



Roj: **STS 3449/2015 - ECLI:ES:TS:2015:3449**

Id Cendoj: **28079140012015100420**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/05/2015**

Nº de Recurso: **290/2014**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **JESUS SOUTO PRIETO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AND 4252/2014,**
STS 3449/2015

SENTENCIA

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

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación interpuesto por el letrado D. David Bernardo Nevado, en nombre y representación del Sindicato CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO DE ANDALUCÍA, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Málaga, de fecha 10 de abril de 2014 en autos nº 2/2014, seguidos a instancias de CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO DE ANDALUCÍA (CGT-A), contra AUTOPISTA DEL SOL, CONCESIONARIA ESPAÑOLA, S.A.; CINTRA INFRAESTRUCTURAS, S.A.; FERROVIAL, S.A.; COMITÉ DE EMPRESA DE AUTOPISTA DEL SOL (Ildefonso, Encarnación, Onesimo, Victorio, Ángel Daniel, Carmelo y Felix); FONDO DE GARANTIA SALARIAL y MINISTERIO FISCAL, sobre DESPIDO COLECTIVO.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Jesus Souto Prieto,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por parte del Sindicato CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO DE ANDALUCÍA (CGT-A), mediante escrito de fecha 2 de enero de 2014, se presentó demanda ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Málaga, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaron de aplicación, terminaban suplicando: "1.- Se declaren lesionados los derechos fundamentales a la LIBERTAD SINDICAL del sindicato CGT y a la IGUALDAD y NO DISCRIMINACIÓN por razón de sexo, afiliación sindical y de las circunstancias personales y familiares de los trabajadores afectados. 2.- Se declare NULA la decisión extintiva colectiva por vulneración de derechos fundamentales, fraude de ley y abuso de derecho, o subsidiariamente, NO AJUSTADA A DERECHO por inexistencia de causa legal. 3.- Se condene a las demandadas a estar y pasar por las mencionadas declaraciones con todo lo procedente en Derecho, así como al abono al sindicato actor en concepto de resarcimiento por daños y perjuicios materiales y morales (producidos por la lesión de su derecho a la libertad sindical y no discriminación), la indemnización correspondiente fijada en TRES MIL OCHOCIENTOS EUROS 3.800.-".

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se celebró el acto del juicio en el que la parte actora se ratificó en la misma, oponiéndose la demandada, según consta en acta. Recibido el pleito a prueba, se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

TERCERO.- Con fecha 10 de abril de 2014 la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Málaga, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: FALLO: "Que DESESTIMANDO la demanda interpuesta por el SINDICATO CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO DE ANDALUCÍA (CGT-A), contra las entidades AUTOPISTA DEL SOL CONCESIONARIA ESPAÑOLA S.A., CINTRA



INFRAESTRUCTURAS S.A. y FERROVIAL S.A., contra el sindicato UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES y el COMITÉ DE EMPRESA de la entidad AUTOPISTA DEL SOL CONCESIONARIA ESPAÑOLA S.A., DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a los demandados de la totalidad de pretensiones articuladas en su contra en el curso de las presentes actuaciones".

