



# AUDIENCIA NACIONAL

## Sala de lo Social

**Núm. de Procedimiento:** 0000152/2012  
**Tipo de Procedimiento:** DEMANDA  
**Índice de Sentencia:**  
**Contenido Sentencia:**  
**Demandante:**

**Codemandante:**  
**Demandado:**

**Ponente Ilma. Sra.:** D<sup>a</sup>. MARIA CAROLINA SAN MARTÍN MAZZUCCONI

**SENTENCIA N<sup>o</sup>: 0106/2012**

**Ilmo. Sr. Presidente:**  
D. RICARDO BODAS MARTÍN

**Ilmos. Sres. Magistrados:**  
D. MANUEL POVES ROJAS  
D<sup>a</sup>. MARIA CAROLINA SAN MARTÍN MAZZUCCONI

Madrid, a veintiocho de septiembre de dos mil doce.



La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional compuesta por los Sres. Magistrados citados al margen y

**EN NOMBRE DEL REY**

Ha dictado la siguiente

**SENTENCIA**

En el procedimiento 0000152/2012 seguido por demanda de

(Letrado Sr. Roman Gil Alburquerque);  
( Letrada Sra. Alicia Gómez Benitez);  
sobre impugnacion despido colectivo .Ha sido Ponente la Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. MARIA  
CAROLINA SAN MARTÍN MAZZUCCONI

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.**-Según consta en autos, el día 15 de Junio de 2012 se presentó demanda

; sobre impugnación  
de despido colectivo. El 18 de junio de 2012 se presentó demanda por la Federación  
de Industria, Metal, Construcción y Afines de la Unión General de Trabajadores  
contra

sobre impugnacion despido colectivo

**Segundo.**- La Sala acordó el registro de ambas demandas y designó ponentes, con cuyo resultado se señaló el día 25 de septiembre de 2012 para los actos de intento de conciliación y, en su caso, juicio, al tiempo que se accedía a lo solicitado en los otrosíes de prueba.

**Tercero.-** Llegado el día y la hora señalados tuvo lugar la celebración del acto del juicio, previo intento fallido de avenencia, en el que partes, de común acuerdo, solicitaron la acumulación de los procedimientos, acordándose así por la Sala. En el acto del juicio se practicaron las pruebas con el resultado que aparece recogido en el acta levantada al efecto.

**Cuarto.** - Dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 97.2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, por la que se aprobó la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, debe destacarse que las partes debatieron sobre los extremos siguientes:

El Comité Intercentros del Grupo (en adelante Comité Intercentros) se ratificó en su demanda, en cuyo suplico se solicita que se "declare la nulidad, o, alternativa y subsidiariamente, la improcedencia del despido colectivo impugnado, con las consecuencias inherentes en derecho a tal declaración". Expuso que la medida empresarial impedía su viabilidad por falta de trabajadores, y mantuvo su carácter fraudulento ya que se había articulado a nivel nacional tras la desestimación de un ERE instado ante la autoridad laboral canaria. Aludió igualmente el demandante a que no se les había proporcionado información durante el período de consultas sobre los criterios de selección de los trabajadores afectados, viciando de tal modo la negociación.

La Federación de Industria, Metal, Construcción y Afines de la Unión General de Trabajadores (en adelante UGT) se ratificó en su demanda, en cuyo suplico se pide que "se declare que la decisión extintiva colectiva tomada por las demandadas en el marco de un expediente de regulación de empleo, es nula, condenando a las demandadas, de forma solidaria, a estar y pasar por esta declaración y a la readmisión inmediata de los trabajadores afectados por la decisión extintiva, con condena al pago de los salarios dejados de percibir desde la fecha de la extinción efectiva de los contratos de trabajo. O, subsidiariamente, no ajustada a derecho, condenando a las empresas demandadas, de forma solidaria, a estar y pasar por esta declaración y a la readmisión inmediata de los trabajadores afectados por la medida extintiva con condena al pago de los salarios dejados de percibir o, alternativamente, caso de que sea éste el criterio de este Tribunal, condenando a las empresas demandadas solidariamente a las consecuencias previstas para el despido improcedente, optando por la readmisión o por el pago de la indemnización máxima legal". El sindicato se adhirió a las alegaciones del Comité Intercentros, insistiendo en la existencia de fraude de ley y en la falta de información sobre los criterios de afectación.

UGT mantuvo que la demandada había dirigido una comunicación a los trabajadores en centros de trabajo que carecían de representantes, en orden a que, si lo estimaban oportuno, nombraran una comisión ad hoc formada por trabajadores del propio centro, sin informarles que la composición de la misma podía ser sindical o que cabía la delegación en representantes de otros centros de trabajo. Manifestó seguidamente que estos representantes ad hoc fueron convocados a una primera reunión sugiriéndoles que no hacía falta que asistieran con asesores puesto que sólo se les haría entrega de documentación, y sin embargo en dicha reunión se acordó la constitución de la mesa negociadora.

Por último, UGT sostuvo que ni la Directiva 98/59, ni el art. 51 ET, ni el RD 801/2011, reconocen legitimación para instar un despido colectivo a los grupos de empresas, advirtiendo además que en este caso no se había sugerido en ningún momento que estuviéramos ante un grupo a efectos laborales. Sostuvo igualmente

que la heterogeneidad de las empresas hace imposible la negociación efectiva a nivel global, salvo que se canalice a través de los sindicatos.

La Federación de Industria de Comisiones Obreras se adhirió a la demanda formulada por UGT, así como a las peticiones de nulidad del despido colectivo integradas en ambas demandas. Insistió en el carácter fraudulento de la decisión empresarial.

La parte demandada (en adelante el Grupo) se opuso a la demanda, alegando que se habían cumplido los requisitos exigidos en el art. 51 ET y en el RD 801/2011 para despedir colectivamente, y así se había confirmado por la autoridad laboral en el correspondiente expediente, ya que la única objeción formulada fue que, existiendo centros de trabajo que habían declinado la posibilidad de designar una comisión ad hoc, debía ponerse a disposición de los trabajadores la documentación manejada en el período de consultas, y así se hizo. Mantuvo que si los trabajadores sin representantes deseaban ser representados por los sindicatos podrían haberlo manifestado, que la composición de la mesa negociadora se pactó con un criterio de proporcionalidad, que durante el período de consultas hubo efectiva negociación puesto que sólo intervenía un número reducido de miembros y se manejaron ofertas y contraofertas, y que se aportaron 58 páginas con criterios de selección de los trabajadores afectados.

El Grupo defendió que su naturaleza no es mercantil sino laboral, por presentar unidad de dirección, caja común y confusión de plantillas, y en tal sentido está legitimado para promover un despido colectivo como tal grupo. Y argumentó también que no cabía predicar el carácter fraudulento de la medida por el hecho de que se presentara un nuevo despido colectivo, ahora a nivel nacional, cuando previamente la autoridad canaria había denegado la autorización a un ERE regional, puesto que las circunstancias se habían agravado desde entonces, afectando a más empresas, y que en todo caso ya había pasado a ser de aplicación el Real Decreto-Ley 3/2012, que elimina la autorización administrativa sea cual sea el ámbito territorial del despido colectivo.

