo de 2012 D. Joaquín presentó ante los Juzgados de lo Social de Madrid demanda de impugnación individual de su extinción de contrato de trabajo por despido colectivo contra Grupo Mecanotubo S.A. turnada al Juzgado de lo Social de Madrid, éste dictó auto el 1 de octubre de 2012 declarándose incompetente para conocer de la misma e inhibiéndose a favor de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional (Procedimiento 328/2012).

Tercero.- El 11 de enero de 2013 tuvo entrada en el registro de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional demanda de impugnación de resolución administrativa, promovida por D. Secundino , D. Balbino y Dña. Catalina , contra la Resolución del Ministerio de Empleo y Seguridad Social de 3-08-2012, dictada en Expediente núm. NUM000 , por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto contra la Resolución de la Dirección General de Empleo de fecha 10-04-2012, por la que se acordó autorizar a la empresa GRUPO MECANOTUBO SA para la extinción de 55 relaciones laborales (Procedimiento 9/2013).

Cuarto . - Por auto de esta Sala de 6 de mayo de 2013 se acordó la acumulación de los procedimientos 328/2012 y 9/2013. El 28 de mayo de 2013 las partes de los indicados procedimientos acordaron la suspensión del acto de conciliación y juicio hasta que la sentencia de esta Sala de 4 de julio de 2012 en procedimiento 104/2012 fuese firme. Por Decreto de 20 de enero de 2014, una vez firme la sentencia de esta Sala en dicho procedimiento, se levantó la suspensión y se señaló el acto del juicio para el 27 de marzo de 2014 .

Quinto.- Por auto de esta Sala de 12 de febrero de 2014 se acordó la acumulación del procedimiento 299/2012 a los procedimientos anteriormente acumulados 328/2012 y 9/2013, fijándose nuevo señalamiento el 8 de abril de 2014 para los actos de conciliación y juicio.

Sexto . - 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. Las partes demandantes se ratificaron en su demanda, exponiendo los representantes procesales de las mismas los motivos que fundaban su pretensión. Se opusieron a la estimación de dichas pretensiones las partes demandadas, por los motivos que igualmente argumentaron. Todo ello en los términos que resultan del acta del juicio y de la grabación de la vista oral.

Séptimo . - De conformidad con lo dispuesto en el artículo 85.6 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre , se precisa que los hechos controvertidos fueron los siguientes:

- En el proceso del periodo de consultas negoció Victoriano por el personal de Beatriz . - En Mayo de 2012 se promovió un ERTE no impugnado. - Se solicitó el concurso de acreedores en Julio 2012 se pidió la extinción de 118 puestos de trabajo. - Al final se extinguirán 52 puestos de trabajo porque 57 fueron subrogados. - Se admitió 20 días por año de indemnización. - Se adjudico la unidad productiva y la marca; para el letrado Bidón es pacífico. - El 2-4-13 el Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Barcelona procedió a la liquidación de la empresa con la calificación de fortuito. - Tanto el Juzgado Mercantil nº 9 de Barcelona como el Juzgado Social de Sevilla descartan el grupo de empresas a efectos laborales. - Se extinguieron 118 contratos de los que quedaron 8 y ahora quedan dos trabajadores. - La resolución administrativa de la Ministra admite la concurrencia de grupo mercantil. - En las actas del periodo de consultas nunca se cuestiono que la empresa negociara de buena fe. - Entre las medidas de la negociación se propuso un anticipo por el FGS un convenio de recuperación que se llevo a efecto porque lo descartaron todos los centros de trabajo. - Las resoluciones administrativas validaron el poder del promotor del ERE. - Se reconoce que la Sra. Catalina tiene una grave enfermedad. Se incluyo en el ERE por el cierre del centro; también se incluyo al Sr. Secundino que era delegado del centro, por el cierre del mismo. - Ante el Juzgado Social 2 de Sevilla en 16-5-00 la empresa admitió no despedir al SR. Secundino y en caso de despido abonarle 45 días. - Se ofreció convenio de la Seguridad Social para mayores de 55 años. - Concorre causa económica y se admitió por la inspección que hubo perdidas de 2.500.000 euros en 2011 y en primer trimestre de 2012 2.213.750 euros. - La acumulación de perdidas en el periodo 1-1-10 a 31-3-12 fue de 10.190.000 euros. - La previsión de cartera para el año 2012 es de 34 millones de euros; para el letrado Bidón es pacífico. - La facturación definitiva en el primer trimestre de 2012 fue de 4.440.000 euros. - La previsión de la facturación mensual ascendía a 2.840.000 euros, no se llegaron a concretar. - Se aportaran cuentas consolidadas del grupo y de las empresas dependientes. - Ha habido operaciones vinculadas. Respecto Masajursa, Cartera de Inversiones,



están auditadas y validadas las cuentas consolidadas. - Hubo unas aportaciones de los socios de Mecanotubo en el periodo octubre 2010 a marzo de 2012 que ascendieron a 4,95 millones de euros. - La cifra de negocio fue de 75 millones en 2009, de 48 millones en 2010, de 28 millones en 2011, en el primer trimestre de 2012 4.440.000€. - La división de construcción tiene nula rentabilidad. La división de geotecnia ascendió a 12 millones en 2010, se redujo 6.860.000€ en 2011. Los costes de personal suponen el 38% de las ventas. - La facturación por empleado pasa de 13.900€ en 2009 a 2.000€ en 2012. - El fondo de maniobra es de menos de 6 millones de euros. - Cementos Molins, Cartera de Inversiones y Otinix no forman grupo de empresas con Mecanotubo nisiquiera mercantil. - Son empresas reales con actividad propia y diferenciada con patrimonio propio. - Otinix tiene el 9,23 % del capital social de Mecanotubo. Tiene dos trabajadores y no tiene relación comercial con Mecanotubo. - Cartera de Inversiones no tiene una actividad igual a Mecanotubo. Ostenta el 22,36% del capital social de Mecanotubo y es miembro del consejo de administración de Mecanotubo. No tiene igual actividad y no tiene trabajadores comunes. - Cementos Molins tiene distinta actividad a Mecanotubo si bien tiene una actividad complementaria correspondiente a la explotación de cementeras no tiene capital social en Mecanotubo. - Mecanohunnebeck y Mecanopark 20 forman parte del grupo mercantil. Mecanopark está participada en un 35% por Mecanotubo. - El 18.4.13 se dictó auto declarando concurso de acreedores. - Masajursa tiene por objeto la administración de sociedades de carteras, tiene dos trabajadores, tiene organigrama propio, autonomía financiera y económica. Hay más operaciones vinculadas como son un préstamo que hizo a Mecanotubo por cuantía de 395.946.000,31€. - Grupo Vivo Team tiene actividad de administración de cartera de las sociedades participadas, actividad de holding, tiene un trabajador distinto a Mecanotubo. - Building Equipment tiene un trabajador, tiene objeto social diferente a Mecanotubo. Tiene autonomía financiera y económica. - Mecanogumba fabrica estructuras metálicas, tiene 5 trabajadores en plantilla diferente a Mecanotubo. Tiene dirección propia, autonomía financiera y económica. - Libarache tiene objeto social diferente a Mecanotubo, tiene distinta dirección, distintos centros de trabajo y ostenta el 16,83% del capital social de Mecanotubo. - El precio de adjudicación fue de 2,5 millones de euros, hubo otros ofertantes si bien se admitió suplica porque garantizaba la subrogación de siete trabajadores más por el apoyo de los representantes de los trabajadores. - Belmert capital y Cimbras y Geotecnia el primer contacto que tienen con Mecanotubo es en marzo de 2012.

Siendo hechos conformes los siguientes:

- La Inspección de trabajo requirió el 21-2-12 aportar las cuentas de las empresas del grupo mercantil, y se aportaron. - Masajursa tiene el 48% de acciones de Mecanotubo. - Todas ellas en sentencia del Jdo. Social 11 de Sevilla de 11.7.13 se descartó que fueran un grupo de empresas laboral. La sentencia está recurrida. - Belmert Capital y Cimbras y Geotecnia adquirieron la unidad productiva y la marca ante Jdo. 9 Mercantil de Barcelona por autos de adjudicación 6.9.12 y 9.11.12 libre de cargas.

Resultando y así se declaran, los siguientes

HECHOS PROBADOS

PRIMERO .- El día 31 de enero de 2012 Don Pedro , con DNI NUM001 , en su calidad de apoderado de la sociedad Grupo Mecanotubo S.A. presentó solicitud al Ministerio de Empleo y Seguridad Social para la autorización en expediente de regulación de empleo de la extinción de 55 contratos de trabajo de los 185 que componían su plantilla. D. Pedro tiene conferido poder de representación de la sociedad por escritura otorgada ante Notario el 3 de octubre de 2006. Entre los poderes conferidos se encontraba "contratar y despedir trabajadores, salvo directivos, entendiéndose por directivos la Dirección General y aquellos directivos que reporten directamente con ella, y/o personal hasta un salario bruto anual inferior a 30.000 euros anuales", así como "prestar y concertar cualquier tipo de servicio relacionado con el objeto y actividad de la sociedad, con cualesquiera personas, tanto físicas como jurídicas". También tenía representación para actuar ante las autoridades administrativas en nombre de la empresa.

La empresa contaba con 6 centros de trabajo ubicados en 6 provincias distintas de 6 Comunidades Autónomas diferentes:

Centro de trabajo de Mollet del Vallés (Catalunya). 45 trabajadores, de los cuales se pretendía extinguir el contrato de 10.

Centro de trabajo de Madrid: 73 trabajadores, de los cuales se pretendía extinguir el contrato de 21.

Centro de trabajo de Munguía (País Vasco): 36 trabajadores, de los cuales se pretendía extinguir el contrato de 13.

Centro de trabajo de Sevilla (Andalucía): 4 trabajadores, de los cuales se pretendía extinguir el contrato de todos ellos.



Centro de trabajo de la Comunidad Autónoma de Valencia: 12 trabajadores, de los cuales se pretendía extinguir el contrato de 3.

Centro de trabajo de Burgos (Castilla León) : 15 trabajadores, de los cuales se pretendía extinguir el contrato de 4.

Las causas de la extinción colectiva de contratos manifestadas en la solicitud consistían en los resultados de los últimos ejercicios con unas pérdidas de 2,53 millones de euros (Resultado Antes de Impuestos) en el ejercicio 2010 y 3,20 millones de euros a fecha 31 de octubre de 2011, en la pérdida de excedente de explotación (rentabilidad negativa en los 2 últimos ejercicios) fruto de pérdida de licitaciones de obra, en la evolución financiera negativa y la carencia de rentabilidad e incapacidad de generar cashflow suficiente que permitiera afrontar con garantías la reconducción de la actividad, por lo que manifestaban que se hacía necesario adoptar medidas para asegurar la viabilidad y continuidad futura de la empresa, redefiniendo la estructura con una restricción de costes de personal juntos con otras medidas de carácter comercial y productivo, que permitiesen un aumento del margen comercial y el saneamiento a medio plazo de las cuentas de resultados.

A la indicada solicitud se acompañó la siguiente documentación:

memoria explicativa de las causas económicas y productivas. instancia de instrucción del correspondiente expediente de regulación de empleo. relación nominal de los trabajadores afectados. escrito de requerimiento a los legales representantes de los trabajadores para la emisión del informe (artículo 64.1.4 del estatuto de los trabajadores), sólo en los centros donde hay representación legal de los trabajadores. plan de acompañamiento social escritura de poder general del solicitante. escritura de constitución de la sociedad. impuesto de sociedades correspondiente a los ejercicios 2.009 y 2.010. modelo 390 del IVA del ejercicio 2.010 y modelo 303 del IVA correspondiente a los 11 primeros meses del ejercicio 2011. balances de situación y cuentas de pérdidas y ganancias debidamente auditada de la empresa Grupo Mecanotubo, S.A correspondientes a los ejercicios 2.009 y 2.010, y balance de situación y cuenta de pérdidas y ganancias provisionales a 31 de octubre de 2.011.

El listado de trabajadores afectados que se acompañaba a la solicitud contenía la identificación nominal de los trabajadores que iban a ser despedidos y para lo cual se solicitaba autorización administrativa. En dicho listado figuraban, entre otros, todos los actores: D. Herminio , D. Olegario , D. Víctor , D^a Carolina , D. Joaquín , D. Secundino , D. Balbino y D^a Catalina .

En el volumen global de empleo, la reducción implica 34 puestos menos en la división de cimbras, 17 en geotécnica, 1 en andamios y 3 en servicios centrales.

El 15 de febrero de 2012 se amplió la documentación aportando el balance de situación y cuenta de pérdidas y ganancias provisionales cerrados a 31 de diciembre de 2011, así como estados financieros provisionales a dicha fecha, todo ello pendiente de auditoría. El 8 de marzo de 2012 se amplió de nuevo la documentación económica presentada para aportar la relativa a las empresas filiales en España y en el extranjero, a instancias de la Autoridad Laboral.

SEGUNDO .- El 30 de enero de 2012 la empresa se reunió con los representantes legales de los trabajadores de cada uno de los centros donde existía tal representación, Mollet del Vallés (comité de empresa), Munguía (tres delegados de personal) y Burgos (un delegado de personal) y les comunicó el inicio del expediente de regulación de empleo y su periodo de consultas, haciéndoles entrega de la documentación pertinente igual a la presentada con la solicitud. Igualmente se reunió en cada uno de los centros sin representación legal de los trabajadores (Madrid, Comunidad Valenciana y Sevilla) con los trabajadores afectados de los mismos, a los que proponía extinguir el contrato, informándoles igualmente de la presentación del expediente de regulación de empleo e inicio del periodo de consultas, entregándoles la documentación e instando a los mismos a designar representantes (comisión ad hoc o delegación en sindicatos más representativos) a efectos de la negociación del periodo de consultas. Los trabajadores afectados del centro de Madrid eligieron de entre ellos una comisión ad hoc para la celebración del periodo de consultas y así lo comunicaron a la empresa. Dicha comisión estaba formada por D. Herminio , D. Olegario , D. Víctor y D^a Carolina . Los trabajadores del centro de trabajo de la Comunidad Valenciana delegaron su representación en el comité de empresa de Mollet del Vallés. Los trabajadores del centro de trabajo de Burgos delegaron su representación en la comisión ad hoc elegida por los trabajadores del centro de Madrid.

La empresa siguió el periodo de consultas mediante reuniones separadas en cada uno de los centros de trabajo con los representantes de los trabajadores en los mismos (si bien los centros de Barcelona y Valencia negociaron unitariamente y también los de Madrid y Burgos), celebrándose varias reuniones en cada uno de ellos. Las actas de las reuniones celebradas constan en el documento 15 del expediente administrativo,



que en aras a la brevedad se da por reproducido. Durante el periodo de consultas la petición esencial de los trabajadores fue la mejora de la indemnización por despido de 20 días por año, a lo que la empresa contestó que no era posible por su situación económica. La empresa ofreció intentar la firma de un convenio con el FOGASA para adelantar el pago de deudas, lo que no se llegó a aceptar. Igualmente se hicieron peticiones de documentación e información que la empresa atendió. También se produjo alguna modificación en la lista de trabajadores afectados para desafectar a algunos trabajadores con preferencia sobre otros. El 23 de marzo de 2012 se dio por finalizado el periodo de consultas sin acuerdo. En el caso del centro de Sevilla, el periodo de consultas consistió en la entrega de la documentación inicial y la reunión de iniciación del mismo con los cuatro trabajadores afectados, que designaron a su representante, un intercambio de alegaciones y un acta final elaborada por la empresa en la que el representante elegido por los trabajadores firmó en desacuerdo (descriptores 680 y 665). En el acta final se dejó constancia del desarrollo del periodo, de la entrega de documentación adicional y del desacuerdo final. El representante de los trabajadores hizo constar lo siguiente: "Como responsable de los trabajadores del centro de trabajo de Sevilla, me opongo al ERE y no estamos de acuerdo y se debe desestimar".