CUARTO.- En la anterior sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

"PRIMERO.- La demandada AUTOPISTA DEL SOL CONCESIONARIA ESPAÑOLA S.A., es una entidad mercantil privada, que ostenta la forma de sociedad anónima, y que tiene por objeto social la explotación de una parte de la autopista de peaje que discurre por la Costa del Sol, en particular sendos tramos denominados como Málaga-Estepona y Estepona-Guadiaro. La explotación de tales tramos de la autopista se desarrolla en régimen de concesión administrativa, siendo por ello la demandada una entidad mercantil auditada y sujeta en todos los ámbitos de su actuación a un control administrativo por parte del Ministerio de Fomento. Obra aportadas a las actuaciones -documentos 41 y 42 de la actora- sendas Órdenes del Ministerio de Fomento por las que se aprueba el reglamento de servicio de los dos citados tramos de la autopista de peaje, cuyo contenido se da aquí por reproducido. SEGUNDO.- La codemandada CINTRA INFRAESTRUCTURAS S.A. es igualmente una entidad mercantil privada, que presenta la forma de sociedad anónima, y cuyo objeto social -mucho mas amplio que la entidad anterior- consiste en la realización, tanto en territorio nacional como en el extranjero, de todo tipo de actuaciones relativas al diseño, construcción, ejecución, explotación, gestión, administración y conservación de infraestructuras. De igual manera, la entidad FERROVIAL S.A. es una entidad mercantil privada, que presenta la forma de sociedad anónima, y cuyo objeto social radica en el diseño, construcción y ejecución de inmuebles. TERCERO.- Las tres entidades anteriormente citadas presentan vínculos de estrategia empresarial y de participación accionarial, formando parte del denominado grupo consolidado FERROVIAL, que viene a estar conformado por la entidad FERROVIAL S.A. -como sociedad dominante- y un amplio número de sociedades dependientes, dentro de las cuales se encuentran las dos aquí codemandadas. Obra aportado a las actuaciones - documento 26 del ramo de prueba de la actora- cuentas anuales consolidadas del grupo FERROVIAL en cuyo anexo 1 -folios 83 y siguientes- se detallan y contemplan las sociedades dependientes pertenecientes al grupo citado, cuyo contenido se da aquí por reproducido. En cuanto a la participación accionarial, consta que la demandada AUTOPISTA DEL SOL CONCESIONARIA ESPAÑOLA S.A. está participada en un 80% por la entidad CINTRA INFRAESTRUCTURAS, entre tanto ésta última a su vez está particiada en un 99% por FERROVIAL S.A.. Todas las anteriores entidades presentan una existencia real, tienen personalidad jurídica propia, ostentan una completa autonomía en sus recursos personales y patrimoniales, y operan de manera completamente diferenciada en el tráfico económico. Aporta la actora a las actuaciones informes de las entidades demandadas -documentos 11 a 13 de su ramo de prueba- cuyo contenido no fue contrariado por las entidades demandadas y que se da aquí por reproducido. Del relativo a la entidad CINTRA -documento 12- resulta que a fecha de su emisión -24.03.2014- constaba formalmente como director de recursos humanos D. Sebastián . CUARTO.- La demandada AUTOPISTA DEL SOL CONCESIONARIA ESPAÑOLA S.A. viene arrastrando una situación económica negativa desde el año 2008, derivada prioritariamente del descenso pronunciado del volumen de tráfico que circula por los tramos de las autopistas que explota. En tal sentido, obra aportado por la demandada a las actuaciones en soporte informático contenido en CD informe de Intensidad Media Diaria de tráfico - documento 13 de la carpeta del expediente de despido colectivo- en el cual se constata haberse producido desde enero de 2007 a septiembre de 2013 una considerable reducción del volumen de tráfico, que en el tramo denominado AUSOL I (Calahonda-San Pedro) alcanza en total un descenso acumulado del 51%, siendo que en el tramo AUSOL II (San Pedro-Manilva) lo es en un 38,65%. Siendo que la actividad comercial de la citada entidad radica en la explotación de los dos tramos citados de la autopista de peaje, el descenso pronunciado del tráfico que circula por la misma ha conllevado una reducción de su volumen de explotación y ventas, que consta detallado en el informe aportado por la demandada a las actuaciones - documento 14 de la carpeta del expediente de despido colectivo- cuyo contenido se da aquí por reproducido. Del mismo, y a los efectos que ahora nos interesan, resulta que el volumen de ingresos se vio reducido durante el 2012 un 7,9% respecto del año 2011, siendo que tal camino descendente en la recaudación por explotación continuó su curso durante los 3 primeros trimestres de 2013, durante los cuales -y en relación a los mismos 3 trimestres del año anterior- los ingresos se redujeron en un 10,10% durante el primer trimestre, un 14,83% durante el segundo, y un 1,24% durante el tercero, coincidiendo éste último con el de la temporada estival de verano, en que la afluencia de tránsito es considerablemente superior. QUINTO.- Para tratar de solventar tal deficitaria situación la entidad demandada viene desde 2011 adoptando drásticas medidas organizativas, en las cuales ha procedido en diversos momentos al despido de varios de sus empleados. En tal sentido, a mediados del año 2012, decidió suprimir diversos puestos de cobro de peaje y sustituirlos por máquinas de cobro automático del mismo. Consecuencia de la implantación en tales momentos de dos máquinas de cobro automático -en el lateral del peaje de San Pedro- procedió en septiembre de 2012 al despido por causas objetivas de 5 de sus empleados cobradores de peaje, el que a su vez fue acordado con los integrantes del Comité de Empresa que, en acta de fecha 25.06.2012 -incluida en el archivo informático aportado en