En respuesta a alegaciones formuladas en la demanda, el Grupo manifestó que las empresas que no han resultado afectadas son las que se han reestructurado recientemente, y que la mayor afectación se produce en Canarias porque allí se sitúa la mayoría del personal y porque, a raíz de un ERE previo, se habían comprometido a no despedir durante dos años y eso había impedido la reestructuración progresiva hasta ahora. Explicó también que la matriz soporta gastos de más de 3 millones de euros correspondientes a las restantes sociedades. Seguidamente, justificó las nuevas contrataciones realizadas durante el período de consultas.

Por último, el Grupo se refirió a la concurrencia de causa económica, manifestando que en los últimos cuatro años las pérdidas acumuladas ascendían a 60 millones de euros, con una previsión de pérdidas en 2012 de más de 5 millones; que no se había abonado la paga extraordinaria de junio y que se estaba renegociando la deuda con la Tesorería General de la Seguridad Social. En cuanto a la causa productiva, aludió a la caída de la cifra de negocio en un 32% entre 2008 y 2011.

**Quinto.** – De conformidad con lo dispuesto en el art. 85.6 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, se precisa que los hechos controvertidos fueron los siguientes:

-Las empresas no afectadas habían sido reestructuradas previamente.

-La comisión negociadora fue compuesta por 31 personas, pero eso no impidió su funcionamiento operativo porque el papel decisivo lo tuvo Intersindical Canaria, y con presencia de otros sindicatos.

-El Grupo presentó dos propuestas en la comisión negociadora:

A) Extinción de 43 contratos, con indemnización de 30 días de salario por año de servicio con el tope de 18 mensualidades, a pagar a plazos salvo en \_\_\_\_\_, e \_\_\_\_\_, en que se abonaría inmediatamente. Con suspensión de 341 contratos, renuncia a horarios consolidados, movilidad geográfica, modificación de turnos, eliminación de informes previos para movilidad funcional y geográfica, creación de una comisión de seguimiento, y una reducción salarial importante para los no afectados.

B) Extinción de 101 contratos, con abono de indemnización de 24 días de salario por año de servicio con el tope de 12 mensualidades, a pagar a plazos salvo en \_\_\_\_\_ e \_\_\_\_\_.

-La cifra de pérdidas es de 26.516.803 € en 2008, 15.500.000 € en 2009, 9.500.000 € en 2010 y 9.248.570 € en 2011.

-Hubo desajuste entre ingresos y gastos de personal, con especial incidencia en Canarias porque en los EREs de 2008 y 2009 se había pactado el mantenimiento del empleo.

- \_\_\_\_\_, la matriz, soporta los gastos de las demás empresas del grupo en 3.500.000 €.

-La única empresa con beneficios es \_\_\_\_\_, si bien, una vez ajustados los costes e imputados los gastos comunes, presenta reducción de ingresos.

-La empresa ha solicitado aplazamientos de pagos a la Seguridad Social.

-No se ha abonado la paga extraordinaria de junio.

-La empresa ha promovido iniciativas expansivas.

-El volumen de negocio del grupo entre 2008 y 2011 se ha reducido un 32%.

-Nunca se han abonado dividendos al accionista único, y su sueldo es de 300.000 € anuales.

- \_\_\_\_\_ presenta 25 millones de euros de pérdidas.

-La refinanciación se hizo a través de un crédito sindicado de 56 + 5 millones.

-La empresa matriz, \_\_\_\_\_, ya se había reestructurado, pasando de 43 a 30 trabajadores.

-Hay pérdidas en 9 de las 12 empresas de \_\_\_\_\_.

-Se establecieron criterios de afectación, contenidos en 58 folios que se aportaron.

Se asumieron como pacíficos e incontrovertidos los siguientes hechos:

-Hubo negociación real con ofertas y contraofertas durante 9 reuniones.

-La empresa ofertó centro por centro la posibilidad de elegir a tres representantes; y así se hizo salvo en \_\_\_\_\_ que no eligió representantes, y a cuyos trabajadores se les suministró la documentación a requerimiento de la autoridad laboral.

-Se estableció un sistema de voto ponderado en función del número de trabajadores en cada centro.

-De 21 empresas hay 12 afectadas, habiéndose aportado documentación de todas.

- \_\_\_\_\_, matriz, tiene cuentas y fiscalidad consolidadas.

-Se trata de un grupo de empresas a efectos laborales, existiendo unidad de dirección en la matriz, de la que penden divisiones, con administrador único que es el responsable de todas las empresas.

-Existe confusión patrimonial, con entrecruce de créditos. En 2009 hay una operación de refinanciación de 56+5 millones radicada en la empresa matriz.

-Ha habido prestaciones sucesivas de trabajo entre diferentes empresas y acuerdos de intercambio de plantilla entre algunas.

-Se contemplaron hipótesis de flexibilidad interna que no llegaron a buen puerto.

-Se planteó una propuesta por la representación de los trabajadores: extinciones voluntarias, suspensión de toda la plantilla, creando una comisión de seguimiento, con reducción salarial y un estudio de viabilidad.

-Se planteó una propuesta por la representación de los trabajadores a las 19:05 h. y a las 19:26 h. se mandó otra propuesta diferente.

-El 70% de los empleados está en Canarias.

Resultando y así se declaran, los siguientes

### HECHOS PROBADOS

**PRIMERO.-** El promotor del despido colectivo de 101 trabajadores es el grupo de empresas ..., cuya matriz, la sociedad empresarial ..., se constituye como holding en el que se estructuran todas las empresas del grupo, que son las siguientes:

- ... (matriz): Actividad principal: servicios centrales. Ningún trabajador afectado.

- ... Actividad principal: distribución de la marca deportiva ... Ningún trabajador afectado.

- ... Actividad principal: Venta y postventa de vehículos de golf. Centros de trabajo afectados: Barcelona y Marbella. Todos los trabajadores afectados.

- ... Actividad principal: Venta y promoción de viviendas. Centro de trabajo en Tenerife. Todos los trabajadores afectados.

- ... Actividad principal: Venta y promoción de viviendas. Ningún trabajador afectado.

- ... No tiene trabajadores por estar inactiva desde 2008.

- ... Actividad principal: Venta y posventa de camiones y autobuses. Ningún trabajador afectado.

- ... Actividad principal: Venta y postventa de camiones y autobuses. Ningún trabajador afectado.

- ... Actividad principal: Venta y postventa de camiones y autobuses. Centros de trabajo afectados: Oviedo, Bilbao, Las Palmas, La Coruña, Pontevedra, Tenerife, Valladolid y Zaragoza.

\* ... Actividad principal: Venta y postventa de automóviles. Centros afectados: Las Palmas, Tenerife y Lanzarote.