El día 10 de abril de 2012 la Dirección General de Empleo del Ministerio de Empleo y Seguridad Social autorizó a Grupo Mecanotubo S.A. la extinción solicitada de los contratos laborales de 55 trabajadores, concediendo para su ejecución el plazo de un año. Dicha resolución incluía un listado nominativo de los trabajadores cuyo despido se autorizaba. En dicho listado figuraban, entre otros, todos los actores: D. Herminio , D. Olegario , D. Víctor , D^a Carolina , D. Joaquín , D. Secundino , D. Balbino y D^a Catalina .

Con fecha 17 de mayo de 2012 D. Herminio , D. Olegario , D. Víctor y D^a Carolina presentan recurso de alzada contra la resolución administrativa recaída, desarrollando como motivos de oposición a ésta los siguientes:

a) Que la empresa tenía en el momento de la resolución más de 90 millones de euros de oferta viva nacional y aproximadamente 44 millones de oferta viva internacional, habiendo aumentado el último mes 5 millones de euros la cartera contratada pendiente de ejecución. b) Que la caída de facturación deriva de la liquidación de una de las líneas de negocio (la construcción) y no aparece en las demás líneas de negocio. c) Que no se ha considerado la existencia de una desviación de beneficios de 7 millones de euros en los últimos cinco años a favor de las sociedades Masajursa y Cartera de Inversiones CM, todo ello por facturaciones sin contraprestación real. d) Que las cifras de ventas del 2011 estaban cerradas a octubre de 2011 y no podían compararse con las de todo el año 2010. e) Que las previsiones de ventas del plan de viabilidad son contradictorias e incoherentes entre sí. f) Que el EBIT es positivo todos los años, aunque el resultado de explotación sea negativo por el efecto de las amortizaciones, de 4 ó 5 millones de euros anuales. g) Que en el año 2010 se computan como gastos de personal 1.402.313 euros de indemnizaciones por despidos, siendo éste un gasto concreto que no se ha de proyectar sobre el futuro. h) Que la plantilla ha disminuido en mayor porcentaje que las ventas. i) Que existe una sustitución de personal por trabajadores autónomos (se habla de 108 autónomos en la división de cimbras), se hacen numerosas horas extraordinarias y se han incrementado los servicios exteriores contratados. j) Que las previsiones sobre cifra de negocio en la división de cimbras son demasiado bajas e incorrectas. k) Que por todo ello los datos económicos contenidos en la información proporcionada a los representantes legales de los trabajadores estaban falseados, lo que es constitutivo de mala fe en el periodo de consultas l) Que también habría existido mala fe en el periodo de consultas, dado que la empresa no ha aceptado propuesta alguna, limitándose a desarrollar ese periodo como requisito formal.

El 17 de mayo de 2012 D. Secundino , D. Balbino y D^a Catalina presentaron también recurso de alzada alegando:

a) Que la situación de la empresa Grupo Mecanotubo S.A. era favorable, por cuanto para 2012 tendría una cartera contratada y pendiente de ejecución de más de 30 millones de euros y además no se habrían incluidos las obras contratadas en Marruecos a través de una Unión Temporal de Empresas, así como otra serie de obras contratadas en Gibraltar y en España; las ventas habrían aumentado y los gastos de personal no, dado que no deberían computarse las indemnizaciones pagadas por despidos; b) Que también lo era la de su grupo de empresas, no habiéndose aportado datos sobre las empresas del mismo; c) Que antes de proceder al despido de trabajadores, la empresa debió proceder a medidas menos drásticas d) Que el representante legal de la empresa que insta el expediente carecía de poder suficiente para ello, dado que sus facultades se limitaban a 30.000 euros en materia de contratación y despido e) Que la Sra. Catalina fue incluida en el expediente a pesar de padecer una grave enfermedad por padecer un cáncer. f) Que en el caso del Sr. Secundino existe un acuerdo alcanzado en conciliación ante el Juzgado de lo Social por el cual la empresa se comprometía a no despedir al mismo g) Que al haber entrado en vigor el Real Decreto-ley 3/2012 ya no era necesaria la autorización administrativa h) Que mediante el ERE se habría procedido a cerrar el centro de Sevilla y que con ello se contradice la finalidad del mismo, dirigido a continuar la actividad empresarial. i) Que parte de



la actividad de la empresas se estaría externalizando a través de subcontratas, en las que trabajarían 129 personas.

Los citados recursos de alzada fueron resueltos, siendo desestimados, por resolución de la Secretaria de Estado de empleo dictada por delegación de la Ministra de Empleo y Seguridad Social el 3 de agosto de 2012. Como motivación de dicha resolución se adoptó el informe emitido por la Subdirección General de Relaciones Laborales de la Dirección General de Empleo, que obra en autos dentro del descriptor 30 y en aras a la brevedad se da por reproducido.

TERCERO .- La empresa GRUPO MECANOTUBO, S.A. (en adelante Mecanotubo) es una entidad mercantil con domicilio en Mollet del Vallés (Barcelona). El objeto social de la Sociedad es la construcción en general, reparación y conservación de todo tipo de obras, tanto públicas como privadas, realización de proyectos, montaje y desmontaje de estructuras y elementos auxiliares para la construcción. El capital social de la Compañía es de 1.000.000 euros, representado por 50.000 acciones nominativas de 20 euros de valor nominal cada una que se encuentran totalmente desembolsadas. El capital social estaba distribuido en 2012 de la siguiente manera:

Libarache S.L, 16,76%

Cartera de Inversiones CM S.A, 22,36%

Otinix S.A., 9,23%

D. Alexis , 2,65%

Masajursa S.L., 48%

Riva y García S.L., 1%

Asimismo, Grupo Mecanotubo S.A. posee participaciones en las siguientes sociedades (según datos a 31 de diciembre de 2011):

-MECANOPARK 20 SL con una participación directa del 35%. -MECANOHÜNNEBECK SA con una participación directa del 100%.

La actividad de las participadas es: MECANOPARK 20 SL la compra-venta y administración inmobiliaria de tipo industrial; MECANOHÜNNEBECK SA el alquiler de encofrados (no disponiendo actualmente de ningún tipo de personal).

En el momento de presentar la solicitud MECANOTUBO tenía tres unidades de negocio, todas ellas dentro del sector de la construcción de obra pública del Estado y Administraciones, actuando en un 95% como subcontratista de las grandes constructoras españolas.

-La unidad de negocio CIMBRAS se dedicaba a la ejecución de las actividades asociadas al cimbrado y encofrado de puentes y viaductos de hormigón. -La división de GEOTECNIA realizaba tres actividades: el hincado de tablestacas, el hincado horizontal de tubos para colectores mediante tuneladoras de hasta 3 metros de diámetro y al alquiler de entibaciones y well point. -ANDAMIOS y ESTRUCTURAS ESPECIALES se dedicaba a las instalaciones provisionales de andamios y apeos para restauración de fachadas, pasarelas y acodalamiento de muros pantalla.

Mecanotubo también actuaba como empresa constructora, ejecutando contratos de obras directamente para las diferentes Administraciones Públicas desde el ejercicio 2003 hasta que abandonó dicha línea de negocio en enero de 2011.

El volumen total de ventas de Grupo Mecanotubo S.A. pasó de 69.793.289,67 euros en 2008 a 75.907.531,33 en 2009, 48.704.834,32 en 2010 y 28.960.896,02 en 2011.

El resultado de explotación en esos años fue el siguiente: 2008 4.430.306,93 euros, 2009 2.694.106,66 euros, 2010 -958.840,09 euros y 2011 -431.589,23 euros. El resultado global de dichos ejercicios antes de impuestos fue de 1.908.677,76 euros en 2008, 819.620,35 euros en 2009, -2.529.728,48 euros en 2010 y -2.197.676,73 euros en 2011. Las dotaciones a la amortización de inmovilizado material fueron de 5.238.981,05 euros en 2008, 5.315.985,12 euros en 2009, 4.249.146,22 en 2010 y en 2011 de 3.199.670,46 euros, por lo cual el EBITDA en todos esos años fue positivo, aunque decreciente. Los resultados financieros fueron siempre negativos, de - 2.521.629,17 euros en 2008, -1.874.486,31 euros en 2009, -1.570.888,39 euros en 2010 y en 2011 de -1.135.323,90 euros.



A 31 de octubre de 2011 tanto el ratio de liquidez como el de solvencia de la empresa estaba por debajo de la unidad y el pasivo exigible era de 43.582.903,19 euros, siendo el neto patrimonial 9.031.944,59 euros. Del pasivo exigible, un 80% era deuda a corto plazo.

La comparativa de resultados del Grupo Mecanotubo y sus empresas participadas (Mecanopark y Mecanohunnebeck) arroja un resultado antes de impuestos en 2011: Grupo Mecanotubo - 4.216.991 €, Mecanopark -48.163 € y Mecanohunnebeck 54.116 €: en todo caso tanto las empresas mencionadas como las filiales con sede en Polonia y Marruecos tienen poca o nula incidencia en las cuentas consolidadas del Grupo Mecanotubo ya que no alcanzan unos resultados antes de impuestos el año 2011 de -11.154€ Marruecos y 10.772 € Polonia.

La División de Geotécnica, división de gran importancia en el grupo por su volumen de negocio, alcanza una pérdida del 43% de la cifra de negocio, pasando de unos ingresos en 2010 de 12 millones de euros a 6,86 millones de euros en 2011.

Asimismo en cuanto a la División de Cimbras, que supone más del 50% de la facturación, ha tenido una evolución de facturación decreciente y constante de 30.908.740 € en el año 2008 a una facturación a 2011 de 18.463.874 euros.

La evolución de las subcontrataciones realizadas por la empresa ha sido la siguiente (descriptor 660): 1.833.937,46 euros en 2009, 2.122.224,14 euros en 2010 y 2.349.465,34 en 2011.

La situación de la cartera de pedidos contratada y pendiente de ejecución es la que resulta en el descriptor 302 (reiterada en descriptor 659), que en aras a la brevedad se da por reproducido.

CUARTO.- El 16 de abril de 2012 Grupo Mecanotubo S.A. comunicó a los Juzgados de lo Mercantil de Barcelona el inicio de negociaciones con los acreedores por situación preconcursal, de acuerdo con el artículo 5 bis de la Ley 22/2003 (descriptores 687 y 688). Finalmente Grupo Mecanotubo S.A. fue declarado en concurso de acreedores por auto de 5 de julio de 2012 del Juzgado de lo Mercantil número 9 de Barcelona (descriptores 362 y 692), siendo designada como administración concursal la empresa Advante Concursal S.L. Por auto del Juzgado de lo Mercantil de 5 de diciembre de 2013 el concurso fue calificado como fortuito. Dicho concurso terminó con la liquidación de la sociedad, abriéndose la fase de liquidación por auto de 2 de abril de 2013 (descriptor 703). El 20 de julio de 2012 Grupo Mecanotubo S.A. presentó solicitud por la vía del artículo 64 de la Ley Concursal , solicitando la extinción de los contratos de trabajo de los 115 trabajadores que quedaban en su plantilla, alcanzándose un acuerdo con los representantes legales de los trabajadores el día 26 de julio que fue comunicado al Juzgado de lo Mercantil y aprobado por éste por auto de 5 de septiembre de 2012 (descriptor 696).

En marzo de 2012 D. Maximino , como representante de Belmert Capital S.A. y Aleteam Construmat S.L., inició conversaciones con los directivos de Grupo Mecanotubo S.A. para la adquisición de la unidad de negocio de esta empresa. Tras la declaración de concurso dichas conversaciones prosiguieron con la administración concursal designada. Tras evaluar la rentabilidad del negocio, considerando su estructura excesiva, hicieron un estudio de viabilidad del que resultó un modelo de empresa con 57 trabajadores, asumiendo además la realización de parte de los contratos de obra de Grupo Mecanotubo S.A. tras conversaciones con los principales clientes. En abril de 2012 Belmert Capital S.A. dirigió una oferta vinculante de adquisición a los accionistas de Grupo Mecanotubo S.A. (descriptor 579). El 26 de julio de 2012 Belmert Capital S.A. reiteró su oferta vinculante de adquisición de las unidades productivas de Grupo Mecanotubo S.A. a la administración concursal, instrumentándola a través de su filial Aleteam Construmat S.L. Al día siguiente, 27 de julio, la administración concursal presentó escrito al Juzgado de lo Mercantil solicitando autorización para vender directamente la unidad productiva de Grupo Mecanotubo S.A. a Aleteam Construmat, sociedad participada al 100% por Belmert Capital S.A. El 30 de julio el Juzgado dictó providencia dando publicidad mediante edictos a la indicada oferta de compra y citando para el día 5 de septiembre a efectos de tomar decisión y escuchar otras posibles ofertas.

Resultando que se había presentado otra oferta de adquisición de las mismas unidades productivas por otra empresa, Eltec S.L., el 5 de septiembre de 2012 se hizo una comparecencia en el Juzgado de lo Mercantil en la que se abrieron las plicas con las dos ofertas. El Juzgado solicitó alegaciones de la administración concursal y de la representación legal de los trabajadores, optando ambas por pedir la aceptación de la oferta de Aleteam Construmat S.L.

El Juzgado adoptó en auto de 6 de septiembre de 2012 la decisión de adjudicar la unidad productiva a Aleteam Construmat S.L., ante la equivalencia de las dos ofertas económicas, por cuanto: garantizaban 7 puestos de trabajo más en los que se subrogarían (57 frente a 50); garantizaban la continuidad del equipo directivo; ya tenían avanzadas las negociaciones bancarias para garantizar el pago; Belmert Capital S.A.



suscribe aval solidario por el pago pendiente; y además ya ha realizado los estudios de viabilidad y mantenido conversaciones con directivos y clientes para formular su modelo de negocio.

En el indicado auto se decía literalmente lo siguiente:

"CUARTO. Por último, en cuanto a la sucesión de empresa, es a los únicos efectos laborales no así respecto a las deudas pendientes con la TGSS, AEAT, etc. tal como dispone el art. 149.2 LC. Así, los efectos que se derivan de dicha venta son los previstos en la ley concursal en virtud del principio de especialidad y no los recogidos en la normativa general de la Seguridad Social".

Más adelante insiste:

" Por último, insistir que el art. 149.2 LC dispone que la sucesión de empresa es a los únicos efectos laborales (respecto de los trabajadores cuyo contrato de trabajo mantiene), no así respecto del resto de deudas, adquiriendo el comprador el negocio libre de carga y gravamen".

Por auto del Juzgado de lo Mercantil de 9 de noviembre de 2012 se adjudicó la unidad productiva de Grupo Mecanotubo S.A. a Cimbras y Geotecnia S.A., nueva denominación social de Aleteam Construmat S.L., con aval solidario de Belmert Capital S.A. por 2.500.000 euros. "La unidad de negocio está constituida por los siguientes activos: Cimbras, andamios y geotecnia, que incluye utillajes, complementos y herramientas, la subrogación de contratos de ejecución (previa aceptación de los clientes), la propiedad de la planta e instalaciones, la cesión de determinados contratos de leasing, el arrendamiento de elementos, la marca MECANOTUBO y otros activos intangibles relacionados con la actividad, excepción hecha del saldo de clientes".

La adjudicación comprende también las filiales de Grupo Mecanotubo S.A. en Polonia y en Marruecos. Se incluyen también todas las marcas de la empresa.

De esta manera Cimbras y Geotecnia S.A. se subrogó en los contratos de 57 trabajadores de Grupo Mecanotubo S.A. El resto de los contratos existentes al inicio del concurso se extinguieron, salvo ocho (descriptor 698), que siguieron prestando servicios para la antigua empresa. Los trabajadores que vieron extinguido su contrato durante el concurso recibieron sus indemnizaciones por extinción a razón de 20 días por año, al tratarse de créditos contra la masa, a diferencia de los trabajadores que vieron extinguido su contrato en el expediente de regulación de empleo anterior, objeto de esta litis, que no han percibido las mismas por la insolvencia de Grupo Mecanotubo S.A, siendo créditos de la masa.

El 18 de junio de 2013 Belmert Capital S.A. y Cimbras y Geotecnia S.A. solicitaron aclaración del auto de aprobación de la venta de 6 de septiembre de 2012, la cual fue denegada por el Juzgado de lo Mercantil por auto de 19 de junio de 2013. En dicho auto aclaratorio se decía:

" En cuanto a los efectos de la venta y más en concreto, respecto a si existe o no sucesión de empresas, están recogidos de forma pormenorizada en el razonamiento jurídico cuarto del auto de 6 de septiembre de 2012, posteriormente confirmado en reposición por auto de 8 de octubre de 2012, en el sentido de que SOLO HAY SUCESION DE EMPRESAS A EFECTOS LABORALES RESPECTO DE LOS TRABAJADORES EN CUYO CONTRATO DE TRABAJO SE SUBROGA EL COMPRADOR, NO ASÍ RESPECTO A LOS TRABAJADORES QUE HAN SIDO DESPEDIDOS NI RESPECTO A LAS DEUDAS EXISTENTES ENTRE LA CONCURSADA CON LA TGSS, AEAT, FOGASA, ETC.

Llama poderosamente la atención a este juzgador que se vuelva a cuestionar esta circunstancia cuando existe cosa juzgada al tratarse de una venta de unidad productiva en sede concursal, siendo el auto que la autoriza firme.

Por último, parece que la duda interpretativa procede del FOGASA quien está comparecido en el proceso concursal sin que el mismo hubiera formulado oposición alguna ni a la venta de la unidad productiva ni tampoco recurrió el auto de 6 de septiembre de 2012 como sí hizo, por el contrario, la TGSS".

Los antecedentes de las sociedades involucrada en la compra de la unidad de negocio son los siguientes:

El 8 de marzo de 2012 D^a Carmen, en nombre y representación al mismo tiempo de la sociedad "Gestión y transmisión de sociedades expansión S.L." y de D. Constancio, otorgó en Barcelona escritura pública de constitución de la sociedad limitada Aleteam Construmat S.L., siendo titular de 499 participaciones la sociedad "Gestión y transmisión de sociedades expansión S.L." y de una última D. Constancio y siendo designada administradora única D^a Carmen. El domicilio social se fijó en la calle Joseph Iris i Bosch 4, 1^o, 1^a de Barcelona. El objeto social era la actividad, negocio y promoción inmobiliaria.

Previamente, el 19 de enero de 2011, D^a Carmen, en nombre y representación al mismo tiempo de la sociedad "Gestión y transmisión de sociedades expansión S.L." y de D. Constancio, otorgó en Barcelona escritura pública de constitución de la sociedad limitada Belmert Systems S.L., siendo titular de 499 participaciones



la sociedad "Gestión y transmisión de sociedades expansión S.L." y de una última D. Constancio y siendo designada administradora única D^a Carmen . El domicilio social se fijó en la Avenida de la Industria 16, edificio A, local 207. de Tres Cantos (Madrid). El objeto social era la actividad, negocio y promoción inmobiliaria.

El 16 de diciembre de 2011 Belmert Systems S.L. tenía un socio único (no identificado en la escritura notarial) y éste adoptó el acuerdo, protocolizado en escritura pública notarial, de transformar la sociedad en anónima, cambiar su domicilio social (al municipio de Alcobendas, Madrid, parque empresarial "miniparc I", calle Azalea 1, edificio B, planta baja), modificar la razón social que pasó a ser la de Belmert Capital S.A. y modificar el objeto social, para dedicar la misma a los servicios auxiliares a la construcción y obras públicas, material de construcción y obras públicas, cemento, hormigón y prefabricados de hormigón, canteras y otras industrias de extracción mineral, consultoría en gestión y reestructuración de empresas y adquisición de bienes inmuebles industriales. La escritura fue otorgada por D. Rubén , como secretario no consejero de la sociedad. Cesaron en sus cargos los dos administradores solidarios, D. Maximino y D. Higinio , nombrándose un consejo de administración formado por D. Calixto , Compagnie Financière dell'Aquila (representada por la persona física D. Isaac) y D. Santiago . En el mismo acto otorgaron poderes a D. Maximino y D. Higinio para la gestión y llevanza de la compañía y sus negocios.

El 20 de septiembre de 2012 los socios de Aleteam Construmat S.L. adoptaron el acuerdo, protocolizado en escritura pública notarial, de transformar la sociedad en anónima, cambiar su domicilio social (al municipio de Alcobendas, Madrid, parque empresarial "miniparc I", calle Azalea 1, edificio B, planta baja) y modificar la razón social que pasó a ser la de Cimbras y Geotecnia S.A. La escritura fue otorgada por D. Rubén , como secretario no consejero de la sociedad. Las acciones de la nueva sociedad se atribuyeron a los socios de la misma en proporción a sus anteriores participaciones, quedando el capital dividido entre acciones por valor de 495.006,54 euros titularidad de Belmert Capital S.A. y 5002,62 euros titularidad de D. Alexis . El objeto de la sociedad quedó definido de la siguiente manera:

"La construcción en general, reparación y conservación de todo tipo de obras, tanto públicas como privadas, realización de proyectos, montaje y desmontaje de estructuras y elementos, auxiliares para la construcción, así como su venta, comercialización, alquiler, almacenajes y mantenimiento. La sociedad puede desarrollar las actividades integrantes del objeto social, especificadas en el párrafo anterior, total o parcialmente, de modo indirecto o mediante la titularidad de acciones y/o participaciones en sociedades con objeto idéntico o análogo y/o a través de su participación en acuerdos de colaboración entre empresarios como las agrupaciones de interés económico y las uniones temporales de empresas y la consultoría de ingeniería."

En la misma fecha se modificaron los estatutos de Belmert Capital S.A., aumentándose su capital social. El Consejo de Administración fue modificado, pasando a estar formado por cuatro personas, D. Calixto , D. Isaac , D. Maximino y D. Higinio .

QUINTO.- D^a Catalina sufre una enfermedad grave por padecer un adenocarcinoma endometrioide bien diferenciado, estando en situación de incapacidad temporal.

SEXTO .- D. Secundino suscribió en el año 2000 un acuerdo con la empresa en virtud del cual, entre otros, se pactó este compromiso:

"La empresa se compromete igualmente a no extinguir el contrato del Sr. Secundino bajo ningún concepto y solo sería posible extinguir o despedirle cuando exista causa justa imputable al trabajador. Si por cualquier circunstancia la empresa decidiera despedir al trabajador y éste fuera declarado improcedente, en tal caso éste tendría derecho a una indemnización de 45 días por año de servicio con el tope de 42 mensualidades".

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 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial , en relación con lo establecido en el artículo 8 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre , compete el conocimiento del proceso a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, tomando en consideración los antecedentes de hecho reseñados y también que la resolución administrativa impugnada contiene la lista nominativa de los trabajadores despedidos, incluido el de D. Joaquín . Conforme a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo anterior a la Ley 36/2011 que se analizará en el tercer fundamento de Derecho, en el procedimiento para impugnación de la resolución administrativa autorizatoria de despidos colectivos, que entonces era competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, debían enjuiciarse todos aquellos extremos sobre los cuales se hubiera pronunciado la resolución administrativa, por lo cual, habiendo incluido en la misma la relación de trabajadores afectados, la impugnación de dicha inclusión no debe realizarse ante los Juzgados de lo Social por el procedimiento de despido, sino por el procedimiento de



impugnación del acto administrativo recaído en el expediente de regulación, impugnación que a partir de la entrada en vigor de la Ley 36/2011 es competencia del orden jurisdiccional social y, en este caso y ateniéndonos a lo resuelto en cuestión competencial por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, de esta Audiencia Nacional.

SEGUNDO. - De conformidad con lo prevenido en el artículo 97.2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, se expresa que los hechos declarados probados se han deducido, además de las que en cada caso se menciona expresamente, de las pruebas siguientes:

Los tres primeros resultan de la documentación obrante en el expediente administrativo. En relación con los datos económicos hay que señalar que resultan de la documentación contable aportada, que no ha sido desvirtuada y ni siquiera se ha discutido, y además se recogen en el acto administrativo impugnado, sin que los recurrentes cuestionen las concretas cifras que se han reflejado en los hechos probados. Los resultados del completo ejercicio 2011 se extraen del descriptor 203, donde también constan los de 2010. Los de 2008 y 2009 constan en el descriptor 201. La composición del capital social de Grupo Mekanotubo S.A. resulta del documento obrante al descriptor 709. No consta acreditado que Mekanogumba S.A. sea accionista de Grupo Mekanotubo S.A. (descriptor 535), ni que lo sea Building Equipment S.L. (descriptor 525), ni que lo sea Grupo Vivo Team S.L. (descriptor 504), ni que lo sea Cementos Molins S.A. (descriptor 477).

El ordinal cuarto resulta de los documentos que obran en autos bajo los descriptores 539, 540, 541, 546, 547, 548, 550 y 551. La calificación del concurso resulta del descriptor 708. En cuanto a las negociaciones iniciadas en abril de 2012 con el equipo directivo de Mekanotubo para la adquisición de la unidad de negocio de esta empresa por parte de Aleteam Construmat, resulta de la declaración testifical de D. Maximino, teniendo además en cuenta que en el auto del Juzgado de lo Mercantil número 9 de Barcelona se dice expresamente que las negociaciones entre Belmert Capital S.A. y Grupo Mekanotubo S.A. para la compra por la primera de la unidad productiva de esta última se iniciaron en marzo de 2012.

El ordinal quinto no es controvertido, resultando además del documento 5 del expediente administrativo (alegaciones de los trabajadores del centro de Sevilla, documentación adjunta).

El ordinal sexto resulta del documento 5 del expediente administrativo (alegaciones de los trabajadores del centro de Sevilla, documentación adjunta), donde consta el texto del acuerdo suscrito, sin que se haya controvertido la existencia del mismo.

Por otra parte a lo largo de estos fundamentos se hará concreta especificación en algún caso relevante del hecho declarado probado y de la prueba en que se fundamenta.

TERCERO .- Como marco jurídico necesario para el análisis de una parte sustancial de las cuestiones planteadas ha de recordarse que no estamos ante la impugnación directa de un despido colectivo practicado por la empresa, sino ante la impugnación de una resolución administrativa autorizatoria de un despido colectivo, dictada conforme al texto del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores anterior al Real Decreto-ley 3/2012 y siguiendo las prescripciones procedimentales del Real Decreto 801/2011. El procedimiento judicial social aplicable es el previsto por el artículo 151 de la Ley de la Jurisdicción Social, debiendo subrayarse que en este procedimiento ha de aplicarse, en lo no expresamente previsto, las normas reguladoras de la jurisdicción contencioso-administrativa, en cuanto sean compatibles con los principios del proceso social. Habiéndose producido la solicitud de autorización administrativa autorizatoria del despido colectivo antes de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 3/2012, la misma siguió rigiéndose por la legislación anterior y, por tanto, el despido colectivo requería de autorización administrativa como requisito para su validez, debiendo ser declarado nulo si hubiese faltado la misma (artículo 124 de la Ley de la Jurisdicción Social en la versión anterior al Real Decreto-ley 3/2012). No puede entenderse aplicable, como pretende alguno de los demandantes, el procedimiento impugnatorio de despidos colectivos del artículo 124 de la Ley de la Jurisdicción Social posterior al Real Decreto-ley 3/2012. Lo que por otra parte y respecto a este mismo caso ya está resuelto por la sentencia firme de esta Sala de 4 de julio de 2012 recaída en el procedimiento 104/2012.

Para diferenciar, bajo la vigencia de la Ley 36/2011 en su versión anterior al Real Decreto-ley 3/2012, entre el ámbito del procedimiento de despido y el ámbito del procedimiento de impugnación del acto administrativo, hay que atender esencialmente a la delimitación que anteriormente había hecho la jurisprudencia entre el ámbito competencial del orden jurisdiccional social y del contencioso-administrativo, puesto que no en vano lo que hizo la Ley 36/2011 al respecto fue traer a la competencia del orden social la impugnación de los actos administrativos en materia social y crear para incorporar tal competencia un procedimiento especial, que es el regulado en el artículo 151 de la Ley. Por ello caen dentro de dicho proceso especial los supuestos que antes eran competencia del orden contencioso-administrativo de la jurisdicción.



Al respecto la última doctrina de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo en tres sentencias de 7 de febrero de 2011 (RCUD 815/2010 , 818/2010 y 840/2010), seguidas por otras de 14 de febrero de 2011 (RCUD 1191/2010), 9 de mayo de 2011 (RCUD 2489/2010) y 9 de febrero de 2012 (RCUD 874/2011), comienza por recordarnos:

"Para dar respuesta al motivo hay que comenzar recordando que la decisión que resuelve el denominado expediente de regulación de empleo es un acto administrativo, que, como se desprende claramente de los números 2 , 5 y 6 del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores , tiene por objeto «la autorización (de) la extinción de los contratos de trabajo». Por ello, la Sala ha venido declarando que hasta que no se cumplan las previsiones del art. 3.3 de la LPL , la distribución de competencias entre los órdenes jurisdiccionales en materia de despidos colectivos se establece en función del contenido del acto administrativo y así cuando lo que se impugna directa o indirectamente es la autorización del cese autorizado la competencia corresponde al orden contencioso-Administrativo (sentencias de 4 y 17 de mayo de 1993 y, 18 de enero de 1999 , entre otras), mientras que las consecuencias que se derivan de esa autorización y, en concreto, las controversias que puedan surgir en relación con el abono de las indemnizaciones por cese quedan sometidas al orden social, como reconoce el artículo 14.2 del Real Decreto 43/1996 ; orden al que también se ha atribuido el conocimiento de aquellos supuestos en los que, por no venir determinada en la resolución administrativa la relación de los trabajadores afectados, se impugna la selección realizada por el empresario como acto posterior y separado de esa autorización administrativa (sentencias 17 de marzo , 13 de julio y 28 de septiembre de 1999). Estos criterios aparecen confirmados en las sentencias más recientes, entre las que pueden citarse las de 23 de enero de 2006 , 15 de junio de 2006 y 19 de diciembre de 2007 , sobre la impugnación de los acuerdos incorporados a la resolución que homologa el resultado del periodo de consultas, y en la sentencia de 3 de febrero de 2009 , sobre una impugnación que alegaba la lesión de la libertad durante la tramitación del expediente de regulación".

Pero además dichas sentencias añaden, sobre lo anterior, que cuando en la demanda se ejercitaban pretensiones frente a empresas diferentes a la que aparece como empleadora formal de los trabajadores, bien por cesión ilegal de trabajadores, por sucesión de empresas u otras (entre las que podríamos incluir las relativas a la solidaridad entre varias empresas bajo el concepto de grupo de empresas laboral), aquéllas cuestiones ya planteadas durante la sustanciación del expediente administrativo eran competencia del orden contencioso-administrativo, como parte de su revisión de la legalidad del acto autorizador, mientras que las cuestiones no suscitadas durante la tramitación del procedimiento administrativo y sobre las que, por ello, no hubiera recaído pronunciamiento de la Administración, quedan fuera del ámbito de la revisión de dicho acto y, por ello, eran competencia del orden jurisdiccional social.

Esa división competencial entre órdenes jurisdiccionales se traslada, como hemos dicho, tras la Ley 36/2011 al ámbito de los procesos especiales sociales, convirtiéndose en la delimitación entre el procedimiento del artículo 151 y el proceso por despido, si bien debe realizarse alguna matización.

No obstante, a juicio de esta Sala, entre la situación anterior y posterior a la Ley 36/2011 existe una diferencia que ha de tenerse en cuenta. Antes de la misma, una vez dictada sentencia firme por el orden contencioso-administrativo y si la misma anulase la resolución autorizatoria del despido colectivo, se venía entendiendo que los trabajadores debían interponer demanda por despido ante el orden jurisdiccional social para hacer valer dicha anulación. Por el contrario tras la Ley 36/2011, las consecuencias en orden a los despidos individuales de los trabajadores pasan a integrarse en el mismo procedimiento de impugnación de la resolución administrativa, disponiendo el número once del artículo 151 de la Ley jurisdiccional, en la versión aplicable al caso, lo siguiente:

"La sentencia que deje sin efecto una resolución administrativa en virtud de la cual se hubieren producido extinciones de la relación de trabajo declarará el derecho de los trabajadores afectados a reincorporarse en su puesto de trabajo. Salvo que el empresario dentro de los cinco días siguientes a la firmeza de la sentencia opte, por escrito ante el órgano judicial, por indemnizar a los trabajadores con la indemnización establecida para el despido improcedente, deberá comunicar por escrito a dichos trabajadores la fecha de su reincorporación al trabajo dentro de los quince días siguientes a la referida firmeza. En cualquiera de los casos anteriores, el trabajador tendrá derecho a los salarios dejados de percibir, con deducción de los que hubiere recibido desde la extinción y con devolución o deducción de las cantidades percibidas como indemnización, según lo dispuesto en los apartados 3 y 4 del art. 123 de esta Ley. De no readmitir el empresario al trabajador o de efectuarse la readmisión de modo irregular, éste podrá instar la ejecución de la sentencia en los veinte días siguientes conforme, en lo demás, a lo establecido en los arts. 279 a 281 de esta Ley. De dejarse sin efecto la resolución administrativa por apreciarse vulneración de derechos fundamentales o libertades públicas, los trabajadores tendrán derecho a la inmediata readmisión y al abono de los salarios dejados de percibir y podrán, en su caso, instar la ejecución conforme a los arts. 282 y siguientes de esta Ley. De haber percibido el trabajador prestaciones por desempleo, se aplicarán las disposiciones del apartado 5 del art. 209 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social , aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en función de que haya tenido lugar o no la readmisión del trabajador".



De ello resulta que, si para cumplir la sentencia que anula la resolución administrativa, es preciso ejecutar la readmisión de los trabajadores en el proceso judicial, ha de entenderse integrado dentro de dicho proceso todo aquel pronunciamiento que, aunque no estuviera analizado ni contenido en la resolución administrativa, sea necesario para la cabal aplicación de esa consecuencia procesal. De ahí que cuando se haya producido cesión ilegal de trabajadores, sucesión empresarial o estemos en presencia de grupo de empresas laboral u otro supuesto de solidaridad, tal pronunciamiento haya de quedar integrado en el proceso, independientemente de que se hubiera producido o no un pronunciamiento administrativo sobre el mismo, dado que ese pronunciamiento es ahora preciso para la ejecución, en su caso, de la readmisión, a efectos de determinar el sujeto responsable de cumplir con la misma.

Por otra parte, dado que estamos ante la impugnación de una resolución administrativa, que se rige por la normativa de procedimiento administrativo y especialmente por la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, lo que es objeto de enjuiciamiento es dicha resolución y no el despido. La declaración que corresponde hacer al órgano judicial se refiere a dicha resolución y no al despido, por lo que no cabe que el mismo en este procedimiento sea declarado nulo o improcedente, como pretenden las partes. La calificación que corresponde hacer respecto de cualquier acto administrativo es la regulada en la Ley 30/1992, artículos 62 y 63, por lo que el acto, en caso de ser contrario a la Ley, puede ser nulo de pleno derecho o simplemente anulable o, incluso, contener irregularidades de forma y plazos no determinantes de su anulación (números dos y tres del artículo 63). Debiendo recordarse que la nulidad o anulabilidad puede ir referida al conjunto del acto o resolución impugnada o a una parte de la misma y que además serían aplicables las previsiones de los artículos 64 a 67 sobre transmisibilidad, conversión, conservación y convalidación.

Además de lo anterior, ha de subrayarse cómo la Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, contempla diversas pretensiones posibles de las partes (artículos 31 y siguientes), que no terminan en la anulación del acto impugnado, sino que pueden incluir "el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma, entre ellas la indemnización de los daños y perjuicios, cuando proceda". Por otro lado, aunque existe una obligación general de congruencia (artículo 33.1: "los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo juzgarán dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes y de los motivos que fundamenten el recurso y la oposición"), el órgano judicial está habilitado también para someter a las partes "otros motivos susceptibles de fundar el recurso o la oposición" para que formulen alegaciones sobre los mismos y resolver también sobre ellos (artículo 33.2).

En cuanto a los pronunciamientos posibles del fallo de la sentencia (artículo 68), estos son tres:

a) Inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo. b) Estimación del recurso contencioso-administrativo. c) Desestimación del recurso contencioso-administrativo.

La inadmisibilidad ha de declararse en los casos siguientes:

a) Que el Juzgado o Tribunal Contencioso-administrativo carezca de jurisdicción. b) Que se hubiera interpuesto por persona incapaz, no debidamente representada o no legitimada. c) Que tuviera por objeto disposiciones, actos o actuaciones no susceptibles de impugnación. d) Que recayera sobre cosa juzgada o existiera litispendencia. e) Que se hubiera presentado el escrito inicial del recurso fuera del plazo establecido.

En cuanto a las actuaciones no susceptibles de impugnación, debe recordarse que la actividad administrativa impugnada es la prevista en los artículos 25 y siguientes, quedando excluida, entre otra, los actos de trámite (salvo que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento, produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos) así como (artículo 28) los actos que sean reproducción de otros anteriores definitivos y firmes y los confirmatorios de actos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma.

Si el recurso es admitido, entonces la sentencia lo debe estimar cuando la disposición, la actuación o el acto incurrieran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder, entendiéndose por desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico. En caso de estimación los pronunciamientos han de ser los siguientes:

a) Declarar no ser conforme a Derecho el acto recurrido y, en su caso, anularla total o parcialmente o disponer que cese o se modifique la actuación impugnada. b) Si se hubiera pretendido el reconocimiento y restablecimiento de una situación jurídica individualizada, reconocer dicha situación jurídica y adoptar cuantas medidas sean necesarias para el pleno restablecimiento de la misma. c) Si la medida consiste en la emisión de un acto o en la práctica de una actuación jurídicamente obligatoria, la sentencia puede establecer plazo para que se cumpla el fallo. d) Si fuera estimada una pretensión de resarcir daños y perjuicios, se declarará



en todo caso el derecho a la reparación, señalando asimismo quién viene obligado a indemnizar. La sentencia fijará también la cuantía de la indemnización cuando lo pida expresamente el demandante y consten probados en autos elementos suficientes para ello. En otro caso, se establecerán las bases para la determinación de la cuantía, cuya definitiva concreción quedará diferida al período de ejecución de sentencia.

Por el contrario la sentencia debe desestimar el recurso cuando se ajusten a Derecho la disposición, acto o actuación impugnados.

Al regular el procedimiento especial de impugnación de resoluciones administrativas en vía jurisdiccional social, el artículo 151 de la Ley 36/2011 vino a hacer un resumen de las disposiciones procesales del orden contencioso-administrativo, pero siempre bajo el principio de la aplicación supletoria de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en cuanto sea compatible con los principios del proceso social, los cuales, no lo olvidemos, son los definidos como tales por el artículo 74.1 de la Ley 36/2011 : inmediación, oralidad, concentración y celeridad.

Así, al regular los pronunciamientos posibles de la sentencia, se nos dice en el artículo 151.9 de la Ley 36/2011 que éstos son los siguientes:

a) Declarar la inadmisibilidad de la demanda por carencia de jurisdicción, por no ser susceptible de impugnación el acto recurrido, haberse formulado aquélla fuera del plazo establecido o cuando se aprecie la falta de cualquier otro presupuesto procesal, así como cuando se impugnen actos que sean reproducción de otros anteriores definitivos y firmes y los confirmatorios de actos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma.

b) Desestimar la demanda cuando se ajuste a derecho el acto impugnado.

c) Estimar la demanda si se aprecia infracción del ordenamiento jurídico, incluida la desviación de poder por haberse utilizado las potestades administrativas para fines distintos de los legalmente previstos. En este caso, la sentencia declarará no conforme a derecho el acto impugnado y lo anulará total o parcialmente y, cuando así proceda, ordenará el cese o la modificación de la actuación impugnada o impondrá el reconocimiento de una determinada situación jurídica individualizada.

d) En caso de declaración de nulidad del acto o resolución por omisión de requisitos de forma subsanables de carácter esencial que hayan ocasionado indefensión, podrá disponer la nulidad del procedimiento seguido a los solos efectos de retrotraerlo al momento de producción, añadiendo que la declaración de la caducidad del expediente, no impedirá la nueva iniciación de la actuación administrativa si por su naturaleza no estuviera sujeta a un plazo extintivo de cualquier clase, sin que el procedimiento caducado tenga eficacia interruptiva de dicho plazo.

Se trata, como vemos, de un resumen de lo dispuesto en la Ley de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa. Estas disposiciones, interpretadas y complementadas por las previsiones de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, son aplicables en el caso presente, cuando se trata de la impugnación de una resolución administrativa en un expediente de regulación de empleo. Pero, además, la Ley, como ya hemos dicho, pretendió integrar la ejecución de la resolución en sus efectos sobre el despido colectivo dentro del mismo proceso del artículo 151, a diferencia de lo que ocurría en el anterior procedimiento contencioso-administrativo en estos casos, en los que se hacía preciso la interposición de una posterior demanda por despido. De ahí el artículo 151.11 en su versión original, que antes hemos citado. Lo allí previsto se añade sobre el artículo 151.9, no lo sustituye.

CUARTO.- Como se ha dicho, por tanto, el procedimiento adecuado para impugnar individualmente un despido colectivo después de la entrada en vigor de la Ley 36/2011 y antes de la reforma laboral introducida por el Real Decreto-ley 2/2012, era el regulado por el artículo 151 de la citada Ley 36/2011 en todos aquellos aspectos ya resueltos por la resolución administrativa. Por tanto, si en la resolución administrativa se identificaba nominativamente a un trabajador despedido, entonces la impugnación por el mismo de dicho despido debe tramitarse, como se está haciendo, por la vía del artículo 151 de la Ley de la Jurisdicción Social, debiendo recordarse que en este procedimiento están legitimados para promover el proceso, los destinatarios del acto o resolución impugnada o quienes ostenten derechos o intereses legítimos en su revocación o anulación (artículo 151.5). La legitimación activa no está limitada a sujetos colectivos, como después se introdujo a partir del Real Decreto-ley 3/2012 para el procedimiento de impugnación de despidos colectivos del artículo 124 de la Ley de la Jurisdicción Social. Debe destacarse también que el sujeto que recurre el acto administrativo puede pretender la nulidad total del mismo o su nulidad parcial, lo que implica que el recurso de un único interesado puede producir la total nulidad de la resolución con efectos para todos los trabajadores despedidos. Pero si se anulase el acto solamente de manera parcial (por ejemplo, por razón de algún motivo de ilegalidad



que solamente afectase a su inclusión en la lista de trabajadores afectados), los efectos se limitarían a los aspectos del acto anulados, lo que exigiría acomodar el fallo.

Por consiguiente el procedimiento adecuado para tramitar la pretensión de D. Joaquín contra su despido, al estar incluido en la lista de trabajadores despedidos contenida en la resolución administrativa, es el del artículo 151 de la Ley de la Jurisdicción Social, que en este caso es competencia de esta Sala, lo que ha sido resuelto expresamente por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo en la cuestión de competencia planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid. En este procedimiento, tal y como disponen los artículos 69.1 y 151.2 de la citada Ley, debe haberse agotado previamente la vía administrativa en la forma y plazos que correspondan según la normativa aplicable a la Administración autora del acto, en este caso mediante la interposición previa y en plazo del correspondiente recurso administrativo de alzada, regulado en los artículos 114 y siguientes de la Ley 30/1992. Al no haberlo hecho así nos encontramos con un acto consentido y firme en vía administrativa, no susceptible de recurso, lo que, como hemos visto, es causa de inadmisibilidad del mismo, lo que así ha de ser declarado.

QUINTO.- Se ha alegado por Grupo Mekanotubo S.A. la falta de legitimación activa D. Herminio , D. Olegario , D. Víctor y D^a Carolina , que actúan como comisión negociadora del despido colectivo elegida en el centro de Alcobendas, para impugnar la resolución en lo que respecta al centro de trabajo de Burgos. Dicha excepción ha de desestimarse en todo caso y no solamente porque existe una atribución expresa durante el periodo de consultas de los trabajadores de Burgos a la comisión ad hoc elegida en el centro de Alcobendas, solución que tiene un difícil encaje en la legalidad de las comisiones ad hoc, que son subsidiarias respecto de las representaciones legales y sindicales de los trabajadores, resultando que en este caso el centro de Burgos contaba con un delegado de personal. Lo esencial es que en este tipo de procedimiento, que sigue la lógica del procedimiento contencioso- administrativo, el objeto es el control judicial de la legalidad del acto administrativo y ese control judicial puede ser activado por cualquier persona que acredite un interés directo y legítimo. Por consiguiente nada impide que un trabajador individual pida la anulación del acto administrativo, con efectos para todos los afectados por dicho acto, incluidos los previstos en el artículo 151.11 de la Ley de la Jurisdicción Social. Es más, es conocido que en el procedimiento contencioso- administrativo cuyas reglas aquí se aplican la legitimación para la ejecución de la sentencia no corresponde a quienes la tuvieron en la fase declarativa, sino a quienes acrediten un interés directo y legítimo en la ejecución, aunque no hubieran sido parte en el proceso previo. Lo que significa que, una vez anulado el acto, con el pronunciamiento correspondiente respecto a la obligación de readmisión de los trabajadores afectados, cualquier trabajador de los afectados podría pedir la ejecución, aunque no hubiera sido parte en el proceso previo. Cuestión distinta es que el actor pidiese también el reconocimiento de situaciones jurídicas individualizadas u otros derechos para terceros, para lo que no tendría legitimación, pero aquí lo que piden es la anulación del acto administrativo, para lo que están perfectamente legitimados, independientemente de que dicha anulación produjera efectos para todos los interesados en dicho acto.

SEXTO.- En cuanto a la alegación relativa a una acumulación indebida de acciones en la demanda interpuesta por D. Secundino , D. Balbino y D^a Catalina , debido a la pretensión incluida en el suplico de su demanda de abono de una serie de indemnizaciones por parte de la empresa, parece que tal acumulación indebida no existiría, conforme a los artículos 31.2 y 71.1.d de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , aplicable supletoriamente, pero en todo caso ello no es relevante puesto que se ha desistido de dicha pretensión, reservándose dichos trabajadores la acción para su ejercicio separado en otra demanda.

SÉPTIMO.- Se ha alegado la falta de legitimación pasiva de las empresas Cementos Molins S.A., Cartera de Inversiones CM S.A., Otinix S.A., Grupo Vivo Team S.L., Mekanopark 20 S.L., Mekanohünnebeck S.A., Masajursa S.L., Building Equipment S.L., Mekanogumba S.A., Libarache S.L., Aleteam Construmat S.L. (después denominada Cimbras y Geotecnia S.A.) y Belmert Capital S.A..

Para analizar dicha excepción hay que tener en cuenta que estamos en un proceso de impugnación de un acto administrativo y por tanto se aplican las reglas del procedimiento contencioso- administrativo y no las del proceso civil, por lo que la construcción del "locus standi" de las partes no se basa en las normas sobre legitimación activa y pasiva de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El artículo 151.5 de la Ley de la Jurisdicción Social nos dice que la legitimación pasiva corresponde a la Administración autora del acto impugnado. El procedimiento se presenta, por tanto, con dos partes enfrentadas: el recurrente, legitimado para cuestionar la actuación administrativa, y la Administración autora del acto. Ahora bien, en la medida en que el acto afecta a los derechos e intereses de otras personas, la Ley obliga a llamar al proceso a todo tipo de interesados susceptibles de ser identificados, en concreto a los titulares de derechos e intereses legítimos que puedan ser afectados. El artículo 151.5 de la Ley de la Jurisdicción Social nos dice que los empresarios y los trabajadores afectados o los causahabientes de ambos, así como aquellos terceros a los que pudieran alcanzar las responsabilidades derivadas de los hechos considerados por el acto objeto de impugnación y quienes pudieran



haber resultado perjudicados por los mismos, podrán comparecer como parte en el procedimiento y serán emplazados al efecto. En este procedimiento, por tanto, no es el demandante el que debe identificar a aquellas personas frente a las que ejerce su pretensión, sino que deben ser identificados de oficio y llamados al proceso, dándoles por ello posibilidad de comparecer en el mismo como partes para la defensa de sus derechos e intereses. Además la Ley de la Jurisdicción Social (artículo 151.6) permite la comparecencia como partes de los sindicatos y asociaciones empresariales más representativos, así como aquéllos con implantación en el ámbito del litigio.

El artículo 21 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa nos dice que se considera parte demandada, además de a las Administraciones públicas contra cuya actividad se dirija el recurso, a todas las personas o entidades cuyos derechos o intereses legítimos pudieran quedar afectados por la estimación de las pretensiones del demandante.

Por consiguiente para determinar si las entidades Cementos Molins S.A., Cartera de Inversiones CM S.A., Otinix S.A., Grupo Vivo Team S.L., Mecanopark 20 S.L., Mecanohünnebeck S.A., Masajursa S.L., Building Equipment S.L., Mecanogumba S.A., Libarache S.L., Aleteam Construmat S.L. y Belmert Capital S.A. tienen la consideración legal de partes demandadas ha de valorarse si sus derechos o intereses legítimos pueden quedar afectados por la estimación de las pretensiones del demandante. Para ello han de reproducirse los suplicos de las dos demandas que son admitidas. La demanda de D. Herminio , D. Olegario , D. Víctor y D^a Carolina pide que se "declare la nulidad de la Resolución recurrida por no ser ajustada a Derecho, o subsidiariamente improcedente por injustificadas al no concurrir las causas económicas y productivas que justifiquen las medidas autorizadas por la Resolución recurrida, con las consecuencias legales inherentes a tal declaración". Por su parte la demanda de D. Secundino , D. Balbino y D^a Catalina pide que se declare que la resolución administrativa impugnada "es nula o subsidiariamente estime la demanda declarándose que no se ajusta a Ley el acto administrativo impugnado todo ello, en base a los argumentos fácticos jurídicos y doctrinales contenidos en esta demanda, y para el caso de que se desestime la presente demanda, alternativamente se reconozca a los demandantes el derecho a percibir (en tal caso) las indemnizaciones legales postuladas en la presente demanda y en concreto para la Sra. Catalina la suma de 57.807,36 euros; al Sr. Secundino la suma de 68.120,30 euros y al Sr. Balbino la suma de 21.017,11 euros más los intereses legales que procedan, debiendo responder en ambos casos las demandadas o cada una de ellas en sus respectivas responsabilidades de tales condenas". Dado que en la segunda demanda se ha desistido de la pretensión indemnizatoria, el suplico queda reducido, como el primero, a pedir la nulidad o subsidiariamente la anulación (no cabe, como hemos dicho, la improcedencia, ni la declaración de no ajustado a Derecho) del acto administrativo impugnado. Lo que, para el caso de estimarse, conlleva la consecuencia de readmisión de los trabajadores despedidos al amparo del mismo, en los términos previstos en el artículo 151.11 de la Ley de la Jurisdicción Social.

De ahí que para analizar qué concretas empresas de entre las demandadas tienen legitimación para ser consideradas demandadas en los términos del artículo 21 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa ha de analizarse cuáles de ellas quedarían afectadas, de estimarse, por la obligación de readmitir a los trabajadores despedidos en los términos del artículo 151.11 de la Ley de la Jurisdicción Social, así como aquéllas otras que acreditan un interés directo y legítimo en el contenido del acto administrativo objeto del recurso.

Hay que añadir que la obligación de identificar interesados no solamente se produce en la tramitación del proceso contra el acto administrativo, sino en el propio procedimiento de producción del mismo. El artículo 34 de la Ley 30/1992 regula la identificación de los interesados y nos dice que si durante la instrucción de un procedimiento que no haya tenido publicidad en forma legal, se advierte la existencia de personas que sean titulares de derechos o intereses legítimos y directos cuya identificación resulte del expediente y que puedan resultar afectados por la resolución que se dicte, se comunicará a dichas personas la tramitación del procedimiento. La omisión de esa obligación podría dar lugar a la anulación del acto administrativo, pero ésta es una cuestión que aquí no se ha planteado por los demandantes y es diferente a la identificación de interesados en el proceso revisorio de cara a su llamada a juicio.

OCTAVO .- Para comenzar con el análisis de los interesados en este proceso hay que comenzar por afirmar que no ha quedado acreditada relación alguna con el mismo de las empresas Mecanogumba S.A., Building Equipment S.L. y Cementos Molins S.A., que no tienen participación en el capital social de Grupo Mecanotubo S.A. ni están participadas en su capital social por esta empresa, ni consta ninguna otra relación relevante con la misma. Por consiguiente ha de estimarse la excepción de falta de legitimación pasiva en orden al presente litigio, no reconociendo a las mismas ni derecho ni obligación para ser partes en el mismo.

En cuanto a Libarache S.L, Cartera de Inversiones CM S.A, Otinix S.A. y Masajursa S.L., lo único que consta acreditado es la condición de accionistas de Grupo Mecanotubo S.A., sin que ninguno de ellos alcance el 50%



del capital social, siendo la más significativa la participación de Masajursa S.L., que alcanza el 48%. Es decir, ni siquiera consta acreditado que ninguna de dichas empresas cumplan los requisitos del artículo 42 del Código de Comercio para ser consideradas grupo de sociedades con Grupo Mecanotubo S.A. Aunque así fuese hay que tener en cuenta que la doctrina actual de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo se recoge en la sentencia de 19 de diciembre de 2013 en el recurso 37/2013 y nos dice 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, porque los componentes del grupo tienen en principio un ámbito de responsabilidad propio como personas jurídicas independientes que son. Para ello es necesario que concurra algún elemento adicional en los siguientes términos: 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. Ninguna de tales circunstancias adicionales ha sido acreditada y ni siquiera se alegaba en la demanda, ni se cita documento alguno del expediente administrativo del que resulte, por lo que constituiría una mutatio libelli la introducción de tales hechos ex novo en el acto del juicio, lo que no podría admitirse. Por consiguiente no se les puede atribuir en modo alguno el concepto de empleadoras de los trabajadores despedidos y no serían afectadas por la eventual anulación de la resolución administrativa, dado que lo único que resultaría de tal anulación sería una obligación de readmisión que solamente puede ejercerse contra quien tenga la condición de empleador de los trabajadores.

En cuanto a Mecanopark 20 S.L. y Mecanohünnebeck S.A. se ha reconocido que las mismas forman parte de un grupo de sociedades a efectos del artículo 42 del Código de Comercio, por ser empresas participadas por Grupo Mecanotubo S.A. sobre las que ejerce control. Ahora bien, ni se ha alegado ni se ha acreditado que concurren las circunstancias adicionales necesarias para dar el salto desde dicho concepto mercantil al de grupo de empresas laboral, por lo que también respecto de ellas ha de decirse que no serían afectadas por la eventual anulación de la resolución administrativa, dado que lo único que resultaría de tal anulación sería una obligación de readmisión que solamente puede ejercerse contra quien tenga la condición de empleador de los trabajadores, lo que no es el caso de dichas sociedades.

NOVENO.- Otra situación distinta es la de las empresas Aleteam Construmat S.L. (después denominada Cimbras y Geotecnia S.A.) y Belmert Capital S.A. Por lo que se refiere a Cimbras y Geotecnia S.A., esta empresa es la adquirente de la unidad productiva de la que era titular Grupo Mecanotubo S.A., lo que incluye maquinaria, equipos, centros de trabajo, clientela, marcas, etc., así como toda la plantilla de trabajadores con contrato vigente en el momento de la adquisición (57 trabajadores). Se trata por tanto de un supuesto claro de sucesión de empresas del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores. Aunque en este caso la transmisión de la actividad productiva se haya producido en el seno de un procedimiento concursal, ello no produce al respecto cambio alguno. Es cierto que la Directiva 2001/23/CE de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, permite a los Estados miembros excepcionar la aplicación de la Directiva en estos supuestos de concurso de acreedores, pero en el caso del Estado español lo que se ha dispuesto expresamente por el legislador en el artículo 149.2 de la Ley 22/2003, Concursal, es que "cuando, como consecuencia de la enajenación a que se refiere la regla 1.ª del apartado anterior, una entidad económica mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesorio, se considerará, a los efectos laborales, que existe sucesión de empresa". Dicha referencia, es obvio, va referida a la institución de la sucesión de empresa regulada por el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores en su conjunto, al no hacerse matización o excepción alguna, salvo a: a) La posibilidad de que el juez concursal acuerde que el adquirente no se subroge en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por el Fondo de Garantía Salarial de conformidad con el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores. Lo que significa que la exclusión de la sucesión solamente afecta al Fondo de Garantía Salarial, de manera que, aunque éste se subroge, conforme al artículo 33.4 del Estatuto de los Trabajadores, en la titularidad de los créditos laborales de los trabajadores que el FOGASA haya asumido y satisfecho, no podrá ejecutar tales créditos frente a la empresa sucesora que haya adquirido la unidad productiva en la liquidación concursal, sino solamente frente a la deudora originaria de los mismos. Por ello la empresa sucesora quedará exenta de la obligación de reintegrar al FOGASA las cantidades satisfechas por éste a los trabajadores de la empresa transmitente. Pero esa disposición no afecta a todas las demás deudas laborales y de Seguridad Social de la empresa distintas a las del FOGASA, sean salariales o de otra índole (incluso la obligación de readmisión, por lo que aquí interesa), a las que sí se aplica la sucesión de empresas en idénticos términos que a cualquier otra empresa en supuestos extraconcursoales. b) También



permite la Ley que, para asegurar la viabilidad futura de la actividad y el mantenimiento del empleo, el cesionario y los representantes de los trabajadores puedan suscribir acuerdos para la modificación de las condiciones colectivas de trabajo. Lo que no es otra cosa que la aplicación de la previsión del artículo 5.2.b de la Directiva 2001/23/CE, que permite que la legislación de un Estado miembro, cuando prevea la aplicación de la Directiva 2001/23/CE en el caso de transmisiones en el seno de procedimientos concursales, autorice que el cesionario, el cedente, o la persona o personas que ejerzan las funciones del cedente, por un lado, y los representantes de los trabajadores, por otro lado, puedan pactar, en la medida en que la normativa o la práctica en vigor lo permitan, cambios en las condiciones contractuales de empleo de los trabajadores, con la finalidad de mantener las oportunidades de empleo al garantizar la supervivencia de la empresa o del centro de actividad o de la parte de la empresa o del centro de actividad. Lo que no ofrece grandes novedades sobre la regulación del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, que en general permite a las empresas tal tipo de pactos con los representantes de sus trabajadores, aún cuando no se encuentren en situación concursal. En cuanto a las consecuencias de la sucesión de empresas, las mismas son, con la excepción de la relativa a las deudas en las que el FOGASA se haya subrogado, todas las previstas por la normativa aplicable (artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, esencialmente), así como por la jurisprudencia dictada en aplicación del mismo. Nos dice dicha norma legal que el nuevo empresario queda subrogado, por el hecho de la transmisión, en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente. Respecto a la doctrina jurisprudencial, en especial ha de destacarse, por lo que respecta a este caso, que la sucesión opera "ope legis", sin necesidad de acto de reconocimiento alguno, esto es, que una vez producida la transmisión de la empresa o unidad productiva, el empresario adquirente sucede al antiguo empleador y se convierte automáticamente en empleador de los trabajadores, pasando a ser directamente titular de las relaciones entre los trabajadores y su antigua empresa, por lo que a dicho empresario adquirente y no al transmitente incumbe la eventual obligación de readmitir a un trabajador despedido (sentencias de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2007, RCU 2336/2006, 19 de septiembre de 2007, RCU 2246/2006 y 21 de diciembre de 2007, RCU 2891/2006). Y también ha de destacarse que, conforme a la jurisprudencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, la empresa sucesora se hace cargo no solamente de las deudas salariales o de otra índole que la empresa sucedida tuviera con los trabajadores que han pasado a formar parte de su plantilla, sino también de las deudas con los trabajadores de la empresa sucedida cuya relación laboral se hubiera extinguido antes de producirse la sucesión, pero que estuvieran pendientes de pago, siempre y cuando dichos trabajadores estuvieran adscritos en su momento a la unidad productiva transmitida. Así, en el caso de las indemnizaciones por despido, tres sentencias de 15 de julio de 2003 en los RCU 3442/2001, 1878/2002 y 1973/2002. Todo ello sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad solidaria de la anterior empresa durante tres años por las deudas anteriores a la sucesión.

En aplicación de la legalidad vigente y de la doctrina jurisprudencial indicada, es manifiestamente obvio que la empresa Aleteam Construmat S.L. (después denominada Cimbras y Geotecnia S.A.), al suceder por adquirir la unidad productiva (aún cuando sea en la liquidación de un concurso de acreedores) a Grupo Mecanotubo S.A., se ha convertido en la empresaria empleadora de los trabajadores, aplicándose la institución de la sucesión de empresas, lo que además obliga a la misma a responder de las obligaciones pendientes con otros trabajadores adscritos a la misma unidad productiva adquirida (como son los despedidos en el expediente de regulación objeto de estos autos), incluso, en su caso, de la obligación de readmitir a los mismos si se dictase resolución anulatoria de la autorización administrativa. Frente a ello solamente podría oponerse que el Juzgado de lo Mercantil número 9 de Barcelona, al adjudicar la unidad productiva para su adquisición por Cimbras y Geotecnia S.A., expresamente dispuso en su auto de 6 de septiembre de 2012 (lo que reiteró en el auto denegatorio de aclaración dictado el 19 de junio de 2013) que la sucesión solamente iba referida a los trabajadores en cuya relación laboral se subroga la adquirente. La cuestión está en si dicho auto produce efectos vinculantes de futuro que impida extraer ahora las consecuencias legales de la sucesión de empresa frente a la empresa adquirente en orden a la readmisión de los trabajadores despedidos en el expediente de regulación objeto de esta litis, si se anulase la resolución administrativa impugnada.

Pues bien, la respuesta ha de ser necesariamente negativa, incluso si el auto en cuestión hubiese ganado firmeza, lo que no consta acreditado. El artículo 222.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil confiere efectos vinculantes de cosa juzgada en sentido positivo respecto a futuros procesos a lo resuelto "en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso" y además "siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal". No se cumplen en este caso ninguno de los dos requisitos: ni estamos ante una sentencia, ni existe identidad de partes.

La eficacia de cosa juzgada definida por la Ley está limitada a lo resuelto por sentencia, puesto que, conforme al artículo 206 de la Ley de Enjuiciamiento Civil la sentencia es el tipo de resolución mediante la cual se resuelven



los litigios entre las partes, en los cuales se ha de dirimir sobre los derechos de las mismas. Por el contrario los autos tienen por finalidad solventar incidencias procesales, aprobar transacciones y convenios y, en general, cuestiones incidentales. Este mismo esquema lo respeta la Ley 22/2003, Concursal, que en sus artículos 192 y siguientes regula el "incidente concursal" para resolver las cuestiones litigiosas que se produzcan durante el concurso y que no tengan señalado otro trámite. El incidente se resuelve mediante sentencia y es a ésta a la que expresamente el artículo 196.4 de la Ley Concursal le atribuye los efectos de cosa juzgada. Por consiguiente un auto no produce "cosa juzgada" en sentido estricto, sino en todo caso impedirá a las partes reabrir cuestiones procesales ya resueltas en momentos ulteriores de la tramitación, pero no está llamado a decidir de futuro sobre sus derechos sustantivos.

Por otro lado y con la única excepción del deudor concursado, que es por definición parte procesal a lo largo de todo el concurso, no puede adjudicarse sin más la condición de parte en cualesquiera trámites del concurso a todos los acreedores o posibles interesados. El procedimiento concursal es una suma de trámites y procedimientos muy diversos. Caben, por ejemplo, múltiples incidentes concursales y en cada uno de ellos las partes pueden ser distintas, como expresamente nos dice el artículo 193 de la Ley Concursal, independientemente de la legitimación conferida a toda persona comparecida en el concurso para intervenir como coadyuvante en los incidentes concursales. Si dicha intervención no se produce, esa persona no tiene la consideración de parte en el incidente. Así, en el caso del auto de adjudicación de la unidad productiva de 6 de septiembre de 2012, no consta que hubiesen comparecido como partes los trabajadores despedidos en el expediente de regulación que es objeto de esta litis e incluso si hubiesen pretendido comparecer como tales, se les hubiera notificado la adjudicación (lo que no consta) y pretendiesen impugnar la misma es ciertamente dudoso que se les hubiese reconocido legitimación procesal para ello. Por consiguiente, si no fueron partes en el correspondiente procedimiento de adjudicación que concluyó con el auto del Juzgado de lo Mercantil de 6 de septiembre de 2012 difícilmente les puede alcanzar cosa juzgada alguna derivada del mismo.

Finalmente ha de recordarse que el artículo 9 de la Ley Concursal atribuye al juez del concurso jurisdicción para todas las cuestiones prejudiciales civiles, con excepción de las excluidas en el artículo 8, las administrativas o las sociales directamente relacionadas con el concurso o cuya resolución sea necesaria para el buen desarrollo del procedimiento concursal, pero añade después que la decisión sobre las cuestiones a las que se refiere el apartado anterior no surtirán efecto fuera del proceso concursal en que se produzca. Se trata de la aplicación del instituto de la prejudicialidad regulado en el artículo 10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debiendo subrayarse que cuando un órgano judicial resuelve a título prejudicial sobre lo que es competencia de otro orden jurisdiccional, como aquí sucede, lo hace incidenter tantum ("a los solos efectos prejudiciales"), sin vincular con su resolución a los órganos de otros órdenes jurisdiccionales. En el ámbito de la prejudicialidad extra ordinem no opera el efecto vinculante de la cosa juzgada positiva del artículo 222.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y por ello, aunque el juez del concurso resolviese sobre materias sociales o administrativas en sus decisiones (incluso mediante sentencia recaída en un incidente concursal), lo haría a título prejudicial, sin vincular en pleitos futuros, como el que aquí nos ocupa, a los órganos judiciales de un orden jurisdiccional competente, que de forma razonada y justificada pueden apartarse de su criterio cuando así lo imponga el cumplimiento de la legislación vigente, en su interpretación jurisprudencial consolidada, que no ha sido respetada en el auto del Juzgado de lo Mercantil.

Comprende esta Sala que, en definitiva, la empresa que adquiere una unidad productiva de otra en situación concursal, desee tener una cierta seguridad sobre las consecuencias futuras de dicha adquisición y que por ello recabe del juez del concurso, a instancia de la administración concursal, ciertas garantías. Aún cuando la venta pueda ser positiva para el desarrollo del concurso, la liquidación de deudas del concursado con acreedores o incluso para los intereses de otros implicados, como pueden ser los trabajadores, lo cierto es que el juez del concurso no puede asumir acriticamente tales intereses para conseguir la venta de la unidad productiva, ni derogar la legislación vigente para hacer posible la adquisición, máxime cuando con ello priva de sus derechos a otros terceros que no están obligados a soportar tal ablación de sus derechos legales. La misma situación de incertidumbre que sufre una empresa adquirente de una unidad productiva en un concurso la padece también la que la adquiere en el tráfico ordinario, fuera de situaciones concursales, puesto que pueden aparecer consecuencias inesperadas con posterioridad frente a las cuales pueda desear cubrirse. Para ello está tanto el asesoramiento legal y económico que pueda buscar, como la regulación legal del contrato de compraventa y de las demás figuras ordinarias del tráfico mercantil. Lo que no cabe es convertir el auto judicial de adjudicación en una regulación de futuro de todo tipo de consecuencias laborales, fiscales, tributarias, etc., creando un marco jurídico especial para la empresa adquirente. El juez, tampoco el juez mercantil, no puede sustituir al legislador, menos todavía cuando se trataría de crear un marco regulatorio de futuro uti singuli, para el caso concreto.

Por tanto se concluye que Cimbras y Geotecnia S.A. es la empresa que, en cuanto sucesora de Grupo Mecanotubo S.A., se ha convertido en titular de la empresa y que por ello, en caso de anularse la autorización



administrativa del despido colectivo, sería la obligada directamente a reintegrar a los trabajadores afectados en sus puestos de trabajo, con las demás consecuencias legales inherentes a esa obligación dimanante del artículo 151.11 de la Ley de la Jurisdicción Social. Por lo cual es evidente la titularidad por la misma de un interés directo en el presente litigio, que ha de llevar a desestimar la excepción de legitimación pasiva en relación con dicha empresa.

La legitimación pasiva que corresponde, en los términos vistos, a Aleteam Construmat S.L. (después denominada Cimbras y Geotecnia S.A.) no puede extenderse a Belmert Capital S.A., dado que lo que consta es que esta última es una mera sociedad de inversión propietaria del capital de Cimbras y Geotecnia S.A.. Es cierto que la oferta vinculante de adquisición y la negociación de la compra de la unidad productiva se llevó a cabo por Belmert Capital S.A., pero para instrumentar la adquisición y para el funcionamiento ulterior de la empresa se vino a utilizar una sociedad diferente, la denominada Aleteam Construmat S.L. y después Cimbras y Geotecnia S.A. Es obvio que en nuestro Derecho es lícito que las personas físicas y jurídicas que deseen emprender un negocio puedan limitar su responsabilidad a lo que aporten para el mismo, en los términos legales, mediante la constitución para ello de una sociedad limitada o anónima. Si para el negocio que implica la explotación de la unidad productiva adquirida Belmert Capital S.A. decidió constituir una sociedad, como es Cimbras y Geotecnia S.A., con ello determina que sea esta última quien asuma plenamente su responsabilidad como empresario, también en las relaciones laborales. La responsabilidad podría extenderse a Belmert Capital S.A. si concurrieran circunstancias para el levantamiento del velo o para considerar, en los términos antes vistos y a los que ahora nos remitimos, la existencia de un grupo de sociedades. Pero en este caso ni se ha alegado ni se ha acreditado que concurren las circunstancias adicionales necesarias para aplicar tales figuras jurídicas, por lo que también en relación con Belmert Capital S.A. ha de decirse que no sería afectada por la eventual anulación de la resolución administrativa, dado que lo único que resultaría de tal anulación sería una obligación de readmisión que solamente puede ejercerse contra quien tenga la condición de empleador de los trabajadores, lo que no es el caso de dicha sociedad.

DÉCIMO .- Constituida así la relación jurídico procesal, hay que analizar los diferentes motivos de recurso contra el acto administrativo. Debe avisarse que serán objeto de análisis aquellos motivos expresamente alegados en la demanda, sin que sea admisible que, como se hace en la demanda de los trabajadores del centro de Sevilla, se haga una genérica remisión a los previos recursos de alzada y a todo el expediente administrativo y a las alegaciones realizadas a lo largo de la tramitación del mismo. Es obligación de la parte demandante consignar en la demanda todos los hechos en los que fundamente sus pretensiones e incluso podría sostenerse, por aplicación supletoria del artículo 56.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa en esta concreta modalidad procesal, los fundamentos de Derecho o, al menos, la identificación de las diferentes causas de pedir, sin que pueda hacerse por remisión a otros documentos extraprocesales.

Vamos a comenzar por los motivos determinantes de la eventual nulidad del acto administrativo conforme al artículo 62 de la Ley 30/1992, entre los cuales están (artículo 62.1.a) "los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional". El único de esta índole que se alega es el relativo a la vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación de D^a Catalina por haber sido despedida a pesar de estar en situación de incapacidad temporal por una adenocarcinoma, motivo que, de estimarse, no daría lugar a la anulación de la completa resolución administrativa, sino solamente de la inclusión de la trabajadora citada en la lista de afectados. Hay que hacer notar que de estimarse el motivo por vulneración de derechos fundamentales, las consecuencias también serían distintas en relación con su readmisión en ejecución de las previsiones del artículo 151.11 de la Ley de la Jurisdicción Social.

Por lo que se refiere a la eventual discriminación por razón de enfermedad, hay que recordar que la doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo unificada en sentencias de 29 de enero de 2001, 23 de septiembre de 2002 y 12 de julio de 2004 (RCU 1566/2000, 449/2002 y 4646/2002) es que el artículo 14 de la Constitución Española comprende dos prescripciones que han de ser diferenciadas: la primera, contenida en el inciso inicial de ese artículo, se refiere al principio de igualdad ante la Ley y en la aplicación de la Ley por los poderes públicos; la segunda se concreta en la prohibición de discriminaciones y tiende a la eliminación de éstas en cuanto implican una violación más cualificada de la igualdad en función del carácter particularmente rechazable del criterio de diferenciación aplicado.

Esta distinción tiene, según la jurisprudencia constitucional, especial relevancia cuando se trata de diferencias de trato que se producen en el ámbito de las relaciones privadas, pues en éstas, como señala la sentencia 34/1984 la igualdad de trato ha de derivar de un principio jurídico que imponga su aplicación. Partiendo de ese primer punto dice el Tribunal Supremo que a pesar de que el artículo 14 de la Constitución incluye entre las causas de discriminación ilícita una cláusula abierta ("cualquier otra condición o circunstancia personal o social") la referencia del inciso final del artículo 14 de la Constitución no puede interpretarse en el



sentido de que comprenda cualquier tipo de condición o de circunstancia, pues en ese caso la prohibición de discriminación se confundiría con el principio de igualdad de trato afirmado de forma absoluta.

Lo que caracteriza la prohibición de discriminación, justificando la especial intensidad de este mandato y su penetración en el ámbito de las relaciones privadas, es el que en ella se utiliza un factor de diferenciación que merece especial rechazo por el ordenamiento y provoca una reacción más amplia, porque para establecer la diferencia de trato se toman en consideración condiciones que históricamente han estado ligadas a formas de opresión o de segregación de determinados grupos de personas o que se excluyen como elementos de diferenciación para asegurar la plena eficacia de los valores constitucionales en que se funda la convivencia en una sociedad democrática y pluralista.

El Tribunal Supremo nos ha dicho que la enfermedad, en el sentido genérico desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo, no es un factor discriminatorio en el sentido estricto que este término tiene en el inciso final del artículo 14 de la Constitución Española, aunque pudiera serlo en circunstancias en las que resulte apreciable el elemento de segregación, esto es, ante enfermedades o padecimientos que tengan una especial significación social y sean objeto habitual de prejuicios sociales o actitudes de apartamiento o discriminación.

En este caso consta en hechos probados que la enfermedad que produce el proceso de incapacidad temporal era un adenocarcinoma y a juicio de esta Sala el cáncer, en sus distintas manifestaciones, es una enfermedad a la que se puede asociar esa actitud social de temor y apartamiento, hasta el punto de evitarse habitualmente pronunciar su nombre (actitud que se trata de combatir en los últimos años con la colaboración de personajes públicos que, padeciendo la enfermedad, lo vienen a reconocer en público), todo lo cual pudiera llevar a considerar discriminatoria e inconstitucional una conducta perjudicial para el que padece un cáncer por el mero hecho de padecerlo.

Por otro lado hay que tener en cuenta que la lista de trabajadores no ha sido fijada por la empresa privada tras la autorización administrativa, sino por la propia Administración en su resolución, esto es, por un poder público vinculado por la interdicción de arbitrariedad, lo que podría determinar la aplicación de un criterio más estricto de interdicción de la arbitrariedad y obligación de trato igual, que no podría justificarse de manera proporcionada y razonable por la enfermedad.

Ahora bien, para que pueda existir discriminación es preciso que exista diferencia de trato con otra u otras personas (esto es, un término de referencia) y que constase acreditado, aunque solamente fuese a partir de un panorama indiciario, que el criterio de selección del perjudicado ha sido la enfermedad. Y en este caso, dado que se ha cerrado el centro de trabajo de la trabajadora enferma, despidiendo a todos sus trabajadores, no aparece diferencia de trato alguna, sino precisamente lo contrario, un trato igual con los restantes trabajadores afectados que pudieran servir como término de referencia. Por tanto no puede decirse que exista discriminación contra la trabajadora D^a Catalina. Y, por lo demás, no existe desde hace muchos años en nuestro Derecho Laboral norma alguna que prohíba o impida el despido de los trabajadores que se encuentren en situación de incapacidad temporal.

UNDÉCIMO .- El segundo motivo de impugnación alegado que produciría la nulidad de la resolución recurrida, por tratarse de infracción de norma procedimental básica (artículo 62.1.e de la Ley 30/1992), sería la falta de poder del solicitante del expediente de regulación de empleo para iniciar el procedimiento administrativo. Se trataría de que D. Pedro, aunque tiene conferido poder de representación de la sociedad Grupo Mecanotubo por escritura otorgada ante Notario el 3 de octubre de 2006, el mismo está limitado a "contratar y despedir trabajadores, salvo directivos, entendiéndose por directivos la Dirección General y aquellos directivos que reporten directamente con ella, y/o personal hasta un salario bruto anual inferior a 30.000 euros anuales". Se deduciría de ello que el poder sería insuficiente, dado que las indemnizaciones, según se dijo en el acto del juicio, podrían superar esos 30.000 euros de referencia. Al respecto ha de decirse que la referencia de los 30.000 euros consignados en el poder notarial no son las indemnizaciones, sino el salario. De ahí que si se interpretase dicha cláusula como pretenden los recurrentes, ello daría lugar únicamente a la anulación de la inclusión en el expediente administrativo de los trabajadores cuyo salario anual estuviese por encima de dicha cantidad, pero no a la anulación de todo el expediente. Por otra parte la limitación, tal y como resulta del poder, va referida a la contratación de trabajadores con salario por encima de tal cuantía, pero no parece que sea aplicable al despido. Por otra parte el poder para instar la tramitación del expediente de regulación no deriva de dicha cláusula, dado que estamos ante un procedimiento administrativo, cubierto por el poder para "prestar y concertar cualquier tipo de servicio relacionado con el objeto y actividad de la sociedad, con cualesquiera personas, tanto físicas como jurídicas", así como la representación para actuar ante las autoridades administrativas en nombre de la empresa. Dicha autorización es a la que se refiere el artículo 32.3 de la Ley 30/1992, que en este caso es suficiente.



DUODÉCIMO .- Siguiendo con las infracciones procedimentales que se denuncian, la relativa a la ausencia de un plan de acompañamiento social (con incorrecta cita en la demanda de los trabajadores de Sevilla, del Real Decreto 1483/2012, que no era el aplicable, sino el artículo 9 del Real Decreto 801/2011), es cuestión nueva, no planteada en el recurso de alzada, lo que impide su análisis. El artículo 72 de la Ley 36/2011 establece que en el proceso no pueden introducir las partes variaciones sustanciales de tiempo, cantidades o conceptos respecto de los que fueran objeto del procedimiento administrativo y de las actuaciones de los interesados o de la Administración, en fase de recurso que agote la vía administrativa, salvo en cuanto a los hechos nuevos o que no hubieran podido conocerse con anterioridad. Es cierto que el artículo 56.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa dice que en justificación de las pretensiones que se deduzcan en la demanda "podrán alegarse cuantos motivos procedan, hayan sido o no planteados ante la Administración", pero esta norma no resulta aplicable, como supletoria que es, al existir norma propia del proceso social que expresamente contempla este supuesto y le da una solución diferente.

DECIMOTERCERO .- En cuanto a la falta de aportación por el solicitante de criterios de selección de trabajadores afectados, hay que recordar que en el procedimiento regulado por el Real Decreto 801/2011 la empresa podía optar por someter a la Administración el listado de trabajadores afectados u omitir el mismo y, en ese caso, sí serían necesarios los criterios de selección para su determinación posterior. El artículo 8.c del Reglamento obligaba a aportar la "relación nominativa de los trabajadores afectados o, en su defecto, concreción de los criterios tenidos en cuenta para designar a los mismos...". En este caso incluyó el listado de trabajadores, lo que hacía innecesaria la aportación de los criterios, que solamente es exigible en defecto del primero. Ello no obsta a que el citado listado pueda ser cuestionado, como se ha visto anteriormente, por motivos de ilicitud en la inclusión de algún trabajador.

DECIMOCUARTO .- Entrando en los motivos invocados de anulabilidad del acto administrativo (artículo 63 de la Ley 30/1992), alegan en primer lugar los demandantes la ausencia de negociación de buena fe en el periodo de consultas previo a la decisión de despido colectivo. Se dice por los demandantes que la empresa no se ha movido en su posición en el curso de la negociación, ni en lo relativo al número de despidos, ni en lo relativo a la cuantía de las indemnizaciones. La única oferta fue la negociación con el Fondo de Garantía Salarial de un convenio para anticipar el pago, que no sería suficiente para justificar que la empresa haya tenido predisposición para llegar a un acuerdo sobre el despido colectivo planteado a los trabajadores y sus representantes.

Lo primero que ha de decirse es que, aún de estimarse, dicha causa no encaja en el artículo 62 de la Ley 30/1992 , sino en el artículo 63, por lo que no es motivo de nulidad del acto administrativo, sino de mera anulabilidad, dado que se refiere al fondo jurídico del acto administrativo. No estamos, hay que recordar una vez más, en el procedimiento surgido a partir del Real Decreto-ley 3/2012, regulado en el artículo 124 de la Ley de la Jurisdicción Social, en el que dicho motivo determinaría la nulidad del despido colectivo. Aquí no se trata de calificar el despido colectivo, sino el acto administrativo que lo autoriza.

Pues bien, la obligación de negociar no implica la obligación de llegar a acuerdos y tampoco es aceptable que la negociación haya de implicar necesariamente una reducción del alcance de la medida inicialmente propuesta si no existen causas para ello. No puede concebirse la negociación como una puja o un mero regateo, en la cual las partes hayan de partir de posiciones que saben a priori que son desproporcionadas o no responden a la causa real, para poder aparentar movimientos de aproximación durante la negociación. Por el contrario tal tipo de conductas serían las que pudieran ser constitutivas de mala fe negociadora, si se acreditara que tienen como efecto buscado u objetivo desalentar la oposición de la otra parte y forzarla a aceptar un acuerdo ante el temor de sufrir una medida totalmente desproporcionada.

La buena fe de la empresa en la negociación ha de valorarse por algunos principios básicos:

a) Por el principio de transparencia, esto es, por no ocultar a la representación de los trabajadores datos ni informes que sean relevantes y proporcionar aquellos datos e informes que tenga a su disposición y le sean reclamados durante el periodo de consultas;

b) Por el principio de razonabilidad, que exige, como demostración de la voluntad de llegar a un acuerdo, tomar en consideración las propuestas realizadas por la representación de los trabajadores para su análisis y dar contestación a las mismas, en sentido positivo o negativo, de forma razonada. Es en este razonamiento de las contestaciones donde se podrá apreciar si la empresa ha fijado una posición previa y tramita la negociación como mera formalidad o, por el contrario, su disponibilidad a negociar no tiene resultado como consecuencia de la inexistencia de soluciones alternativas mejores. La negociación de buena fe comporta esencialmente acreditar la disposición a dejarse convencer y a intentar convencer a la contraparte de las propias razones, como subraya la STS 27-05-2013, rec. 78/2012 , lo cual comporta necesariamente escuchar las ofertas de la contraparte, contraofertar sobre las mismas, cuando es posible y/o explicar la imposibilidad de admitirlas de



manera razonada y ajustada a la realidad empresarial. Por consiguiente, si concurren ofertas y contraofertas efectivas durante la negociación y se razona por qué se aceptan o no se aceptan las propuestas de la contraparte, se habrá negociado de buena fe, aun cuando el período de consultas no llegue a buen puerto. Así lo hemos manifestado en múltiples sentencias, por todas, SAN 14-10-2013, proced. 267/2013 ; SAN 11-11-2013, proced. 288/2013 y SAN 10-12-2013, proced. 368/2013 .

En este caso ninguno de los dos principios aparece vulnerado en la actuación negocial de la empresa. Por un lado consta que ha respondido a las solicitudes de información de los trabajadores y sus representantes en las comisiones de negociación proporcionando la información solicitada, sin que consten consignadas en las actas quejas sobre falta de documentación que no hayan sido atendidas. En otro caso esta Sala habría de atender a la justificación de la documentación requerida. En cualquier caso los demandantes no justifican en este punto su pretensión.

En cuanto al hecho del inicio en marzo de negociaciones para la venta de la unidad productiva con Belmert Capital S.A., lo que después se materializó en el concurso de acreedores, no aparece tampoco en este punto ocultación, dado que los contactos se inician, según consta probado, en alguna fecha indeterminada de marzo de 2012 y no consta que se llevasen a cabo antes de que hubiese finalizado el periodo de consultas. Sobre este tema volveremos más adelante y con mayor detenimiento, al analizar la causa económica alegada en relación con lo alegado por los demandantes del centro de Sevilla sobre una supuesta operación para vender la unidad productiva de la empresa planificada desde antes de la iniciación del expediente de regulación sobre el que aquí tratamos.

Por otra parte la postura de la empresa durante la negociación sobre las peticiones de los trabajadores es coherente y razonable con la situación económica que expone y acredita, incluida la imposibilidad de acceder a mejoras de la indemnización legal, que centra una buena parte de las negociaciones. No en vano la empresa fue declarada poco después en concurso de acreedores, como consecuencia de su situación financiera, que es la que desde luego impide acceder a mejoras indemnizatorias incompatibles con la misma.

DECIMOQUINTO .- En cuanto a la forma de constituir las mesas de negociación, separadamente por centros (aunque acumulando algunos), solamente se plantea en la demanda de los trabajadores del centro de Sevilla, que sostienen que no pudieron negociar con la empresa durante el periodo de consultas. Pero a este respecto la alegación es novedosa y no se compadece con los hechos probados, de los que resulta que se constituyó la comisión negociadora, que se designó una persona del centro de Sevilla, que los trabajadores hicieron alegaciones y que se realizó una sesión de cierre del periodo de consultas en la que se reconoció la existencia de la negociación y el representante de los trabajadores solamente manifestó su desacuerdo respecto de la medida, sin hacer alegación alguna sobre la realidad del periodo de consultas formalizado en las actas. Cuando no se ha objetado durante la negociación a la forma de constituir las mesas negociadoras, no cabe que después se invoquen defectos como causa para pedir la anulación.

DECIMOSEXTO .- En cuanto a la causa del despido, debe calificarse la misma como económica, atendiendo a los motivos explicitados en la memoria del despido colectivo, puesto que incluso la disminución de la demanda y las ventas, que la empresa califica como causa productiva, no es sino causa económica en la redacción dada al artículo 51.1 del Estatuto de los Trabajadores por la Ley 35/2010, que es la aplicable.

Los recurrentes no cuestionan propiamente las cifras contables, que se han dado por acreditadas y que por sí mismas justifican suficientemente los despidos autorizados por la Administración, sin que se observe vulneración del necesario principio de proporcionalidad entre la causa acreditada y la medida autorizada a la empresa. Cabe subrayar que pocos meses más tarde el número de despidos se incrementó, tras ser declarada la empresa en concurso de acreedores. Es cierto que el EBITDA de la empresa era positivo, pero no lo es menos que de forma significativamente decreciente. Por otra parte los costes financieros derivados de los créditos para financiar la actividad y las amortizaciones contables del inmovilizado, aunque sean elementos que deben analizarse detalladamente para comprobar si desvirtúan la cifra de pérdidas declarada, no pueden ser sin más descartadas, sustituyendo el concepto de "pérdidas" por el concepto de EBITDA. La financiación de la empresa se puede obtener legítimamente de capitales ajenos, lo que en ejercicios sucesivos, lógicamente, generará unos gastos financieros que han de computarse para determinar los resultados. Es más, tales costes financieros pueden dar lugar a pérdidas e incluso, aunque en la definición legal de la causa económica de despido el balance haya sido, contra toda lógica, omitido, se puede producir un desequilibrio patrimonial como consecuencia de la acumulación de pérdidas que obligue a una reestructuración de la deuda e incluso al cierre de la empresa, como ha ocurrido en este caso, en el cual se ha llegado a una situación de concurso, que además ha terminado en liquidación patrimonial. Los costes y cargas financieras podrán ser obviados cuando se acredite, algo que no se ha hecho en este caso, que la financiación bancaria origen de los mismos se dedicó a fines diferentes de la actividad productiva de la empresa. Y, respecto de las amortizaciones del inmovilizado, las mismas responden a la repercusión de gastos de inversión diferidos en varios ejercicios y si



no se cuestionan esos gastos, ni su importe, ni su periodificación, no pueden ser obviadas sin más a la hora de calcular el resultado contable relevante a efectos del despido.

Como resulta de los hechos probados, la situación económica y financiera de la empresa no deriva del abandono de la actividad de construcción (contratación directa de obras con las Administraciones) y afecta a la demás actividades. Ante la realidad de las pérdidas, la evolución de los gastos de personal no es el dato más relevante, de manera que aunque se resten los costes de las indemnizaciones por despidos anteriores las pérdidas y la caída de contratación y de ventas siguen presentes en términos análogos. Tampoco es relevante cuáles sean los planes de viabilidad y la coherencia de sus previsiones. Ello sería trascendental si la causa alegada del despido colectivo fuese una previsión de pérdidas, pero no lo es si lo que se alega son pérdidas reales pasadas, reflejadas en la contabilidad. Basta con dichas pérdidas actuales para que concurra causa económica, independientemente de las discrepancias sobre las previsiones.

En cuanto a la proporcionalidad, no puede admitirse una aplicación mecánica de reducción de plantilla sobre los gastos de personal. La proporcionalidad necesaria deja un margen de apreciación a la propia empresa para que, concurriendo la causa, determine la reestructuración que entiende necesaria. El control judicial se contrae a determinar si en dicha decisión se han excedido determinados límites de proporcionalidad en sentido amplio, si se produce una situación que permita afirmar que concurre una desvinculación entre la causa alegada y la medida aplicada, lo que no sucede aquí.

Por otra parte en este caso la causa económica no aparece desvirtuada aunque se tomen en consideración los resultados consolidados del grupo de sociedades encabezado por Grupo Mecanotubo S.A., según resulta de los hechos probados. Tal situación es expresamente analizada por la Administración en relación con el grupo de sociedades mercantil que consta acreditado y no puede exigirse de la misma que, por la mera alegación de una parte sin apoyo en datos concretos sobre la existencia del grupo de empresas laboral, la Administración quede obligada a indagar sobre una multitud de empresas.

No hay que confundir la obligación de la Administración de abrir un periodo probatorio cuando no tenga por ciertos los hechos alegados por el interesado (artículo 80.2 de la Ley 30/1992), con la obligación de investigar hechos no alegados en base a una mera alegación genérica de índole jurídica esgrimida por el interesado sin concreción alguna de los datos fácticos necesarios para la aplicación de la norma. Por otra parte la obligación de fundamentar los actos administrativos (por remisión a un informe que se asume por el órgano competente para dictar resolución, en este caso) no llega desde luego a exigir una respuesta pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones de todas las partes. La nulidad del acto administrativo por esta causa ha de quedar limitada a los supuestos en que se produzca una efectiva indefensión y ello no ocurre cuando la parte hace alegaciones genéricas, no fundadas en una fundamentación fáctica y jurídica suficientemente fundada que exija un análisis detallado de la cuestión.

Aunque en la demanda de la comisión ad hoc de Madrid se citan unas supuestas desviaciones de resultados hacia dos empresas, Masajursa y Cartera de Inversiones CM, que se dice que resultaría de las declaraciones de operaciones con terceras personas de los últimos años, lo cierto es que tal hecho no se puede considerar como probado, por no señalarse prueba concreta que lo acredite. Por otro lado, aunque en el modelo 347 de declaración anual de operaciones con terceros figurasen operaciones entre Grupo Mecanotubo y esas empresas, de ello solamente resultaría probado la realización de operaciones mercantiles y el devengo de las mismas por un determinado importe, pero no la naturaleza de esas operaciones y menos todavía que tengan naturaleza ficticia. La demandada ha admitido la existencia de operaciones entre esas empresas, pero ha alegado que las mismas están reflejadas en la contabilidad. Por consiguiente el análisis de la parte demandante es notablemente insuficiente en este punto. A partir de la declaración anual de operaciones con terceros podría haber buscado el reflejo contable de dichas operaciones y hacer alegaciones concretas sobre tales operaciones, tal y como resulten de la contabilidad, o, si no dispusiera de la contabilidad (y hay que reseñar que en autos se han aportado los libros mayores de la empresa y del grupo de sociedades, por lo que existe abundante soporte documental) haber pedido en concreto prueba sobre tal extremo conforme a las normas reguladoras del procedimiento administrativo. De haberse denegado dicha prueba podría existir causa de nulidad del expediente que obligara a su retroacción. Pero nada de eso se ha hecho. Decir, como dice (y es lo único que puede constar probado), que existen operaciones con dichas sociedades es totalmente insuficiente para acreditar que existan desviaciones patrimoniales, realización de prestaciones ficticias u otras situaciones de ilegalidad.

Por otro lado no puede entenderse que se produzca una ruptura de la relación causal por razón de la oferta viva de contratos que tenía la empresa. Al respecto esta Sala no puede considerar probado otra cosa que lo resultante del documento reconocido por la empresa y al que nos remitimos en los hechos probados, pero del mismo no se deduce nada concluyente. No podemos partir de que la empresa hubiera sido rentable de haber sacado adelante un determinado volumen de pedidos y obras, máxime cuando no podemos saber qué obras



concretas se hubieran llevado a cabo efectivamente y cómo, y ni siquiera es posible determinar cuál sería la rentabilidad de la ejecución de tales obras y su repercusión sobre la situación económica global de la empresa.

Por lo que se refiere a la alegación de que la empresa ha sustituido a su plantilla laboral por la subcontratación con terceras empresas y autónomos, se trata de una alegación de la parte, pero nada consta en concreto probado, salvo el importe de la subcontratación en los tres últimos ejercicios, que efectivamente se ha incrementado, pero sin que conste la causa ni ninguna otra información, por lo que es innecesario un ulterior análisis de la cuestión.

En fin, la tesis de los recurrentes (al menos de una parte de los mismos, en concreto de los trabajadores del centro de Sevilla) es que habría existido una maniobra para liquidar la plantilla y limpiar en vía concursal las deudas de Grupo Mecanotubo transfiriendo en vía concursal la unidad productiva a otra empresa, con la que ya estaría todo ello pactado previamente, a "precio de derribo" (se pone mucha insistencia en esta circunstancia). Nada de esto consta acreditado. La situación económica y financiera de Grupo Mecanotubo antes del concurso es la que resulta probada. La empresa Belmert Capital S.A. pone su atención en dicha empresa como posible inversión, dentro de su política, como grupo de inversión internacional, de buscar en España empresas en crisis para su reconversión y adquisición a un precio conveniente. Lógicamente para que la operación salga adelante es preciso concretar un plan de negocio viable, sobre una estructura de costes asumible y esto es lo que se hace, tras las conversaciones con los directivos de la empresa y después con la administración concursal. Es obvio que una adquisición de esta índole ha de llevar un periodo previo de estudio, conversaciones y preparación, sin que de ello resulte, por sí mismo, nada ilícito. No ha quedado acreditado en modo alguno que dicha operación se pusiera en marcha antes del expediente de regulación objeto de esta litis y que se ocultara en el periodo de consultas, apareciendo documentado en el descriptor 579 a partir de abril de 2012. El primer documento (descriptor 577) es un compromiso de confidencialidad para que Belmert pueda acceder a la documentación de Mecanotubo y data de 27 de marzo de 2012, aún cuando es obvio que en fechas anteriores debió existir algún contacto en una fase totalmente preliminar. No en vano se observa en los informes de Belmert para sus inversores internacionales, donde da cuenta de los contactos y busca de oportunidades de inversión y adquisición de empresas en crisis, que se cita a Mecanotubo en el informe de abril-mayo de 2012, pero no en el de marzo de 2012 (ambos en descriptor 578) y en ningún caso en los de 2011 (descriptor 575).

Cabe observar también que en la fase de liquidación del concurso de acreedores la posibilidad de adquirir la unidad productiva se abrió a ofertas de otras empresas, por lo que no estaba cerrada en aquel momento necesariamente en favor de Belmert Capital. Si la oferta de esta empresa fue finalmente la aceptada por el Juzgado se debió a que, por su fase de preparación y estudio, era la más madura y solvente, como se justifica en el auto en el que se resuelve la adjudicación.

Por todo ello hay que concluir que es la tramitación del expediente de regulación y la situación de crisis a comienzos de 2012 la que motiva que el grupo inversor internacional personificado por Belmert Capital cobre conciencia de la posibilidad de adquirir la empresa, iniciándose los contactos a finales de marzo de 2012, cuando el periodo de consultas ha finalizado. El proceso posterior de adquisición no puede proyectarse retroactivamente para cuestionar la legalidad de la resolución del expediente de regulación. Si no se hubiera llegado a concretar esa adquisición es muy probable que se hubiera producido el cierre de la empresa y su total liquidación tras el despido de toda la plantilla. Es verdad que, una vez que Belmert Capital (a través de Aleteam Construmat S.L.) adquiere la unidad productiva de Grupo Mecanotubo, una parte de los problemas económicos quedan resueltos, puesto que la mayor parte del pasivo financiero no se transmitió, quedando sumido en la masa del concurso. Si partimos de un EBITDA positivo y de una reestructuración que reequilibre la estructura de costes de la empresa, la unidad productiva, liberada de aquella carga, fue considerada viable, lo que es congruente con los datos económicos que constan probados. Si nos situásemos en la situación posterior a la adquisición, desaparecido gran parte del pasivo, la causa económica ya no sería la misma e incluso podría no existir. Pero el expediente se resuelve por la Administración en base a una concreta situación fáctica en un momento temporal determinado y, en base a esa situación, la resolución fue correcta. Hay que recordar que lo que no es objeto aquí de enjuiciamiento es el despido colectivo posterior en el tiempo, producido con acuerdo y dentro del procedimiento concursal, al amparo del artículo 64 de la Ley Concursal.

Por lo que se refiere a la alegación que se hace de que el cierre del centro de Sevilla impide que la situación económica negativa se supere, ha de decirse que dicha alegación corresponde a una redacción del artículo 51.1 del Estatuto de los Trabajadores ya derogada en el momento en que se tramita y resuelve el expediente de regulación de empleo. Incluso bajo aquella redacción, la jurisprudencia entendió que no quedaba proscrito el despido destinado al cierre de la empresa, cuando la situación económica así lo justificara e hiciera inviable la continuidad. Y, por último, no puede confundirse el cierre de la empresa, que aquí no se produce con el expediente de regulación, con el cierre de un concreto centro de trabajo con cuatro trabajadores, puesto que



incluso con la antigua redacción la "superación" de la situación económica negativa iba referida a la empresa y no a cada uno de sus centros o unidades.

En cuanto a la alegación realizada por parte de los actores de que el despido no estaría justificado por ser posible la adopción de medidas menos desfavorables para los trabajadores que, aunque no se identifican, hemos de pensar que se concretarían en suspensión de contratos, reducciones de jornada, modificaciones salariales y de otras condiciones de trabajo, ha de aclararse que en la lógica jurídica de los expedientes de regulación en el momento en que se tramita el que es objeto de los autos la potestad de intervención de la Administración no se extiende a la dirección de la política laboral de la empresa. Ante la concurrencia de una causa legal habilitante, que ha de ser cierta y proporcionada, la empresa puede legalmente recurrir a la medida del despido colectivo. La norma legal previa al Real Decreto-ley 3/2012 condicionaba la legalidad de tal despido a una autorización administrativa, la cual había de concederse si concurría la causa legalmente prevista y si la empresa había cumplido con sus obligaciones documentales y de negociación del periodo de consultas. No existe norma alguna que condicionase el derecho a obtener la autorización por la empresa a que la Administración pudiese comprobar la posibilidad potencial de un plan de viabilidad que evitase los despidos y atajase la crisis empresarial por otra vía diferente. La definición de la política empresarial es prerrogativa de la propiedad de la empresa, aunque para la legalidad de determinadas medidas la Ley imponga una serie de requisitos procedimentales y de fondo. Existiendo causa legal real, suficiente y proporcionada, la Administración debe limitarse a autorizar, sin que pueda sustituir a la dirección de la empresa para imponer un plan de viabilidad distinto, que no incluya despidos.

DECIMOSEXTO .- En cuanto a la falta de pago a los trabajadores de las indemnizaciones de despido resultantes del expediente de regulación, estamos ante un expediente anterior al Real Decreto-ley 3/2012. Ni antes ni después de dicha norma la legalidad del despido colectivo (o antes, como en este caso, de la resolución administrativa) puede venir provocada por la falta de abono de las indemnizaciones, independientemente de que los despidos individuales, al menos después del Real Decreto-ley 3/2012, puedan ser declarados improcedentes en un litigio individual si no se hubiese puesto a disposición del trabajador, de forma injustificada, la indemnización simultáneamente a la comunicación individual del despido. Por tanto ese hecho no afecta a la legalidad de la resolución administrativa recurrida. Por otro lado la diferencia con los trabajadores despedidos posteriormente en la tramitación del concurso, que sí cobraron las indemnizaciones, está legalmente justificada por su diferente calificación en el concurso de acreedores, como créditos de la masa en un caso y como créditos contra la masa en el otro. Debe recordarse también que dichas indemnizaciones pendientes de pago están incluidas en el acervo obligacional de la sucesión de empresas, por lo que habrían de ser asumidas por la adquirente de la unidad productiva, además de la responsabilidad solidaria que durante tres años incumbe al transmitente.

DECIMOSÉPTIMO .- Finalmente, en cuanto al motivo de impugnación de la resolución administrativa por la inclusión como trabajador despedido de D. Secundino , del centro de Sevilla, que había suscrito en el año 2000 un acuerdo con la empresa en virtud del cual, entre otros, se pactó este compromiso:

"La empresa se compromete igualmente a no extinguir el contrato del Sr. Secundino bajo ningún concepto y solo sería posible extinguir o despedirle cuando exista causa justa imputable al trabajador. Si por cualquier circunstancia la empresa decidiera despedir al trabajador y éste fuera declarado improcedente, en tal caso éste tendría derecho a una indemnización de 45 días por año de servicio con el tope de 42 mensualidades".

No puede desde luego elogiarse la redacción dada por las partes a dicha cláusula. Por una parte existe una renuncia de la empresa a extinguir el contrato del trabajador por causa que no sea imputable al mismo. Ello impediría su despido en este expediente de regulación y llevaría a anular su inclusión en el expediente. Pero a continuación se pacta la consecuencia del incumplimiento, que no es la nulidad del despido, ni la obligación de readmisión por la empresa, sino una elevación de la indemnización hasta los 45 días por año de servicio con el tope de 42 mensualidades. Aunque en el acuerdo se reserva dicha indemnización al supuesto en el que el despido sea declarado improcedente, una interpretación literal del pacto conduce al absurdo, por lo que esta Sala interpreta que lo que se está haciendo es pactar las consecuencias del incumplimiento del compromiso principal de no despedir. En el caso de que tal incumplimiento se produzca, siempre habría derecho a una indemnización de 45 días por año. Así interpretado, no existe ningún motivo por el cual pueda entenderse que dicho pacto económico haya perdido virtualidad, ni puede admitirse, como pretende la empresa, que dicho acuerdo haya de quedar sin efecto por aplicación de la cláusula rebus sic stantibus, puesto que la consecuencia del pacto no aparece como gravemente dañosa o perturbadora del equilibrio sinalagmático. Es notorio que los pactos considerados lícitos en el caso de personal de alta dirección, incluso en empresas en crisis, superan de forma muy notable la cuantía indemnizatoria que resultaría del que aquí juzgamos. Por consiguiente, si el pacto es válido, pero únicamente implica la obligación de indemnizar en caso de incumplimiento de la forma pactada, la inclusión del trabajador en el despido colectivo autorizado no vulnera el pacto. El efecto será el



derecho del trabajador a percibir la indemnización pactada, que habrá de reclamar en otro procedimiento de las empresas obligadas a su abono, la adquirente de la unidad productiva y sucesora, Cimbras y Geotecnia S.A., solidariamente con la transmitente, Grupo Mecanotubo S.A.

DECIMOCTAVO .- No se hace imposición de costas por no apreciarse temeridad en ninguno de los litigantes.

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

FALLAMOS

En los procedimientos acumulados 299/2012, 328/2012 y 9/2013 seguidos por demandas de D. Herminio , D. Olegario , D. Víctor y D^a Carolina contra Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Grupo Mecanotubo S.A. y Advante Concursal S.L. sobre IMPUGNACIÓN DE RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA, D. Joaquín contra Grupo Mecanotubo S.A. sobre IMPUGNACIÓN INDIVIDUAL DE EXTINCIÓN DE CONTRATO DE TRABAJO EN DESPIDO COLECTIVO y D. Secundino , D. Balbino y D^a Catalina contra Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Grupo Mecanotubo S.A., Masajursa S.L., Libarache S.L., Cartera de Inversiones CM S.A., Mecanopark 20 S.L., Mecanohünnebeck S.A., Cementos Molins S.A., Aleteam Construmat S.L., Belmert Capital S.A., Otinix S.A., Grupo Vivo Team S.L., Building Equipment S.L., Mecanogumba S.A. y Fondo de Garantía Salarial, sobre IMPUGNACIÓN DE RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA decidimos:

Inadmitir la demanda presentada por D. Joaquín .

Desestimar la excepción de falta de legitimación activa de D. Herminio , D. Olegario , D. Víctor y D^a Carolina .

Estimar las excepciones de falta de legitimación pasiva opuestas por Mecanogumba S.A., Building Equipment S.L., Cementos Molins S.A., Libarache S.L., Cartera de Inversiones CM S.A., Otinix S.A., Masajursa S.L., Mecanopark 20 S.L., Mecanohünnebeck S.A. y Belmert Capital S.A.

Desestimar la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por Aleteam Construmat S.L. (después denominada Cimbras y Geotecnia S.A.).

Y, entrando sobre el fondo, desestimamos las demandas presentadas por D. Herminio , D. Olegario , D. Víctor y D^a Carolina , por una parte, y por D. Secundino , D. Balbino y D^a Catalina , por otra.

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 000328 12.

Se advierte, igualmente, a las partes que preparen recurso de casación contra esta resolución judicial, que, según lo previsto en la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, modificada por el RDL 3/13 de 22 de febrero, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, con el escrito de interposición del recurso de casación habrán de presentar justificante de pago de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional a que se refiere dicha norma legal, siempre que no concurra alguna de las causas de exención por razones objetivas o subjetivas a que se refiere la citada norma, tasa que se satisfará mediante autoliquidación según las reglas establecidas por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas en la Orden HAP/2662/2012, de 13 de diciembre.

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

Así por nuestra sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.