la carpeta actas de 2012-, procedían a indicar que entendían "...la necesidad declarada por la empresa de proceder a reorganizar sus recursos, agudizada por la disminución constante de sus ingresos, adaptando su plantilla de peajistas a las necesidades reales del tráfico actual...". Ulteriormente, de diciembre de 2012 a febrero de 2013 se procedió al despido de otros 6 empleados de la entidad, amparados los mismos en un muy pronunciado descenso del volumen de explotación y de circulación de vehículos por la autopista acontecido desde septiembre de 2012, que la entidad demandada achacaba a circunstancias concretas sobrevenidas, como la apertura del soterramiento del túnel de San Pedro, la derogación de la disposición que permitía establecer una rebaja en las tarifas, y la subida del IVA al 21%, lo que había procedido a un encarecimiento del importe de los peajes y a una correlativa disminución del tráfico de vehículos. Consta aportada a las actuaciones acta de la reunión con el Comité de Empresa de 21.11.2012 -incluida igualmente en el archivo informático aportado en la carpeta actas de 2012- cuyo contenido, no contrariado, se da aquí por reproducido. Llegados a mayo de 2013, y siguiendo la empresa en la misma senda de pronunciado descenso de su volumen de explotación y negocio, decidió adoptar nuevas medidas consistentes en la implantación de cuatro nuevas máquinas de cobro automático de peajes, dos en el lateral del peaje de Manilva y otras dos en el lateral del peaje de Calahonda. Consecuencia de ello, procedió en tal momento al despido por causas objetivas de 9 de sus empleados peajistas. Obran al efecto aportadas a las actuaciones actas de las reuniones mantenidas con el Comité de Empresa en fechas 6 y 9 de mayo de 2012 -en el archivo informático aportado en la carpeta actas de 2013- cuyo contenido se da aquí por reproducido. Siete de los anteriores despidos consta que han sido objeto de impugnación judicial, siendo aportada por la entidad empleadora -en el archivo informático, carpeta de sentencias de procedimientos varios, subcarpeta de despidos- las sentencias dictadas en los correspondientes procedimientos cuyo contenido se da aquí por reproducido. Seis de los despidos impugnados han sido finalmente declarados en sede judicial como procedentes. SEXTO.- Llegados al último trimestre de 2013, y concurriendo la negativa tendencia de paulatino descenso del volumen de tráfico por la autopista, decide nuevamente la demandada proceder a implantar otras 6 máquinas de cobro automático de peajes, en este caso en las vías centrales o troncales, con correlativa supresión de los puestos de cobro presencial ocupados hasta tal momento por los empleados en el cobro de peajes. Junto a lo anterior, el departamento jurídico de la entidad, de manera correlativa a la disminución del volumen de tráfico, había experimentado una minoración sustanciosa del volumen de reclamaciones a ser atendidas, de modo que si bien en el año 2011 se atendieron 880 reclamaciones, tal número descendió a las 701 de 2012, para quedarse en 2013 en 510, o lo que es lo mismo, un 40% menos que en el año 2011. Consta aportado a las actuaciones informe de la asesoría jurídica de la demandada -documento 16 de la carpeta del expediente de despido colectivo- e informe memoria de la situación de la empresa de 25.10.2013 -páginas 31 y siguientes- que reflejan pormenorizadamente todos los anteriores datos y cuyo contenido, no impugnado, se da aquí íntegramente por reproducido. SÉPTIMO.- Consecuencia de ello, la demandada procedió a comunicar al Comité de Empresa en fecha 29.10.2013 su intención de efectuar un despido colectivo por causas objetivas de sus empleados, y ello a fin de proceder a formar su comisión representativa. Ulteriormente, se presentó en fecha 13.11.2013 ante la Autoridad Laboral expediente para iniciar un procedimiento de despido colectivo, procediendo la empresa a comunicar al Comité el inicio del correspondiente período de consultas, anunciando en ello al mismo su intención de proceder al despido de 18 cobradores de peaje y de 1 titulado superior. Tales comunicaciones obran aportadas a las actuaciones -archivo informático de la demandada, carpeta expediente procedimiento despido colectivo- y su contenido, no contrariado, se da aquí íntegramente por reproducido. En el curso del expediente de regulación de empleo sustanciado se celebraron numerosas reuniones en el seno de la comisión negociadora, que culminaron con acuerdo alcanzado en reunión de 12.12.2013 en la que, entre otros aspectos como el alcance de la medida extintiva y las medidas de acompañamiento de la misma, se fijaron los parámetros objetivos que habían de regir para la determinación de los trabajadores que habían de ser afectados por la medida extintiva a adoptarse, dentro de los cuales -y por indicación y a solicitud de los representantes de los trabajadores- se pactó que ostentarían preferencia para permanecer en la empresa: 1.- los trabajadores en activo en la empresa, que primarían respecto de los que se encontraran en excedencia y en situación de incapacidad temporal; 2.- los empleados con formación y experiencia para desplegar funciones en polivalencia funcional; 3.- y los trabajadores mayores de 50 años; 4.- y los empleados con mejor valoración en el desempeño del puesto de trabajo. Todas las anteriores actas obran aportadas a las actuaciones -archivo informático de la demandada, carpeta actas noviembre ERE 2013- y su contenido se da aquí íntegramente por reproducido. Obra igualmente aportado a las actuaciones -documento 18 de la carpeta del expediente de despido colectivo- informe memoria "sobre la situación derivada de la reducción del tráfico y y sobre el plan de viabilidad para paliarla en la autopista del sol", de fecha 25.10.2013, cuyo contenido fue expresamente ratificado por su emisor en la vista oral del procedimiento, y que aquí se da íntegramente por reproducido.

OCTAVO.- Consecuencia de lo anterior, por medio de comunicación de fecha 17.12.2013 la empresa puso en conocimiento del Comité el que- en consonancia con el acuerdo alcanzado en el seno del expediente de regulación de empleo- el número de trabajadores afectados por la medida extintiva se reducía a los 13 que



figuraban nominalmente en el documento adjunto, de los cuales 11 eran cobradores de peaje, 1 operario de centro de control y 1 titulado superior. Junto a ello, se remitió comunicación de fin del período de consultas y del acuerdo alcanzado en su seno a la Dirección Provincial de Empleo. Ambos documentos obran aportados a las actuaciones -archivo informático de la demandada, carpetas actas ERE noviembre 2013 y expediente procedimiento despido colectivo- y su contenido íntegro se da aquí por reproducido. Consecuencia de lo anterior, los días 18 y 19 de diciembre de 2013 la empresa procedió a comunicar a los trabajadores afectados -y a sus representantes- su despido por comunicación que obra aportada a las actuaciones -archivo informático, carpeta cartas de despido- y cuyo contenido se da aquí por reproducido. NOVENO.- De los 13 trabajadores afectados por la medida extintiva, 4 estaban afiliados al sindicato demandante".

QUINTO.- Por parte del Sindicato CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO DE ANDALUCÍA, se interpuso recurso de Casación, ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, basándose en los siguientes motivos: Al amparo del artículo 207 d) de de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, denuncia error en la apreciación de la prueba. Al amparo de la letra e) del artículo 207 de la LRJS, denuncia que la sentencia incurre en infracción de las normas del ordenamiento jurídico y la jurisprudencia.

SEXTO.- Evacuado el traslado de impugnación a las partes recurridas personadas y emitido el preceptivo informe del Ministerio Fiscal, en el sentido de considerar que el recurso debía de ser desestimado, se declararon conclusos los autos y se señaló día para votación y fallo el día 13 de mayo de 2015, quedando la Sala constituida en Pleno.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por el sindicato CGT se presentó demanda de despido colectivo el 17-01-2014 contra: Ministerio fiscal, Ferrovial SA, Cintra Infraestructuras SA, comité de empresa de Autopista del Sol y Autopista del Sol concesionaria Española SA, solicitando se declarara la nulidad del despido colectivo, o, subsidiariamente, no ajustado a Derecho.

Basa las causas de nulidad en que la empresa "... ha procedido al desmantelamiento del sindicato CGT en la empresa...", y ello por cuanto "... la mitad del total de los despidos se corresponde con afiliados al sindicato CGT..."; y en que el despido se ha producido con vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación puesto que con arreglo a los criterios de selección establecidos la mayoría son mujeres y trabajadores en situación de baja por enfermedad y trabajadores con reducción de jornada por cuidado de hijos o en excedencia por cuidado de familiares.

El TSJ Andalucía (Málaga), desestima la demanda, por entender:

1.-Que *CGT tiene legitimación para impugnar el despido colectivo pero no tiene legitimación para impugnar las extinciones individuales de los contratos de trabajo*, por lo que ante la cuestión de si la decisión de despido colectivo vulnera derechos fundamentales y libertades públicas de los trabajadores de la entidad, de los hechos probados nada se deduce que ello sea así, puesto que la empresa acredita que la decisión extintiva se ampara en reales causas objetivas del art. 51 ET, sin que se haya probado ni indiciariamente que hubiera vulneración de derechos fundamentales, al contrario, la decisión extintiva se adopta conforme al acuerdo alcanzado en el marco del ERE, en el que junto con el número de trabajadores afectados se aprobaron los criterios de selección de los trabajadores (asumiendo la empresa las propuestas efectuadas por los representantes de los trabajadores), que fueron aplicados de manera uniforme sin diferenciación alguna en función de su afiliación, actividad sindical o circunstancias personales.

2.-Respecto de la *alegación de que existía un grupo de empresas* y no se entregó documentación ni se realizó el proceso de negociación respecto de ellas, que no existe dicho grupo de empresas a efectos laborales, ya que:

A.-No existen vinculación o relaciones de dependencia entre la empleadora (Autopista del Sol Concesionaria Española SA) y las restantes empresas, salvo relaciones de estrategia empresarial y accionariado.

B.-No constan datos que permitan concluir que existía confusión de plantillas o de patrimonios o que tuvieran una apariencia externa de unidad empresarial, al contrario, lo que consta es que las codemandadas tienen una existencia real, tratándose de entidades cotizadas y por lo tanto sometidas a rígidos controles y verificaciones, los trabajadores no mostraron duda de que lo eran de Autopista del Sol Concesionaria Española SA, y que respondía a las instrucciones del personal de la misma, gestionándose sus nóminas en dependencias centrales de Madrid.

Señala que no existiendo un grupo de empresas a efectos laborales, no puede entenderse que existió fraude y abuso de derecho,



3.-Respecto de las *causas de despido alegadas*, se acredita que el nivel de explotación de la concesión administrativa otorgada a la empresa Autopista del Sol Concesionaria Española SA de sendos tramos de la autopista de peaje de la Costa del Sol, ha sufrido una importante minoración en los últimos años (informes económico, en lo que se refleja la disminución del volumen de tránsito en la autopista y por lo tanto la disminución del volumen de ingresos), de forma que el volumen de ingresos se redujo en el año 2012 un 7,9% respecto del año 2011, reduciéndose la recaudación por explotación durante los 3 primeros trimestres de 2013, durante los cuales los ingresos se redujeron, en relación con los mismos 3 trimestres del año anterior, un 10,10% durante el primer trimestre, un 14,83% durante el segundo y un 1,24% durante el tercero.

Añade la Sala, que teniendo en cuenta dichos datos, no puede acogerse el que la medida no tiene fundamento puesto que la situación económica de la empresa no es de pérdidas, ya que no se exigen pérdidas sino *"disminución persistentes de su nivel de ingresos ordinarios o ventas"*.

4.-Respecto de las *causas técnicas, organizativas y de producción*, que éstas también existen, ya que junto con las causas económicas derivadas de la reducción del flujo de tráfico por la autopista de las que se deriva que no es precisa la mano de obra de que disponía la empresa, además se constata que a finales de 2013 se decide sustituir los peajes presenciales por máquinas automáticas de cobro, que es una medida perfectamente lícita, y además adecuada a la realidad empresarial concurrente. Añade, respecto de la extinción del puesto de trabajo en el departamento jurídico, que la disminución del volumen de tráfico, supuso una disminución del volumen de reclamaciones atendidas, que pasó de 880 reclamaciones en 2011 a 701 en 2012 y 510 en 2013, lo que supone un 40% menos que el año 2011, de ahí que se reestructure el departamento jurídico y se proceda a la amortización del puesto de abogado de base, pasando el jefe de departamento a asumir las funciones que hasta la fecha realizaba aquél

5.-Respecto de la alegación de que *se despidió por las mismas causa económicas y de manera sucesiva a 37 trabajadores en un periodo de 14 meses* entre septiembre de 2013 y diciembre de 2014 por lo que el despido colectivo no es ajustado a derecho, que dicha alegación no tiene amparo normativo, puesto que lo que se pretende es que se enjuicien en el presente procedimiento de despido colectivo despidos anteriores y distintos respecto de los que ya existen incluso sentencias que declaran la procedencia de los mismos. Añade que aplicando la jurisprudencia del TS en torno a cómo deben calcularse los despidos en periodo de 90 días, que habría que tener en cuenta los despidos acontecidos antes del 18-12-2013, sin que se puedan incluir las extinciones acontecidas en los 14 meses anteriores.

6.-Respecto de la alegación de negociación de mala fe, que ello no concurre teniendo en cuenta que la empresa cumple escrupulosamente el art. 51 ET, el despido fue acordado con los representantes de los trabajadores, los criterios de selección fueron pactados y el número final de extinciones fue inferior al inicialmente propuesto.

SEGUNDO.- Presenta recurso de casación CGT, planteando cuatro motivos: El primero sobre revisión de hechos y los otros tres sobre infracción jurídica.

- En primer lugar, al amparo del art. 207 de) LRJS, solicita adicionar un nuevo hecho probado, el décimo, con el siguiente contenido: *"de los 13 trabajadores afectados por la medida extintiva, 7 se encontraban de baja médica por enfermedad y excedencia"*, para acreditar que uno de los criterios de permanencia pactado en el despido colectivo es discriminatorio con estos colectivos.

- En segundo lugar, al amparo del art. 207 de) LRJS, para modificar el hecho probado noveno en el sentido de que, además de los 13 trabajadores despedidos, 3 eran simpatizantes del mismo sindicato, y que de los cinco componentes de la sección sindical de la CGT, 4 fueron despedidos, para acreditar la vulneración del derecho a la libertad sindical.

- En tercer lugar, al amparo del art. 207 de) LRJS, solicita adicionar un nuevo hecho probado, el undécimo, para que conste que en septiembre de 2012 la empresa despidió a un afiliado a la CGT por denunciar ante la Inspección de Trabajo siendo declarado nulo el despido por vulneración de derechos fundamentales, para acreditar la vulneración del derecho a la libertad sindical.

- En último lugar, al amparo del art. 207 de) LRJS, para modificar el tercer párrafo del hecho probado tercero, sustituyendo el texto: *" todas las anteriores entidades presentan una existencia real, tienen personalidad jurídica propia, ostentan una completa autonomía en sus recursos personales y patrimoniales, y operan de manera completamente diferenciada en el tráfico económico "*, por la siguiente redacción: *" todas las anteriores entidades presentan una existencia real y tienen personalidad jurídica propia. No obstante, las entidades CINTRA Y AUTOPISTA DEL SOL mantienen vínculos en materia de personal al tener una dirección de recursos humanos única y por tanto unidad de dirección en materia labora l"*, y ello para demostrar la existencia de un grupo laboral patológico, dado que queda acreditado (folio 207 a 214) que Sebastián era director de recursos humanos de CINTRA al menos desde mayo de 2009.



TERCERO.- Ninguna de las ampliaciones puede ser admitida, como así entiende también el Ministerio Fiscal.

- El nuevo HP décimo resulta intrascendente porque ya consta en el HP Séptimo que el primer criterio pactado para permanecer en la empresa fue la permanencia de los trabajadores en activo respecto a los que se encontraban en excedencia o en situación de incapacidad temporal, de manera que el criterio será - o no- vulnerador de derechos fundamentales con independencia del número de trabajadores a los que haya afectado.

- La ampliación del HP noveno en cuanto a que la sección sindical de la CGT en la empresa la componían cinco trabajadores y fueron despedidos cuatro resulta intrascendente como luego se verá; en cuanto a la ampliación con respecto a los tres simpatizantes, no procede porque los folios 133 y 134 que designa se refieren a unas candidaturas que no consta fueran presentadas, y además se referirían a unas elecciones acaecidas en junio de 2008.

- El nuevo HP undécimo resulta intrascendente al haber tenido lugar el despido un año y tres meses antes de este despido colectivo.

- No puede accederse a la supresión en el párrafo tercero del HP tercero de la frase: "*ostentan una completa autonomía en sus recursos personales y patrimoniales y operan de manera completamente diferenciada en el tráfico económico*" para sustituirla por la redacción pretendida con el único amparo de unas felicitaciones de los años 2009 y 2012 a la misma trabajadora con membrete de CINTRA firmados por Sebastián como director de recursos humanos y la renovación de un contrato de trabajo del año 2013 en la que figura como apoderado de la empresa contratante, autopistas del Sol, el citado Sebastián, y ello con independencia de que tal dato resultaría intrascendente para fundamentar un grupo mercantil a efectos laborales como se verá al examinarse el motivo cuarto.

CUARTO.- En cuanto a las infracciones jurídicas se denuncia en el motivo segundo del recurso y al amparo del art. 207 e) LRJS, por la infracción del art. 14 CE, 124 LRJS, 17.1 y 43.5 ET, jurisprudencia que lo complementa Directiva Comunitaria 2000/78/Ce del Consejo, de 28 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación y STJUE 11-04-2013 (Asunto Ring). Señala que existen indicios de discriminación en relación con criterios de selección de trabajadores (trabajadores en activo frente a trabajadores en situación de excedencia o incapacidad temporal).

Entiende la parte recurrente que el criterio de permanencia acordado, de primar a los trabajadores en activo frente a trabajadores en situación de excedencia o incapacidad temporal, supone una desventaja en el empleo a determinados grupos sociales como mujeres y trabajadores con algún grado de discapacidad, lo que en realidad supone una discriminación indirecta, debiendo probar el empresario que el criterio de selección no es discriminatorio a la vista de tales indicios.

Pero, como indica el Ministerio Fiscal, el recurrente parte de una premisa errónea cual es confundir la discapacidad, tal y como la define la sentencia que cita, con la incapacidad temporal, y además de una premisa que no ha acreditado cual es que los trabajadores excedentes son mujeres y que pidieron la excedencia para el cuidado de sus hijos, por lo que el motivo sin más debe ser desestimado sin necesidad de tener que argumentar que ni la excedencia ni la incapacidad temporal están incluidas en las situaciones de discriminación directa o indirecta que contempla el art. 17.1 ET.

QUINTO.- En el motivo tercero del recurso, al amparo del art. 207 e) LRJS, por infracción de los arts. 14 y 28.1 CE, 124 y 181.2 LRJS y 17.1 y 4.1 b) ET. Se alegan indicios de discriminación en criterios de selección de trabajadores, al tener como finalidad el desmantelamiento de CGT en la empresa al afectar el despido mayoritariamente a trabajadores de dicho sindicato.

Entiende la parte recurrente que existen indicios más que suficientes en los hechos probados de que el despido tenía como móvil el desmantelamiento de CGT en la empresa, vulnerando el derecho de libertad sindical de los trabajadores vinculados al mismo, ya que de un total de 13 trabajadores despedidos, 7 eran afiliados o simpatizantes de la central sindical, y de los 5 afiliados a CGT 4 fueron incluidos en el ERE y el quinto ya había sido despedido el año anterior, habiéndose declarado el despido nulo. Señala que a la vista de dicho panorama indiciario, se debería a haber invertido la carga de la prueba, y por lo tanto el despido debió declararse nulo.

Dispone el art. 51.2 ET que una vez transcurrido el período de consultas el empresario debe comunicar a la autoridad laboral el resultado del mismo de manera que si se hubiera alcanzado acuerdo le trasladará copia íntegra del mismo, y en caso contrario, remitirá a dicha autoridad y a los representantes de los trabajadores la decisión final de despido colectivo que haya adoptado y las condiciones del mismo; y posteriormente (art. 51.4 ET) el empresario podrá notificar los despidos individualmente a los trabajadores.



Por su parte el art. 124 LRJS establece que tanto el acuerdo como la decisión empresarial podrán impugnarse por las causas previstas en su apartado 2, entre las que figura el que la decisión extintiva se haya efectuado vulnerando derechos fundamentales y libertades públicas.

Por tanto, es la decisión extintiva vulneradora de derechos fundamentales la que es objeto de este procedimiento, y no la ejecución de la decisión cuando el empresario la notifique individualmente a los trabajadores afectados, ejecución que cuando se considere infractora de derechos fundamentales podrá impugnarse también, pero por el procedimiento de despido individual, como prevé el apartado 13 del art. 124 LRJS, aunque a juicio del Fiscal nada impediría que si esa ejecución transgresora de la decisión afectara a una generalidad de los trabajadores afectados (por ejemplo, si fueran despedidos precisamente por su pertenencia a un sindicato) pudieran acudir al procedimiento de conflicto colectivo, ya que el art. 153 LRJS solo impide este procedimiento cuando se trate de impugnar la decisión empresarial de despido colectivo, que lógicamente deberán tramitarse por el procedimiento previsto en el art. 124 LRJS .

Otra cosa no sería plausible porque la ejecución de los despidos no tiene que ser inmediata a la conclusión del período de consultas (el art. 51 ET establece que en el escrito de comunicación de la apertura del período de consultas a los representantes de los trabajadores, se deben consignar, entre otros extremos, el período previsto para la realización de los despidos), de manera que el empresario puede empezar a comunicar el despido a los trabajadores afectados pasados los veinte días previstos en el art. 124 LRJS para impugnar la decisión extintiva, siendo solo en ese momento cuando se podrá constatar si se incumplieron o no los criterios acordados entre la representación social y el empresario.

El objeto de este procedimiento especial del art. 124 LRJS es el previsto en la Ley: la decisión extintiva y el iter hasta llegar a esa decisión, sin que pueda ampliarse a los defectos habidos en la ejecución de la decisión aunque éstos se pusieran de manifiesto antes del plazo de caducidad de veinte días para impugnar la decisión.

Por otra parte, en este caso el recurrente ni siquiera aporta indicios racionales de la vulneración alegada pues no se puede convertir en indicio el hecho mismo del despido de cuatro afiliados, -podrían tener la misma afiliación todos los despedidos si todos los trabajadores del departamento afectado estuviesen afiliados al mismo sindicato- no estando acreditado el despido de tres simpatizantes y careciendo de valor indiciario el despido de un afiliado un año antes, afiliado que por cierto fue readmitido y no ha sido despedido en este despido colectivo.

El motivo debe ser igualmente desestimado.

SEXO.- Finalmente, en el cuarto motivo del recurso se denuncia al amparo del art. 207 e) LRJS , la infracción de los arts. 51.1 y 51.2 ET , 6.4 CC y 124.2 b) y c) LRJS , por entender que existe grupo de empresas de carácter laboral entre Cintra, Ausol, Ferrovial y Autopista del Sol.

Señala la parte recurrente que el periodo de consultas no se ha celebrado correctamente al no estar conformada correctamente la mesa negociadora al no estar presentes los representantes de los trabajadores de las otras empresas, además de que no se han entregado las cuentas del grupo de empresas lo que impide acreditar las causas objetivas alegadas.

El motivo debe ser desestimado porque no respeta los hechos declarados probados por el Tribunal, fundamentalmente que aunque formen parte ambas del grupo consolidado FERROVIAL, siendo FERROVIAL SA la Sociedad dominante, las tres presentan una existencia real, tienen personalidad jurídica propia, ostentan una completa autonomía en sus recursos personales y patrimoniales, y operan de manera completamente diferenciada en el tráfico económico, haciendo hincapié en que AUSOL tiene por objeto social la explotación de una parte de la autopista de peaje que discurre por la Costa del Sol, explotación que se desarrolla en régimen de concesión administrativa, estando por ello auditada y sujeta en todos los ámbitos de su actuación a un control administrativo por parte del Ministerio de Fomento.

No hay por tanto ni confusión de plantillas ni confusión patrimonial ni abuso de la personalidad jurídica, circunstancias éstas que convertirían al legal grupo de empresas mercantil en un grupo de empresas a efectos laborales que haría posible que las dos tuvieran que ser consideradas como verdadero empresario, o empresarios plurales, o tuviera CINTRA que asumir la solidaridad en las responsabilidades económicas derivadas del despido colectivo decidido por AUSOL.

Todo ello acorde con la doctrina jurisprudencial de esta Sala (por todas, sentencia de 27 de mayo de 2013 -rc. 78/2012 -) expresiva de que para la existencia de un grupo de empresas en el sentido laboral de asumir una responsabilidad solidaria, no es suficiente: ni la **dirección unitaria** de varias entidades empresariales, pues ello tan solo será determinante de la existencia del grupo empresarial, pero no de la responsabilidad común por las obligaciones de una de ellas; ni la existencia de una **dirección comercial común** , etc., siendo necesario que



concurran algunos elementos adicionales como por ejemplo el abuso de la personalidad jurídica, la confusión de plantillas o la confusión patrimonial, elementos de los que aquí no hay prueba alguna.

SÉPTIMO.- Las consideraciones que anteceden obligan, de acuerdo con lo informado por el Ministerio Fiscal, a desestimar el presente recurso de casación.

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

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación interpuesto por el letrado D. David Bernardo Nevado, en nombre y representación del Sindicato CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO DE ANDALUCÍA, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Málaga, de fecha 10 de abril de 2014 en autos nº 2/2014, seguidos a instancias de CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO DE ANDALUCÍA (CGT-A), contra AUTOPISTA DEL SOL, CONCESIONARIA ESPAÑOLA, S.A.; CINTRA INFRAESTRUCTURAS, S.A.; FERROVIAL, S.A.; COMITÉ DE EMPRESA DE AUTOPISTA DEL SOL (Ildfonso, Encarnacion, Onesimo, Victorio, Ángel Daniel, Carmelo y Felix); FONDO DE GARANTIA SALARIAL y MINISTERIO FISCAL, sobre DESPIDO COLECTIVO. Confirmamos la sentencia recurrida que queda firme. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social del Órgano Jurisdiccional correspondiente, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Jesus Gullon Rodriguez Fernando Salinas Molina Maria Milagros Calvo Ibarlucea Luis Fernando de Castro Fernandez Jose Luis Gilolmo Lopez Jordi Agusti Julia Maria Luisa Segoviano Astaburuaga Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana Rosa Maria Viroles Piñol Maria Lourdes Arastey Sahun Miguel Angel Luelmo Millan Antonio V. Sempere Navarro Jesus Souto Prieto

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Jesus Souto Prieto hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.