\* ... Actividad principal: Venta y postventa de automóviles. Ningún trabajador afectado.

\* ... Actividad principal: Comercialización de recambios de automóvil, equipamientos de taller, herramientas y electrodomésticos. Ningún trabajador afectado.

\* Actividad principal: Correduría de seguros de automóvil, hogar, salud y vida, comercio, comunidades de vecinos, transportes, construcción, promoción inmobiliaria y responsabilidad civil, entre otros. Ningún trabajador afectado.

\* Actividad principal: Venta y postventa de automóviles. Centro de trabajo afectado: La Palma.

\* Actividad principal: Venta y postventa de automóviles. Centro de trabajo afectado: Las Palmas.

\* Actividad principal: Venta y postventa de automóviles. Centro de trabajo afectado: Tenerife.

\* Actividad principal: Venta y postventa de automóviles. Centros de trabajo afectados: Tenerife, Las Palmas, Fuerteventura y Lanzarote.

\* Actividad principal: Venta y postventa de automóviles. Centros de trabajo afectados: Tenerife y Las Palmas.

\* Actividad principal: Venta y postventa de automóviles. Centro de trabajo afectado: Tenerife.

\* Actividad principal: Venta y postventa de automóviles. Centro de trabajo afectado: Tenerife.

El despido colectivo afecta a trabajadores adscritos a las siguientes unidades de negocio: Venta y postventa de turismos (la mayor parte de los trabajadores afectados), venta y postventa de camiones y autobuses, venta y postventa de coches de golf (cierra la empresa), inmobiliaria (cierran las empresas), servicios centrales-corporativos.

El 70% de la plantilla del Grupo presta servicios en centros de trabajo de Canarias.

**SEGUNDO.-** En fechas previas a la promoción por parte del Grupo del despido colectivo, la responsable de Recursos Humanos dirigió a los trabajadores de los centros de trabajo en los que no existía representación de los trabajadores, una "nota informativa", que consta en autos y se tiene por reproducida, en la que les informaba de la decisión extintiva y la próxima apertura de un período de consultas. En dicha nota consta lo siguiente:

*"Según dispone el Estatuto de los Trabajadores, en los casos de ausencia de representación legal de los trabajadores, éstos podrán asignar su representación durante la tramitación del procedimiento a una comisión designada conforme a lo dispuesto en el art. 41.4 del Estatuto de los Trabajadores, para lo que pueden optar por atribuir su representación:*

*A una comisión de un máximo de tres miembros integrada por trabajadores de la propia empresa o elegidas por éstos democráticamente.*

*Éstos no tendrán el carácter de representantes sindicales ni de representación unitaria de los trabajadores, ni gozarán de los privilegios y/o derechos que la Ley se reserva a la representación sindical y unitaria, pero se unirán a los miembros del Comité de Empresa existente en la mesa de negociación del ERE y de la Modificación Sustancial de Condiciones, con voz y voto, a los efectos de que todos los trabajadores afectados de la empresa estén representados en la negociación.*

*Por ello, por medio de la presente se le convoca el día 12 de abril de 2012 a las 13.00 horas en la sala de reuniones (...) a una reunión con el siguiente Orden del Día:*

*Elección de un máximo de tres representantes "ad hoc" para formar parte de la mesa de negociación (...).*

*Adjuntamos a este mensaje información acerca del proceso electoral."*

La citada información acerca del proceso electoral indicaba que "serán electores y elegibles los trabajadores adscritos al centro de trabajo (...)".

Se les suministra un modelo de acta para la asamblea en el que consta:

*"Que el objeto de esta Asamblea es de, ante la ausencia de representación legal de los trabajadores, proceder a asignar nuestra representación durante la tramitación del proceso de despido colectivo (artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores) y de modificación sustancial de condiciones (artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores) a una comisión de un máximo de tres miembros integrada por trabajadores de la propia empresa / centro de trabajo y elegida por estos libre y democráticamente (...)."*

Ni en la nota informativa, ni en las instrucciones del procedimiento electoral, ni en el modelo de acta para la asamblea, consta mención alguna a la posibilidad de designar una comisión ad hoc de composición sindical.

**TERCERO.-** Todos los centros sin representantes eligieron entre los propios trabajadores a los miembros de la comisión ad hoc, salvo Inmobiliaria Canarias que optó por no hacerlo. Sin embargo, a sus trabajadores se les suministró la documentación del período de consultas a requerimiento de la autoridad laboral.

**CUARTO.-** El 18 de abril de 2012 se convocó a una primera reunión para el día 23 de abril, con el siguiente orden del día:

*"-Procedimiento de Despido Colectivo, regulado en el Real Decreto 801/2011 de 11 de junio, en la parte que no se oponga a lo previsto en el Real Decreto-Ley 3/2012.*

*-Inicio del Período de Consultas y constitución de la Mesa de Negociación*

*-Entrega de Documentación.*

*-Solicitud de Informe. Podrá asistir personalmente o delegar a favor de otro trabajador."*

**QUINTO.-** El 23 de abril tuvo lugar la primera reunión, a la que asistieron, en representación de los empleados afectados, representantes ad hoc de centros de trabajo de de delegados de personal de centros de (de UGT y CCOO), el comité intercentros del (con uno de sus miembros de CCOO) y un delegado sindical de Intersindical Canaria.

Se acordó constituir la mesa de negociación, cuyo ámbito de representación sería global de todas las empresas y centros afectados por el despido.

Se dispuso que todos los representantes de la parte social tendrían voz y voto, adoptándose los acuerdos por la mayoría simple del total de los trabajadores, representados ponderadamente por los correspondientes integrantes de la parte social de la mesa.

Se acordó igualmente que podrían asistir a las reuniones, sin voto, los asesores de la parte social.

Siendo doce las empresas afectadas de las veintiuna que componen el Grupo, se aportó sin embargo documentación de todas. En el Acta se enumeran, en concreto, los documentos suministrados por el Grupo a la comisión negociadora, que son los siguientes:

*-Poderes de los representantes de las empresas que conforman el Grupo.*



- Informe de revisión independiente del negocio
- Memoria explicativa de las causas motivadoras del despido.
- Escrito de comunicación del inicio del procedimiento a la autoridad laboral
- Información económica auditada de todas las empresas del Grupo de los años 2009 y 2010.
- Información económica provisional de todas las entidades del Grupo de los años 2011 y 2012 (a fecha 15 de abril).
- Impuesto de Sociedades de los ejercicios 2009 y 2010 de todas las sociedades del Grupo.
- Documentación relativa a los representantes de los trabajadores (acta de constitución de la mesa de negociación, actas de elecciones de los representantes por cada centro de trabajo, acta de constitución del comité intercentros del grupo en Canarias, entre otros).
- Listado de la plantilla total del Grupo
- Listado de empleados potencialmente afectados.
- Convocatoria para el inicio del período de consultas.
- Solicitud del informe preceptivo a los representantes legales de los trabajadores
- Recibí de la entrega de la documentación preceptiva.
- Acta de apertura del período consultivo.
- Plan de medidas sociales de acompañamiento.

**SEXTO.-** El 11 de mayo de 2012, la mesa negociadora acuerda que, tras haberse producido, el 2 de mayo, cambios en la composición del Comité Intercentros del Grupo, la parte social de la mesa queda compuesta por las personas que constan en el acta: 15 representantes ad hoc, 4 de UGT, 4 de CCOO, 8 de Intersindical Canaria.

La reunión se llevó a cabo con presencia de asesores de Intersindical Canaria y CCOO.

**SÉPTIMO.-** El período de consultas se desarrolló a lo largo de nueve reuniones, en las que se sucedieron ofertas y contraofertas, contemplándose hipótesis de flexibilidad interna sobre las que no hubo acuerdo.

A pesar de que la mesa social constaba de 31 representantes, los debates estaban liderados, principalmente, por un número aproximado de cinco personas.

El grupo facilitó información sobre los criterios de afectación a centros de trabajo y a trabajadores.

El 24 de mayo de 2012 se dio por finalizado el período de consultas, sin acuerdo. En el acta de la última reunión la parte social hizo constar su disconformidad, por la *"Carencia absoluta de racionalidad meditada con la exposición de criterios de extinción diferenciados para según qué empresa afectada. Disconformidad plenamente por cómo se ha presentado un ERE de Grupo con estas empresas"*

**OCTAVO.-** La sociedad matriz del grupo, ..., tiene cuentas y fiscalidad consolidadas.

Existe unidad de dirección en la matriz, de la que penden divisiones, con un administrador único que es el responsable de todas las sociedades del grupo.

Existe igualmente confusión patrimonial y caja común, con entrecruce de créditos.

Existe confusión de plantillas, en la medida en que ha habido prestaciones sucesivas de trabajo entre diferentes sociedades del grupo y acuerdos de intercambio de plantilla entre algunas de ellas.

**NOVENO.-** El 21 de octubre de 2008 se alcanzó acuerdo entre, por un lado, responsables del [redacted] y del grupo de empresas en Canarias, y de otro, los representantes de los trabajadores en dichas empresas, respecto del Expediente de Regulación de Empleo promovido por causa económica, organizativa y productiva, afectando la extinción de los contratos de 47 trabajadores. Fue autorizado por la autoridad laboral canaria por resolución de 3 de noviembre de 2008.

El 30 de noviembre de 2009 se alcanzó acuerdo entre responsables del grupo en Canarias y los representantes de los trabajadores de estas empresas, respecto del Expediente de Regulación de Empleo promovido por causa económica, organizativa y productiva, afectando la extinción de los contratos de 32 trabajadores. En el mismo se pactó el compromiso de la dirección empresarial de "no efectuar otro expediente de regulación de empleo de carácter extintivo, ni despidos objetivos individuales, en ninguna de las empresas, en el período de dos años contados a partir de la firma del presente acuerdo". Fue autorizado por la autoridad laboral canaria por resolución de 15 de diciembre de 2009.

Por resolución de 6 de febrero de 2012, la autoridad laboral canaria desestimó la solicitud de extinción de 85 contratos de trabajo en el marco de un nuevo expediente de regulación de empleo para las empresas en Canarias, entendiéndose que, si bien tanto la empresa como los representantes de los trabajadores asumían la existencia de una situación económica negativa, la extinción resultaba desproporcionada y era posible una medida menos traumática.

**DÉCIMO.-** El 12 de junio de 2012, el Director de Recursos Humanos del [redacted] comunicó que no se abonaría la paga extraordinaria correspondiente a junio de 2012.

**UNDÉCIMO.-** Los resultados del Grupo antes de impuestos en 2010 fueron de -9.516.777 euros. En 2011, -9.248.570 euros. En 2012 se preveía que fueran de -6.980.440 euros y en 2013 de -4.693.772 euros, si bien estas previsiones sobre 2012 y 2013 se hicieron en abril del año en curso y desde entonces el sector ha empeorado respecto de lo esperado.

Desde 2008 el Grupo acumula unas pérdidas de más de 60 millones de euros.

En Canarias el mercado de venta y postventa de turismos y vehículos industriales ha sufrido una caída superior a la media nacional, que está por debajo del 50% de los datos de 2007.

Las previsiones de finales de 2011 sobre la evolución del sector se han visto desbordadas por la realidad, puesto que en 2012 ha sido más negativa que lo que se esperaba.

**DECIMOSEGUNDO.-** En las empresas de Canarias, tan solo uno de los trabajadores a los que se les descuenta la cuota sindical por nómina pertenece a UGT, mientras que todos los restantes están afiliados a Intersindical Canaria.

Se han cumplido las previsiones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.**- De conformidad con lo dispuesto en los artículos 9, 5 y 67 de la Ley Orgánica 6/85, de 1 de julio, del Poder Judicial, en relación con lo establecido en los artículos 8.1 y 124. 1 a 10 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, compete el conocimiento del proceso a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.

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

-El primero no fue controvertido en cuanto a que el 70% de la plantilla del Grupo está en Canarias. Las afirmaciones restantes se deducen del Informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que se aloja en el expediente administrativo.

-El segundo se extrae de los documentos 1 y 2 aportados por UGT en el acto del juicio, que han de entenderse reconocidos de contrario en la medida en que se deducen igualmente de su documento núm. 26, descripción 37 de autos. Se encuentran igualmente en los folios 612 y siguientes del expediente administrativo que consta en autos.

-El tercero no fue controvertido.

-El cuarto figura en los folios 628 y siguientes del expediente administrativo que consta en autos.

-El quinto resultó pacífico en cuanto al sistema de voto ponderado y la aportación de documentación de todas las empresas del grupo. El restante contenido se aprecia en el documento núm. 28 aportado por la empresa en su ramo de prueba anticipada, descripción 39 de autos, reconocido de contrario.

-El sexto figura en el documento núm. 3 de la parte demandante, descripción 4 de autos, reconocido de contrario.

-El séptimo no fue controvertido en cuanto a las reuniones y la existencia de ofertas y contraofertas. El carácter ordenado de la negociación fue puesto de manifiesto en el testimonio del Director de Recursos Humanos en el Grupo y en , que no fue rebatido por prueba alguna de los demandantes. El contenido del acta puede verse en el documento núm. 1 aportado por la parte demandada, descripción 19 de autos, reconocido de contrario. La afirmación relativa a los criterios de selección se apoya en el documento núm. 25 del ramo de prueba del Grupo, descripción 160 de autos, reconocida de contrario.

-El octavo se aceptó expresamente como pacífico y en todo caso resultó confirmado por el perito presentado por las demandadas, sin que los demandantes opusieran prueba alguna en sentido diverso.

-El noveno se deduce de los documentos 1 y 4 del ramo de prueba del Comité Intercentros, descripciones 107 y 110 de autos.

-El décimo consta en el documento 7 del ramo de prueba del Comité Intercentros, descripción 113 de autos.

-El undécimo se extrae del Informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, confirmado por el Perito a preguntas de la Sala, siendo coincidente con lo expuesto en los documentos que figuran con la descripción 154 de autos y en folios 544 y siguientes del expediente administrativo, que fueron ratificados por el perito y han sido reconocidos de contrario. En cuanto a las previsiones sobre la evolución del

sector para 2012, se deducen del testimonio del Perito, a preguntas de la Sala, que no fueron rebatida por prueba en contrario.

-El decimosegundo se deduce del testimonio del Director de Recursos Humanos en el Grupo y en , al que la Sala da valor dado que los demandantes, que cargaban con la prueba, no intentaron acreditar lo contrario.

**TERCERO.** Interesa destacar que una parte de los hechos probados se sustenta en el Informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, porque, como ya expusimos en nuestra sentencia núm. 75/2012, de 25-6-12 (proc. 94/2012), el mismo goza de presunción de certeza no sólo en cuanto a los hechos que por su objetividad son susceptibles de percepción directa por el Inspector, o a los inmediatamente deducibles de aquéllos, sino también a aquellos hechos que resulten acreditados por medios de prueba consignados en la propia acta, como pueden ser documentos o declaraciones incorporadas a la misma (Sentencias del Tribunal Supremo de 23-4-90 , 16-5-1996 , 16-4-1996 , 16-4-1996 , 19-4-1996 , 10-5-1996 , 24-9-1996 , 25-10-1996 , 21-3-1997 , 25-11-1997 , 19-9-1997 , 11-7-1997 , 25-11-1997 , 2-12-1997 , 9-12-1997 , 6-3-1998 y 6-10-1998 , entre otras muchas), entendiéndose por la doctrina judicial, por todas STSJ Rioja de 12-05-2011, EDJ 2011/90787, que la presunción de certeza "debe entenderse referida a los hechos comprobados con ocasión de la inspección y reflejados en el acta, bien porque por su realidad objetiva visible sean susceptibles de percepción directa por el Inspector en el momento de la visita, o porque hayan sido comprobados por la Autoridad, documentalmente o por testimonios entonces recogidos u otras pruebas realizadas, con reflejo de éstas o al menos alusión a ellas en el acta levantada; de modo que esa presunción legal de certeza que, en cualquier caso, es de carácter "iuris tantum", pierde fuerza cuando los hechos afirmados en el acta por el Inspector, por su propia significación, no son de apreciación directa, no se hace mención en el acta a la realización de otras comprobaciones, o recogida de testimonios o documentos, comprobación de libros, etc., que corroboren su existencia" ( STS de 27-5-1997 , 26-7-1995 , 23-2-88 , y en igual sentido STS de 176- 1987) Por el contrario, cuando lo relatado en el acta resulta de una actividad de investigación y comprobación dirigida a obtener la convicción reflejada en el acta, aunque no sea fruto de la percepción sensorial directa del Inspector, estará a cargo del recurrente la aportación de las pruebas precisas para demostrar que no se ajustan a la realidad los hechos descritos por la Inspección ( STS de 17-5-1996). -Por tanto la presunción de certeza no sólo alcanza a los hechos directa y personalmente percibidos o apreciados por el Inspector actuante en el curso de las actuaciones comprobatorias, sino que también se extiende, entre otros, a los hechos comprobados a través de testimonios o declaraciones, ya sean de trabajadores o de sus representantes legales, del empresario o de sus representantes o terceros. Sirvan de ejemplo las Sentencias del Tribunal Supremo de 10-2-1990 , 25-6-1991 , 22-10-1991 , 6-5-1993 , 6-7- 1997 , 11-7-1997-y 15-32000.

En definitiva, pues, los hechos probados deducidos del Informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social son aquellos respecto de los cuales la presunción de certeza no ha sido destruida por la parte demandante mediante prueba en contrario, con independencia de que, en su mayoría, han sido corroborados por otros medios probatorios.

**CUARTO.-** La primera cuestión a dilucidar es, sin duda, si un Grupo de empresas está legitimado o no para instar un despido colectivo. Como expusimos en los antecedentes de hecho, la parte demandante lo negó, teniendo en cuenta que no está previsto en la normativa de aplicación, y la parte demandada lo defendió, con apoyo en la doctrina de los tribunales.

Una vez más esta Sala se ve obligada a resolver un conflicto que el legislador no ha contemplado. La regulación del despido colectivo, recientemente revisada, guarda silencio respecto de los grupos de empresas, a pesar de que son una realidad cada vez más generalizada, y a pesar, también, de que el propio legislador les ha ido dando entrada en las normas laborales en coherencia con dicha generalización.

En efecto, tal como indica la demandante, ni la Directiva 98/59 sobre despidos colectivos, ni el art. 51 ET, ni el hoy vigente RD 801/2011, aluden a los grupos de empresa como entidad legitimada para poner en marcha un despido colectivo, sino a la empresa o al empresario. Esto, en virtud de una interpretación literal que diera al silencio un valor conscientemente negativo, permitiría entender que los grupos empresariales sólo pueden acudir a esta vía extintiva articulándola de modo independiente en cada una de las sociedades que los componen.

La interpretación literal fue mantenida por esta Sala para negar la posibilidad de articular despidos colectivos por centros de trabajo, en sentencia núm. 90/2012, de 25-7-12. En ella mantuvimos que *"ni la Directiva ni el art. 51 ET contemplan la posibilidad de parcelar el proceso de negociación por centros de trabajo, sustanciándose tantas consultas como centros existan, e igual número de posibles acuerdos con contenidos diversos."*

Sin embargo, hará mal quien se quede sólo con este argumento para extraer un criterio extrapolable al presente caso. La literalidad no fue sino uno de los puntos de apoyo de la conclusión alcanzada, sustentada igualmente en la descoordinación existente entre un despido negociado centro a centro y su posible calificación judicial con efecto de cosa juzgada. Y, en lo que aquí más interesa, se ponía sobre la mesa que la negociación parcelada disminuía las garantías que a tal efecto concibe la Directiva comunitaria y el Estatuto de los Trabajadores: *"Presumiendo el sentido común del legislador comunitario y del nacional, cabe interpretar este silencio como la apuesta por un proceso único, con resultado homogéneo para la totalidad de los trabajadores afectados por la decisión extintiva empresarial, y que, por tanto, no quede al albur del específico desarrollo de la negociación y contenido del eventual acuerdo que se consiga según el centro de trabajo de que se trate"*.

Pues bien, en este caso, habiéndose probado que la amplia dimensión de la comisión negociadora no impidió, obstaculizó o mermó la negociación efectiva, el único argumento que queda en pie para negar legitimación al grupo es el del silencio de las normas reguladoras; argumento que entendemos insuficiente por sí solo, teniendo en cuenta otros factores en presencia que necesariamente han de ponderarse al no haberse pronunciado el legislador de modo expreso...

**QUINTO.-** En primer lugar y como consideración absolutamente principal: según reconoció la demandada y admitió como hecho pacífico la parte demandante, estamos ante un grupo de empresas a efectos laborales (*"esto es, como realidad empresarial única y centro de imputación de las obligaciones y responsabilidades frente a los trabajadores de las empresas que integran el grupo"*, según STS 16-9-10, RJ 2010/8441), lo que lo acerca notablemente a la noción de empresario que se

maneja tanto en la Directiva como en el Estatuto de los Trabajadores y en el Reglamento de despidos colectivos. Recuérdese que en estos casos el levantamiento del velo descubre al grupo como verdadero empresario unitario, *"de acuerdo con el criterio de atenuamiento a la realidad en la identificación de la posición empresarial"* (STS 3-5-90, RJ 1990/3946; STS 31-1-91, RJ 1991/200), porque así lo impone *"la preeminencia de las realidades económicas sobre las formas jurídicas"* (por todas, STS 20-1-03, RJ 2004/1825). *"El grupo de empresas cuando existe, como en el caso de autos, opera frente a los trabajadores como empresario real y único"* (STS 9-6-95, RJ 1995/4885), *"porque estamos en realidad ante un solo y único empleador que es el conjunto de sociedades que lo integran"* (STSJ Cataluña 24-10-11, AS 2011/2566). Con independencia de las consecuencias que esta afirmación pueda tener en cuanto a la imputación de obligaciones derivadas de los contratos de trabajo, en lo que aquí interesa estamos ante un empresario en los términos del art. 1.2 ET, y como tal está claro que puede instar un despido colectivo. Porque *"no es dable soslayar lo dispuesto en el art. 1.2 del ET, que contiene una definición amplia del empresario, considerando como tal todas las personas, físicas o jurídicas, o comunidades de bienes que reciban la prestación de servicios que reúna las notas del art. 1.1 del ET, lo que permite afrontar determinados supuestos de empresario complejo, atendiendo a la realidad de la organización laboral"* (STSJ Aragón, 7-10-09, AS 2010/958).

Esta conclusión lógica se deduce también de la STSJ Cataluña 23-5-12 (AS 2012/1049), que conoce de un despido colectivo que resulta impugnado, justamente, porque la empresa que lo instó pertenece a un grupo a efectos laborales. La pretensión principal de nulidad de la medida se basa en que *"la empresa que ha ejercido la facultad extintiva no es la empresa real, sino exclusivamente una parte de la misma, que estaría integrada en un "grupo de empresas" el cual -en todo caso- es quien debiera haber ejercido tal facultad"*. El Tribunal entiende acreditada la existencia de un grupo a efectos laborales, lo que, según razona, da lugar a la nulidad del despido por *"fraude en la decisión extintiva por cuanto el empresario real, el grupo de empresas en el que está integrada la empleadora demandada, ha escondido fraudulentamente su auténtica dimensión empresarial, viciando con ello irremisiblemente todo el proceso de despido colectivo desde su momento inicial, al desenvolverse el mismo en un marco mucho más reducido que aquel que correspondía, con la clara y obvia intención de poder acreditar en tal marco la concurrencia de la causa objetiva invocada. El fraude en la necesaria y correcta identificación del empresario al inicio del proceso ha contaminado, indefectible y necesariamente, el acto extintivo ejercido."*

El razonamiento del Tribunal catalán, que compartimos, conduce a entender que resulta determinante, también en los despidos colectivos, la identificación del empresario real, y tratándose de un grupo de los denominados patológicos, sin duda se identifica con este último. De este modo, la noción de grupo a efectos laborales trasciende la mera consecuencia vinculada a la imputación de responsabilidades, en la línea de lo que ha venido manteniendo el Tribunal Supremo. Así, por ejemplo, en la STS 9-6-95 (RJ 1995/4885), defendió que la consideración del grupo como empresario real y único *"frente a los derechos de los trabajadores, ha sido también aceptada por esta Sala en algunas de las obligaciones de éstos con respecto al empresario y, así la Sentencia de 22 marzo 1991 (RJ 1991/1889), considera que existe transgresión de la buena fe cuando se trabaja para una tercera empresa cuya actividad coincide con una de las empresas del grupo, aunque no sea*

concretamente aquella para la que de hecho se está trabajando, es decir, se considera al grupo de empresas como un empresario único. Desde esta perspectiva es claro, que si el grupo de empresas que funciona con caja única, tiene pérdidas en las condiciones exigidas en el convenio, la empresa real las tiene en esas condiciones, pues si toda la construcción del grupo de empresas tiene por objeto adecuar a los términos reales, económicos y organizativos la efectividad del empresario, levantando el velo de la ficción jurídica, es obligado seguir el mismo criterio a la hora de calificar la marcha económica de la empresa" (doctrina recogida últimamente en STSJ Andalucía, Sevilla, 1-12-11 (AS 2012/212). Otro ejemplo lo encontramos en la STS 16-9-10 (RJ 2010/8441), en la que la consideración de grupo a efectos laborales determina que, "por tratarse en realidad de una empresa [que no de un grupo], en su ámbito podrían constituirse las secciones sindicales y designarse los delegados sindicales, si numéricamente es factible, con todos los derechos que la LOLS les atribuye".

**SEXTO.-** En segundo lugar, viene en apoyo de considerar legitimado al grupo laboral la doctrina jurisprudencial existente sobre la consideración de la situación económica de la totalidad de sociedades que lo integran en orden a determinar si concurre una situación económica negativa.

Como se explica en la STSJ Cataluña 18-1-10 (AS 2010/984), aplicando doctrina fijada en STS 23-1-07 (RJ 2007/1910), "para valorar la situación económica negativa como causa para la válida extinción del contrato de trabajo no es necesario tener en cuenta la situación económica y patrimonial de todas las empresas del mismo grupo, excepto cuando se produzca una situación de unidad empresarial. En estos casos, puede aceptarse que habrá que estar a la situación patrimonial de todas las sociedades que conforman el grupo empresarial, a la hora de determinar la posible existencia de una situación económica negativa, que pueda justificar la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas, ya que se considera que el verdadero empleador del trabajador no sería la sociedad a cuya plantilla se encuentra formalmente adscrito, sino el conjunto formado por todas las empresas que configuran la situación de unidad empresarial." (véase también STSJ Cantabria 29-7-08, AS 2008/2678).

En definitiva, se tiene en cuenta la situación económica del grupo porque es éste el empresario real. Carece de lógica traerlo a colación para apreciar la concurrencia de causa objetiva, y sin embargo ignorarlo cuando pretende hacerla valer.

**SÉPTIMO.-** En cuarto lugar, consideramos esencial tomar en consideración que, afectando la causa alegada al grupo en su conjunto, es más garantista que la negociación se lleve a cabo a nivel global y no parcelado empresa por empresa –por supuesto, siempre que esa negociación sea real y efectiva, como ha quedado acreditado en el caso que nos ocupa-. Y ello porque permite tanto el análisis individualizado de cada empresa como el examen de la situación en su conjunto, evitando, en su caso, posibles situaciones dispares injustificadas.

Por otro lado, en la negociación grupal se produce un claro incremento de la información de que se dispone en el período de consultas, ya que se examinan las cuentas de cada una de las sociedades en todo caso y no solo si concurren los requisitos que a tal efecto exige el art. 6.4 RD 801/2011 –empresas que realicen la misma actividad o pertenezcan al mismo sector, con saldos deudores o acreedores entre ellas-.

En otro plano, nótese cómo el despido solicitado a la autoridad canaria exclusivamente para el *grupo* implicaba la extinción de 85 contratos de trabajo, mientras que con el despido a nivel de grupo esas mismas empresas, según consta en la demanda, soportan 71 extinciones.

**OCTAVO:-** En quinto lugar, no puede desatenderse la experiencia que en materia de Expedientes de Regulación de Empleo ha venido teniendo lugar en el ámbito contencioso administrativo, que no ha cerrado la puerta a extinciones tramitadas globalmente para todo un grupo.

Así, por ejemplo, la STSJ Madrid (Contencioso-Administrativo) de 12-4-2012 (RJCA 2012/407), manifiesta lo siguiente: *"De lo expuesto hay que concluir, como hace la Administración demandada, que ambas empresas, aunque formalmente distintas, ya que son entes jurídicos con personalidad propia y diferenciada, forman parte de un Grupo Empresarial, según la doctrina jurisprudencial expuesta, ya que todas ellas operan a todos los efectos como una unidad económica, bajo una propiedad única y teniendo unidad de dirección y apariencia externa unitaria, sin que se exija la concurrencia de todas y cada una de las circunstancias mencionadas, y que, por tanto, el Grupo de Empresas, como tal, se encuentra legitimado activamente para incoar un expediente de despido colectivo respecto de las empresas que integran el Grupo, de tal forma que este viene a funcionar, más allá del ámbito formal de las empresas que lo integran, como un único empresario o empresa, al que se han de referir la concurrencia de las causas alegadas para el despido colectivo, debiendo considerarse los centros de trabajo de las empresas afectadas por el expediente como centros de trabajo del Grupo Empresarial, por lo que la competencia para resolver dicho expediente corresponde a la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo e Inmigración, y no al Departamento de Trabajo de la Generalitat de Cataluña, ya que la plantilla de las empresas en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Cataluña es inferior al 85% de la plantilla total y el expediente afecta a centros de trabajo situados en varias Comunidades Autónomas."*

En la STS (Contencioso-Administrativo) 23-11-2011 (rec. 5364/2009), que conoce de un recurso de casación que tiene su origen en la impugnación de la Resolución del Director General de Trabajo que autorizó un ERE en un Grupo, aunque no se cuestiona la legitimidad de este último para solicitarlo, el Tribunal relata con total naturalidad que *"obrante en el expediente se desprende que "el GRUPO solicitó de la Dirección General de Trabajo la apertura de expediente de regulación de empleo por causas organizativas y productivas contempladas en el artículo 51.1 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de Marzo"*.

En la STS (Contencioso-Administrativo) 4-10-07 (rec. 124/2004), que conoce de un despido colectivo instado por una empresa que se integra en un grupo, se admite expresamente la posibilidad de adoptar este tipo de medidas de modo conjunto: *"Sin duda el grupo, económico y puesto que funciona con la existencia individual de las empresas integrantes con pleno desenvolvimiento en cada una de las relaciones de trabajo individuales y de las colectivas al nivel singular de cada empresa, es opción empresarial escoger la adopción de las medidas que entiende son convenientes para el conjunto de empresa, ya a nivel conjunto y simultáneo o individualizadamente empresa por empresa; mas en derecho, hacerlo de una u otra manera implica que si se opta por tramitación conjunta con intervenciones plurales, el cauce adecuado implica una acumulación de las pretensiones porque se trata de*



*medidas afectantes a diversas colectividades de trabajadores; mientras que si se escoge un tratamiento singularizado por empresa única, sin duda el tratamiento de la cuestión ha de hacerse fundamentalmente en relación a ella y a sus circunstancias sin perjuicio de una real y acreditada consideración conjunta afectante a plurales colectividades con derechos e intereses contrapuestos del entorno económico de la empresa respecto a otras con ella relacionadas."*

**NOVENO.-** En sexto lugar, aunque aquí no se ha alegado, conviene no perder de vista que el art. 87 ET contempla expresamente a los grupos de empresa como ámbito para la negociación colectiva, y teniendo en cuenta el silencio del legislador en el art. 51 ET sobre los mismos y que el procedimiento alberga un período de consultas, cabría plantearse la posibilidad de aplicar aquel precepto por analogía, que conduce a la coherente solución de identificar a los sindicatos como interlocutores del empresario.

**DÉCIMO.-** Aceptada, pues, la legitimación del grupo de empresas para instar este despido colectivo, debe examinarse a continuación otra cuestión formal igualmente expuesta por los demandantes: la remisión a los trabajadores de los centros de trabajo que carecían de representantes, de una comunicación en la que se les informaba exclusivamente de la posibilidad de conformar la comisión ad hoc por trabajadores del propio centro, omitiendo toda referencia a una eventual composición sindical o a la delegación en representantes de otros centros de trabajo.

Consta probado que, en efecto, así fue, sin que sea de recibo la explicación ofrecida por la demandada según la cual esas posibilidades alternativas están recogidas ya en la Ley y ningún trabajador pretendió su aplicación. Siendo esto cierto, resulta evidente que la remisión de una comunicación en la que sólo se informa de una de las modalidades de composición de la comisión ad hoc, que además resulta ser la que, con carácter general, menos garantías ofrece a los trabajadores puesto que sitúa al frente de la negociación a quienes no están necesariamente habituados y preparados para tal tarea, todo ello acompañado de instrucciones electorales y actas preparadas exclusivamente para dicha modalidad; esta conducta, como decimos, desde luego opera un condicionamiento en los trabajadores, sustentado en que la realidad demuestra que no todos son solventes conocedores de la legislación laboral, a lo que se une, complementariamente, la presunción de la buena fe de su empleadora, en virtud de la cual no tenían por qué dudar de que la información suministrada era completa y no sesgada.

Acudiendo al Código Civil, su art. 1131 nos indica que "el obligado alternativamente a diversas prestaciones debe cumplir por completo una de éstas", y sin duda así lo ha hecho la empresa admitiendo las comisiones ad hoc en una de sus composiciones alternativas. Sin embargo, el art. 1132 mantiene que "la elección corresponde al deudor, a menos que expresamente se hubiese concedido al acreedor", siendo este último el caso: la opción corresponde a los trabajadores, y la conducta de la empresa, si bien no ha impedido su ejercicio, desde luego la ha afectado inicialmente.

Pero decimos que la afección ha sido inicial porque, junto a lo anterior, hay que tener en cuenta que los sindicatos sí tenían presencia en la comisión negociadora, y que, a diferencia de lo que ocurre con los trabajadores de estas comisiones ad hoc, a ellos sí se les presume el estar habituados y preparados para la negociación, así

como un conocimiento de las normas laborales lo suficientemente intenso como para saber que los representantes ad hoc, o incluso ellos mismos, podían elevar la correspondiente protesta y conformar las comisiones con otra composición desde ese mismo momento. Es más, el art. 41.4 ET, al que remite el 51.2 ET, admite la negociación puramente sindical en estos casos, bien que por acuerdo de las secciones, y nada de esto se puso sobre la mesa.

La Sala debe conjugar todos estos extremos, puesto que su función es "averiguar el derecho", tal como indicaba el prof. D. De Buen, lo que exige "elegir entre diversas soluciones la más adecuada a la justicia". No se trata sólo de identificar un incumplimiento formal, sino de determinar si el mismo ha ocasionado una merma de garantías para los trabajadores, puesto que el sentido de la forma no puede ser otro que salvaguardar garantías y derechos. En este caso, ha de examinarse si la conducta de la empresa, que fue de todo punto irregular, ha impedido que el período de consultas transcurriera conforme a lo que el legislador pretende de él.

Como mantuvimos en nuestra sentencia núm. 90/2012, de 25-7-12, *"El período de consultas, regulado en el art. 51.2 ET, constituye el centro de gravedad del despido colectivo y traspone al ordenamiento jurídico español la Directiva 1998/59/CE, del Consejo, cuya finalidad es asegurar la información, la consulta y la participación de los trabajadores, que deberá desarrollarse mediante la utilización de mecanismos adecuados y teniendo en cuenta las prácticas vigentes en los diferentes Estados miembros, tal y como dispone la exposición de motivos de la Directiva Comunitaria, habiéndose entendido por la doctrina del TJCE, que la razón de ser y la eficacia de las consultas con los representantes de los trabajadores requieren que estén decididos los factores que han de tenerse en cuenta en el transcurso de éstas, dado que es imposible llevar a cabo consultas de manera apropiada y de conformidad con sus objetivos sin la determinación de los elementos pertinentes relativos a los despidos colectivos previstos. Dichos objetivos son a tenor del artículo 2, apartado 2, de la Directiva 98/59, evitar las extinciones de contratos de trabajo o reducir su número así como atenuar sus consecuencias (véase la sentencia, Junk [ TJCE 2005\31], antes citada, apartado 38), reproduciéndose dichos objetivos en el art. 51.4 ET.*

*Dicho período constituye una manifestación propia de la negociación colectiva, como recuerda la sentencia del TJCE 27- 01-2005, TJCE 2005\31, ya que si no fuera así, la eficacia de los procedimientos de información y la consulta previstas en dicha Directiva, cuyo objeto es que sea posible, "...por una parte, la formulación de propuestas constructivas, al menos, sobre las posibilidades de evitar o de reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias y, por otra parte, la presentación de eventuales observaciones a la autoridad pública competente", devendría imposible, habiéndose entendido por la jurisprudencia comunitaria, por todas STJCE 16-07-2009, TJCE 2009\237, que los representantes de los trabajadores se encuentran en la mejor situación para alcanzar el objetivo perseguido por la referida Directiva, serían inviables, puesto que ni será posible evitar, ni reducir o atenuar las consecuencias del despido colectivo, ni realizar observaciones a la autoridad laboral."*

En el caso examinado, queda claro que el período de consultas se articuló con comisiones ad hoc en una de las modalidades previstas alternativamente por el legislador. Hubo presencia sindical, que podría haber asumido la representación si así lo hubiera decidido, por sí misma o impulsando a los trabajadores sin

representantes a hacer valer su opción por una comisión de composición sindical. Hubo negociación efectiva, en la que los representantes sindicales, junto con el Comité Intercentros, lideraron los debates. Y no se alcanzó acuerdo, lo que apunta a que la eventual falta de costumbre negociadora de los representantes ad hoc no sirvió a los intereses de la empresa. En consecuencia, concluimos que la conducta de la empresa, aún siendo reprochable, no tuvo, en este caso concreto, la suficiente entidad como para desvirtuar el objetivo del período de consultas, por lo que no es posible fundamentar en ella la nulidad de la decisión extintiva.

**UNDÉCIMO.-** En relación con la composición de la comisión negociadora, consta probado que en el orden del día de la primera convocatoria figuraba no sólo la entrega de documentación sino también la constitución de la citada comisión, por lo que no podemos dar valor a la alegación de la parte demandante de que los representantes ad hoc fueron convocados asegurándoles engañosamente que sólo se les daría documentación y que por eso no hacía falta que acudieran con asesores; extremo que además no se intentó acreditar de ningún modo.

De la misma manera, habiéndose probado que el grupo facilitó información sobre los criterios de afectación a centros de trabajo y a trabajadores, decae la alegación de los demandantes según la cual la ausencia de tales datos vició el contenido de la negociación.

En definitiva, pues, los demandantes no aportan prueba que quiebre la presunción de veracidad de lo observado por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en su preceptivo informe, en el que consta que "la Inspectora actuante de la documentación aportada, así como la reunión mantenida con representación empresarial y social, no detecta objeción alguna ni en los extremos de la comunicación, ni en la consecución del período de consultas."

**DUODÉCIMO.-** Se alega el carácter fraudulento del despido, argumentando que su articulación a nivel nacional pretende esquivar los efectos de la desestimación del ERE presentado previamente ante la autoridad canaria para las empresas del  
sin que concurren causas nuevas.

El relato fáctico pone de relieve que el 6 de febrero de 2012 la autoridad canaria desestimó la solicitud de extinción de contratos de trabajo para las empresas de Canarias, y el 18 de abril se emitió la convocatoria a la primera reunión del período de consultas para el despido de ámbito nacional que hoy nos ocupa. Entre medias, se aprobó el Real Decreto-Ley 3/2012, que eliminó la autorización administrativa en los despidos colectivos.

El art. 6.4 CC dispone que los actos realizados al amparo del texto de una norma que persiga un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiera tratado de eludir.

La jurisprudencia es constante al afirmar que el fraude de Ley no se presume y que ha de ser acreditado por el que lo invoca (así, las STS/Social 16-febrero-1993 ( RJ 1993\1174) -recurso 2655/1991 , 18-julio-1994 ( RJ 1994\7055) -recurso 137/1994 , 21- junio-2004 ( RJ 2004\7466) -recurso 3143/2003 y 14-marzo-2005 ( RJ 2005\3195) -recurso 6/2004 ), pues su existencia - como la del abuso de derecho - sólo podrá declararse si existen indicios suficientes de ello, que necesariamente habrán de extraerse de hechos que aparezcan como probados ( STS/IV 25-mayo-2000 ( RJ 2000\4800) -recurso 2947/1999 ).

No obstante, en STS 12-05-2009, recud. 2497/2008 se corrigió el criterio antes dicho del modo siguiente:

"2.- