

Roj: **STS 2573/2014 - ECLI:ES:TS:2014:2573**Id Cendoj: **28079140012014100284**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **20/05/2014**Nº de Recurso: **168/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**Ponente: **JESUS SOUTO PRIETO**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **STSJ CV 8456/2012,**
STS 2573/2014

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinte de Mayo de dos mil catorce.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación interpuesto por la letrada D^a Alicia Ramírez Gómez en nombre y representación de BOHER PROMO, S.L. y por el letrado D. Mariano Paniagua Bertomeu en nombre y representación de FAZMOBILIA, S.L. contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de fecha 28 de diciembre de 2012 en autos nº 11/2012 seguidos a instancias de D. Basilio contra la empresa Fazmotor S.L., Boher Promo, S.L., Fiazmovilla S.L., D. Germán , D. Pablo , D. Luis Enrique , D. Casimiro y el Fondo de Garantía Salarial, sobre Despido colectivo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En 6 de agosto de 2012 tuvo entrada en el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, demanda en materia de despido colectivo presentada por don Basilio en su condición de legal representante de los trabajadores, contra las empresas Fazmotor SL, Boher Promo SL y Fazmovilla SL, y contra don Germán , Don Pablo , D. Luis Enrique y D. Casimiro , en la que solicitaba la nulidad del despido colectivo, y subsidiariamente la declaración de no ser ajustada a derecho la decisión extintiva empresarial, peticiones a las que en el acto del juicio de añadía la de extinción de los contratos de los trabajadores afectados ante el cierre de la empresa Fazmotor SL.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, y su ampliación contra el Fondo de Garantía Salarial, se señaló para la celebración de los actos de conciliación y juicio el día 3 de octubre de 2012, y tras suspensión solicitada de común acuerdo por las partes la del 28 de noviembre de 2012, acordándose dicho día nueva suspensión de los actos de conciliación y juicio, celebrándose finalmente el 20 de diciembre de 2012, compareciendo la parte actora asistida por el letrado don Carlos Manuel Noguero Pérez y las empresas demandadas representadas: Fazmotor SL por don Marcos ; Boher Promo, S.L, por el letrado don José Moreno Padilla y Fazmibilia SL por el letrado don Mariano Pascual Paniagua Bertomeu que también representa y asiste a don Casimiro y a D. Luis Enrique , no ompareciendo don Pablo ; dándose e por intentado y celebrado sin efecto el primero de los actos, se celebró el juicio en el que las partes alegaron cuanto a su derecho convino y, tras la práctica de la prueba, quedaron los autos conclusos para sentencia

TERCERO.- Con fecha 28 de diciembre de 2012, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: FALLO: "Desestimamos la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por la empresa Boher Promo SL y estimamos la misma excepción opuesta por don Germán , D. Luis Enrique , D. Casimiro y estimamos la demanda interpuesta por D. Basilio en su condición de legal representante de los trabajadores de las



mercantiles demandadas Fazmotor SL , Boher Promo SL y Fazmobilia SL, y en consecuencia declaramos la nulidad del despido colectivo a que se refiere este procedimiento, y condenamos a las mercantiles referidas a estar y pasar por esta declaración, absolviendo a don Pablo de las pretensiones contra el mismo formuladas".

CUARTO.- En la anterior sentencia se declararon probados los siguientes hechos: "PRIMERO.- En fecha 9 de julio del 2012 la empresa Fazmotor SL con CIF B-03505724, y domicilio social en Alicante, en la Carretera Alicante-Valencia km 84,6 comunicó al representante legal de los trabajadores de la empresa la apertura del período de consultas como consecuencia de la intención de proceder a un despido colectivo de todos los trabajadores de la plantilla. El día siguiente se efectuó la comunicación preceptiva a la Dirección Territorial de Empleo de Alicante. En esta primera comunicación se adjunta la siguiente documentación: la Memoria explicativa de la actividad de la empresa y de las causas económicas que se alegan donde se hace constar el número y clasificación provisional de los trabajadores que van a ser afectados (13), así como el de todos los trabajadores empleados habitualmente durante el último año (18); y documentación sobre las causas económicas que justifican la medida, consistentes en el balance de situación a mayo de 2012 y balances de sumas y saldos de los años 2010, 2011, toda esta documentación sin auditar. Con fecha 11 de julio siguiente la representación de los trabajadores puso de manifiesto por escrito dirigido a la empresa que los documentos entregados eran incompletos y en especial que respecto a las cuentas anuales del ejercicio 2011 no se encuentran suscritas y falta la memoria; así como el Balance de Pérdidas y Ganancias provisional del ejercicio 2012 porque solo se incorpora un Balance de situación a 31 de mayo de 2012, y faltando las ventas producidas durante el segundo trimestre del ejercicio corriente 2012, por lo que se interesaba para el adecuado desarrollo del periodo de consultas la siguiente documentación: Libro de Actas de la Junta General de Socios, certificación literal del acuerdo del acta de la Junta General de Socios de aprobación de las cuentas anuales del ejercicio 2011, justificación del depósito de las cuentas anuales del ejercicio 2011 ante el registro mercantil de Alicante, cuentas anuales completas y auténticas de los ejercicios contables 2008, 2009, 2010, 2011 y 2012 hasta el 9 de julio, libro Registro de Facturas emitidas y recibidas de los ejercicios 2011 y 2012, liquidaciones anuales y trimestrales del impuesto del valor añadido de los ejercicios 2011 y 2012, extractos desde el 1 de enero de 2012 hasta la actualidad de las cuentas corrientes y pólizas de crédito de la empresa en todas las entidades financieras, en concreto en la CAM, Banco de Sabadel SA y Banco Popular SA, copia del documento jurídico en el que se ha materializado la pérdida extraordinaria por valor de 630.443,22 # en el ejercicio 2012, así como los documentos procedentes de ese activo, y el informe diario de las ventas de activos corrientes y no corrientes de la empresa desde el 9 de julio de 2012, hasta la decisión final de la empresa. Al día siguiente, 12 de julio se contesta por la empresa Fazmotor SL al requerimiento de documentación por escrito que se reproduce (folio 31 de la documental de la empresa). La primera reunión del periodo de consultas se celebra el día 16 de julio a las 12 Horas con un único orden del día, extendiéndose el acta en la que solo consta la propuesta de la empresa de indemnizar a los trabajadores con veinte días de salario por año de servicio, el desacuerdo del delegado de personal y "la pregunta del abogado asistente sobre las pérdidas de la empresa" que se dice "es contestado por Don Juan Manuel sobre el origen de las mismas" sin más, negándose a firmar el abogado del actor haciéndolo dos testigos, y firmando el actor bajo la dicción "Esta acta es falsa", quedando citados para celebrar una segunda reunión el 23 de julio. En esa misma fecha, 16 de julio, el delegado don Basilio vuelve a solicitar y reiterar la documentación que no se facilitó por la empresa en el primer requerimiento (folio 34 de la documental de la empresa), contestando la empresa por escrito de 18 de julio, que era suficiente la documentación entregada (folio 35 y 36 de la documental de la empresa). En la segunda reunión que tiene lugar el 23 de julio se valora la propuesta de la empresa ya dicha en la reunión anterior, se muestra el desacuerdo por el delegado de personal, manifestándose por la empresa que la extinción de los contratos se produciría el 10 de agosto de 2012, ultimo día de trabajo en la empresa, y que se comunicaría individualmente los despidos a los trabajadores, manifestando el delegado de personal que desconoce aun las causas que han motivado el expediente al no facilitarse la documentación requerida, que siguen impagadas las nóminas de junio y la gratificación de verano mientras que la empresa ha satisfecho otros créditos, terminando la negociación sin acuerdo. Seguidamente la empresa comunica al delegado de personal por escrito de 23 de julio que tras el desarrollo del periodo de consultas sin alcanzar acuerdo ha tomado la decisión de proceder al despido colectivo de 13 trabajadores con efectos 10 de agosto con el abono de la indemnización de 20 días por año de servicio y máximo de 12 mensualidades, quedando solo el gerente para liquidar la empresa y que se procederá a la venta de todos los bienes de la empresa y que se abonaran las cuotas que legalmente se determinen para financiar el convenio especial de la trabajadora Virginia al tener mas de 55 años y no tener la condición de mutualista, determinando seguidamente la clasificación profesional y nombres de los trabajadores afectados. El día 24 de julio siguiente se efectuó la comunicación preceptiva a la Dirección Territorial de Empleo de Alicante. Consta acreditado que en febrero de 2012 la empresa había puesto de manifiesto a los trabajadores la situación de la empresa, reuniéndose la plantilla que mostró su conformidad en realizar un sacrificio económico una vez conocido el estado de cuentas de la empresa. SEGUNDO.- La empresa demandada Fazmotor SL se constituyó con la denominación de Fialmotor SL mediante escritura



otorgada en Alicante el 6 de Julio de 1990 ante el notario don Francisco Javier Teijeiro Vidal, modificada su denominación por la actual en otra escritura de fecha 23 de noviembre de 1990 otorgada por el mismo notario; el objeto social es la compraventa de vehículos automóviles nuevos y usados, el servicio de taller de reparación de mecánica, pintura y electricidad del automóvil, y el arrendamiento de vehículos sin conductor; sus socios en la fecha de la constitución son Luis Enrique que suscribe participaciones por valor de 7.500.000 de pesetas de los 25.000.000 de pesetas de capital, D. Casimiro con otros 7.500.000 de pesetas en participaciones, don Justo con 5.000.000 de pesetas, don Leoncio 2.500.000 pesetas y doña Nicolasa otros 2.500.000 pesetas; inicialmente el administrador único fue don Casimiro y en la actualidad son administradores solidarios don Germán y don Pablo . La empresa Fazmobilia SL se ha constituido por escritura de 28 de abril de 1999 tiene su domicilio en Alicante Avenida de Denia 195, su objeto social es la construcción y promoción de edificios, la compraventa de todo tipo de vehículos automóviles, motocicletas y accesorios tanto nuevos como usados, el servicio de taller de reparación mecánica, pintura, chapa y electricidad de dichos vehículos así como el arrendamiento y aparcamiento de los mismos. Aparece incontrovertido que los socios son miembros de la familia Luis Enrique Pablo Casimiro Germán y los administradores solidarios en la actualidad don Germán y don Pablo . Así mismo es admitido que la empresa ha realizado como única actividad la construcción y promoción de inmuebles, que no tiene trabajadores, que su único cliente es Fazmotor SL y consta que Fazmobilia SL viene alquilando el local comercial situado en la calle Verónica 22 Santa Faz de Alicante a Fazmotor los años 2008 a 2010 por encima del valor de mercado y por debajo los años 2010 y 2011 de modo que Fazmobilia SL ha obtenido por este concepto un beneficio a su favor, durante esos años, cercano a los 100.000 #. La empresa Broker Promo SL se constituyo en escritura de 20 de noviembre de 2005 otorgada por el notario don José J Mantilla de los Rios Abadía siendo su objeto la construcción y promoción de edificios, la compraventa de todo tipo de vehículos automóviles, motocicletas y accesorios tanto nuevos como usados, el servicio de taller de reparación mecánica, pintura, chapa y electricidad de dichos vehículos, así como el arrendamiento y aparcamiento de los mismos y con domicilio en Alicante, Avenida de Denia 195. Su capital inicial es de 5.000 euros distribuido en 1000 participaciones de 5 euros siendo sus socios al constituirse la sociedad, don Casimiro titular don Luis Enrique , don Pablo , doña Celia y don Germán titulares cada uno de ellos de 200 participaciones, y administradores solidarios don Casimiro y don Pablo . En escritura de fecha 24 de mayo de 2012 los socios venden sus participaciones a Entresuelo Segunda SL y Danca Develops SL y se nombra un nuevo administrador único en la persona que representa a dichas sociedades don Baldomero . Esta empresa ha recibido de Fazmotor durante los ejercicios 2009 a 2011, transferencias de efectivo y pago de proveedores y así mismo ha obtenido en 2009 un crédito cedido por Fazmotor SL que no ha sido devuelto salvo en ínfimas cantidades en 2009 y que ha generado junto con los intereses un crédito incobrable contabilizado en la sociedad Fazmotor SL por importe de 632.949,16 euros como pérdida. No consta que la empresa tenga empleados. El contable de las tres empresas es el trabajador Claudio . Los demandados don Luis Enrique son titulares de la nave donde tiene su domicilio la empresa Fazmotor SL en la carretera de Alicante- Valencia km 86,04 y arriendan la nave a la empresa desde el año 2008 por precio superior al de mercado. TERCERO.- Los trabajadores afectados, son: Felix , Humberto , José , Leonardo , Claudio , Luis , Maximiliano , Millán , Obdulio , Romualdo Samuel Tomás , Virginia .CUARTO.- El día 13 de agosto del 2012 acudieron previa citación a las oficinas de la Inspección Provincial de Trabajo el representante de la empresa Fazmotor SL y su asesor mercantil don Juan Manuel en representación de la empresa, y el Delegado de Personal don Basilio , don Samuel como empleado, don Claudio como contable y don Adriano como abogado por los trabajadores. La representación de los trabajadores se opuso al ERE porque la empresa no ha dado explicaciones de las pérdidas, ni de la posible existencia de un grupo de empresas y porque admitiendo las pérdidas de la empresa considera que la medida es desproporcionada. Tras varias citaciones, el representante de la empresa no aportó la documentación requerida por la Inspectora que explique la partida de 630.443,22 € que se refleja como pérdida en la contabilidad de la empresa que la deja sin fondos propios y justifica su disolución, haciendo constar la Inspectora la falta de buena fe en la negociación del periodo de consultas, la desproporción de la medida extintiva y el incumplimiento empresarial consistente en la falta de solicitud del informe a que se refiere el art. 65.4 a) del Estatuto de los Trabajadores . QUINTO.- La situación económica de la empresa Fazmotor SL desde el año 2008 hasta la actualidad ha sido negativa en cuanto se ha ido reduciendo el volumen de operaciones y los ingresos, sin que pueda precisarse la dimensión de las pérdidas.

QUINTO.- Por parte de la empresa Boher Promo, S.L y de Fazmobilia, S.L., se interpusieron sendos recursos de Casación, ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, amparado en lo dispuesto en el artículo 207 c) de la LRJS por vulneración de las normas que rigen los actos y garantías procesales establecida en el art. 240 apartado 10 de la LRJS .

SEXTO.- Evacuado el traslado de impugnación a las partes recurridas personadas y emitido el preceptivo informe del Ministerio Fiscal, en el sentido de considerar la improcedencia del recurso, se declararon conclusos los autos y se señaló día para votación y fallo el día 14 de mayo de 2014 quedando la Sala formada en Pleno.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El 6 de agosto de 2012 se presentó demanda en materia de despido colectivo por el representante de los trabajadores, contra las empresas Fazmotor, S.L., Boher Promo, S.L. y Fazmovilia, S.L., y contra las personas físicas socios y administradores de dichas sociedades, solicitando la nulidad del despido colectivo y, subsidiariamente, la declaración de no ser ajustada a derecho la decisión extintiva empresarial, peticiones a las que en el acto del juicio se añadía la de extinción de los contratos de los trabajadores afectados ante el cierre de la empresa Fazmotor, S.L.

La sentencia recurrida desestima la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por la empresa Boher Promo, S.L. y estima la misma excepción opuesta por tres de las personas físicas. Estima la demanda y declara la nulidad del despido colectivo, condenando a las tres empresas, absolviendo a una de las personas físicas, y declarando el derecho de los trabajadores afectados a la reincorporación a su puesto de trabajo.

Con referencia a la admisión de la prueba pericial presentada en el acto del juicio por la parte actora, señala la Sala que la protesta formulada por las empresas se ha basado en el art. 124.8 de la LRJS al considerarla sorpresiva, pero rechaza la alegación, entendiéndolo que el plazo de cinco días establecido en el referido precepto viene condicionado al volumen o complejidad de la prueba documental y que en este caso era suficiente con conceder 10 minutos a cada parte para la lectura de los 33 folios de la prueba pericial puesto que dicha prueba se practicaba en relación con los documentos aportados por la parte empresarial.

Estima que las empresas demandadas constituyen un grupo de empresas a efectos laborales dado que, a su juicio, de la declaración de hechos probados se desprende que existe una unidad de funcionamiento, con caja única y confusión de patrimonios así como una descapitalización de Fazmotor en beneficio de las otras empresas, no ostentando, en cambio, la condición de empresario las personas físicas demandadas.

Por otra parte, la sentencia recurrida entiende, con arreglo a la declaración de hechos probados, que la parte empresarial no aportó la documentación necesaria, lo cual fue impedimento para que la representación de los trabajadores pudieran efectuar propuestas alternativas al despido, lo cual equivale a la inexistencia del periodo de consultas y justifica la declaración de nulidad del despido colectivo.

SEGUNDO.- Disconformes con la sentencia, las empresas Boher Promo, S.L. y Fazmobilia, S.L. interponen sendos recursos de casación ordinaria:

Boher Promo, S.L. esgrime tres motivos:

Motivo Primero.- Al amparo del art. 207 c) LRLS, por vulneración de las normas que rigen los actos y garantías procesales establecidas en el art. 124, apartado 10 LRJS, habiéndose producido indefensión como consecuencia de la admisión por el Tribunal de la prueba pericial propuesta por la parte actora en el acto de la vista oral.

Motivo Segundo.- Al amparo del art. 207 d) LRJS, por error en la valoración de la prueba, se solicitan una serie de modificaciones en los hechos probados:

La eliminación del segundo párrafo del ordinal segundo de la expresión: "Aparece incontrovertido que los socios son miembros de la familia Boronad", en relación a Fazmobilia, por entender que tal extremo no aparece acreditado en documento alguno.

La modificación del tercer párrafo del ordinal segundo para el que propone una redacción alternativa en la que se haga constar:

- Que la empresa Boher Promo, S.L. decidió dedicarse a la actividad inmobiliaria, distinta de la de concesionario de coches desarrollada por Fazmotor.

- Que el domicilio social de Boher Promo es distinto del domicilio social de Fazmotor.

- Que la familia Boronad, al igual que sucedió con Fazmobilia, creó Boher Promo para desarrollar una única promoción inmobiliaria, concertando para su financiación un préstamo inmobiliario con la CAM, y a consecuencia de la crisis del sector no consiguió vender las viviendas construidas por lo que Fazmotor realizó aportaciones a favor de la promotora que contabilizó inicialmente como deuda en el pasivo de Boher y como crédito a largo plazo en el activo de Fazmotor. Que ésta fue la causa por la que los socios de Boher vendieron sus participaciones sociales, acordándose entre ambas partes de la compraventa la condonación del crédito que mantenía con Fazmotor.

Motivo Tercero.- Finalmente, al amparo del art. 207 e) LRJS se denuncia la infracción de los arts. 1.2 ET, 1137 del Código Civil, 42.1 del Código de Comercio y de los arts. 1.2 y 33 de la Ley de Sociedades de Capital, para combatir el pronunciamiento relativo al "grupo de empresas a los efectos laborales".



TERCERO.- En cuanto al motivo primero, la recurrente entiende que al admitirse en la vista oral la pericial contable propuesta por la parte actora se vulnera el último inciso del mencionado apartado, según el cual "En la citación se acordará de oficio el previo traslado entre las partes o la aportación anticipada, en soporte preferiblemente informático, con cinco días de antelación al acto del juicio, de la prueba documental o pericial que, por su volumen o complejidad, sea conveniente posibilitar su examen previa al momento de la práctica de la prueba". Se alega la trascendencia de dicha pericial para la declaración de la existencia de grupo de empresas y que su complejidad impidió el debido examen en dicho acto por sus letrados.

La Sala considera, con el Ministerio Fiscal, que no se ha producido la infracción alegada para cuya existencia es preciso la infracción de una norma esencial de las que rigen los actos y garantías procesales del juicio, así como la producción de una indefensión real y debidamente acreditada, situación que no se ha dado al admitirse dicha prueba pericial ya que, tal y como se hace constar en la sentencia, el precepto concede cinco días para el examen de la pericial cuando tal prueba responde a una complejidad o volumen que justifiquen dicho plazo, y la pericial consta exclusivamente de 33 folios debidamente estructurados y relativos a datos ya conocidos por las empresas en cuanto han sido aportados por ellas a la causa. En cuanto a la trascendencia de la misma hay que tener en cuenta que la Sala hace contar en la sentencia recurrida que para la determinación de los hechos probados se ha basado en la documental aportada por las empresas que ha resultado aclarada por el informe pericial. De lo expuesto, se deduce no sólo que no hay infracción normativa sino que tampoco ha existido indefensión, por lo que el motivo debe desestimarse.

El segundo motivo sobre error en la valoración de la prueba -con el propósito de desvirtuar la posterior declaración de la existencia de un grupo de empresas- tampoco puede prosperar. En efecto, la jurisprudencia viene exigiendo para que pueda prosperar la revisión de los hechos probados, la concurrencia de los siguientes requisitos: a) que se concrete con claridad y precisión el hecho negado u omitido en el relato fáctico, b) que tal hecho resulte de forma clara, patente y directa de la documental obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones o conjeturas, c) que se ofrezca el texto concreto a figurar y d) que tal hecho tenga trascendencia para modificar el fallo de instancia.

Pues bien, en cuanto a la primera eliminación propuesta no se basa en documento que demuestre el error del juzgador, sino en la simple alegación de que tal hecho no se desprende de ningún documento. Pero a continuación, la propia parte recurrente, al proponer la modificación siguiente, viene a reconocer que tanto Fazmobilia como Boher Promo han sido una creación de la familia Boronad. Por otra parte, se olvida que el juzgador puede obtener su convicción a través de cualquiera de las pruebas practicadas en juicio y no solo de la documentada.

En cuanto a las modificaciones que se pretenden introducir en el párrafo tercero tampoco pueden admitirse, pues los folios que señala como documental no desvirtúan la corrección del hecho probado tal como viene redactado, poniendo de relieve que el objeto social de la empresa Boher Promo, S.L. era no solo la construcción y promoción de edificios sino también -aunque no conste que llegase a realizar tal actividad- "la compraventa de todo tipo de vehículos automóviles, motocicletas y accesorios tanto nuevos como usados, el servicio de taller de reparación mecánica, pintura, chapa y electricidad de dichos vehículos, así como el arrendamiento y aparcamiento de los mismos...". Todo ello pone de manifiesto que de lo que se trata es de realizar una valoración interesada de la prueba practicada en relación con la que verificó el Tribunal de instancia. En todo caso sigue quedando patente el hecho probado relativo a la descapitalización de la empresa Faz Motor.

En el tercer motivo, la recurrente reconoce en su escrito que existe el grupo de empresas pero, después de advertirle con arreglo a la jurisprudencia de esta Sala "la mera existencia de grupo empresarial [no] conlleva automáticamente la de la responsabilidad solidaria de las empresas que lo integran", trata de desvirtuar los elementos adicionales que nuestra propia jurisprudencia señala para que se produzca esa responsabilidad solidaria. Pero sus alegaciones no alcanzan a desvirtuar los hechos que han sido declarados probados al respecto.

Nuestra sentencia de 27/5/13, rc. 78/12, del Pleno, ha resumido lo que hoy constituye jurisprudencia de la Sala en este punto concreto, al indicar que tales elementos adicionales determinantes de la responsabilidad de las diversas empresas del grupo pueden ser los siguientes: "1º) el funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo, manifestando 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".

En el caso de autos, de la relación de probanza se desprenden inequívocamente los siguientes datos:

Las tres empresas son propiedad de una familia cuyos miembros son sus socios, tienen el mismo administrador y una misma persona es la que lleva su contabilidad.



Fazmotor es la única que tenía trabajadores y se dedicaba a la compraventa, alquiler y reparación de vehículos, mientras que las otras dos se dedicaban a la promoción inmobiliaria, pese a constar en sus escrituras de constitución que también constituye su objeto social la compraventa y reparación de vehículos.

Fazmobilia tiene como único cliente a Fazmotor a quien le alquiló un local comercial en Alicante en los años 2008 y 2009 por encima del valor de mercado, y los años 2010 y 2011 por debajo de dicho valor, obteniendo un beneficio a su favor cercano a los 100.000.- €.

Boher, ha recibido de Fazmotor durante los años 2009 a 2011 transferencias de efectivo y pago de proveedores, así como un crédito no devuelto que ha generado con los intereses un crédito incobrable contabilizado en Fazmotor como pérdida de 632.949.- €.

Miembros de la familia propietaria de las empresas son los titulares de la nave que constituye el domicilio social de Fazmotor desde el año 2008, arrendándosela por precio superior al de mercado.

De tales hechos, como dice el Ministerio Fiscal, "se deduce claramente la permeabilidad operativa y contable entre las sociedades, fundamentalmente la descapitalización fraudulenta que se produce con el traspaso de fondos desde Fazmotor a Boher, con evidente perjuicio para sus trabajadores, llegando a admitirse en el propio recurso que la familia Luis Enrique Pablo Casimiro Germán Celia , al igual que sucedió con Fazmobilia creó Boher Promo para desarrollar una única promoción inmobiliaria. Esta descapitalización se ha realizado también a través de Fazmobilia, cuyo único cliente es Fazmotor a quien le alquila un local comercial fuera del valor del mercado obteniendo un beneficio a su favor cercano a los 100.000.- euros, de lo que se deduce que Fazmobilia es una empresa aparente del que no consta actividad alguna.

En congruencia con lo expuesto, también este motivo debe ser desestimado.

CUARTO.- Fazmobilia, S.L. interpone también recurso de casación que se basa en cuatro motivos:

Primero: amparado en el art. 207 c) LRJS reitera el primero de los motivos de la anterior recurrente, por infracción del art. 124.10 LRJS en relación con la admisión de la pericial de la parte actora. Debemos desestimarlos, remitiéndonos a lo razonado en este punto en el fundamento jurídico anterior.

Segundo: Con idéntico amparo en el art. 207 c) entiende la recurrente que se ha producido infracción de los arts. 208 y 209 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y del art. 97 LRJS al no resolver la sentencia sobre la falta de legitimación pasiva que alegó en la contestación a la demanda.

Es cierto que en la sentencia y en su fallo se hace alusión expresa a la excepción de falta de legitimación respecto a la empresa Boher Promo, S.L.. Pero se trata de falta de legitimación.. "ad causam", con lo que viene implícitamente condenada al abarcar dicha condena a ambas empresas recurrentes como parte del grupo empresarial. En todo caso, esta Sala, de acuerdo con lo establecido en el párrafo segundo de la letra b) del art. 215 LRJS , debe resolver lo correspondiente dentro de los términos en que aparezca planteado el debate, siendo suficiente el relato de hechos probados. Dicho está, pues, que también debe rechazarse la alegación de falta de legitimación pasiva que se propone.

Tercero.- Al amparo del apartado d) del art. 207 LRJS , pretende la recurrente la modificación del párrafo segundo del hecho probado segundo, modificación que no puede prosperar al no basarla en documento alguno.

Cuarto.- Finalmente, se ataca a través de este último motivo la declaración de grupo de empresas por entender que se ha producido la vulneración del art. 1.2 ET , motivo que ha de ser igualmente desestimado por los mismos argumentos que determinaron la desestimación de este motivo de infracción jurídica propuesto por la anterior recurrente Boher Pomo, S.L.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Desestimamos los recursos de casación interpuestos por las empresas demandadas Boher Promo, S.L. y Fazmobilia, S.L. contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 28 de diciembre de 2012 (autos de despido colectivo nº 11/2012), que le viene firme en sus pronunciamientos de nulidad del despido colectivo y condena a las mercantiles referidas, con absolución de D. Pablo . Se imponen a las recurrentes las costas de este recurso y se decreta la pérdida del depósito que se haya constituido para recurrir, dándole a las consignaciones que se hubiesen efectuado el destino legal.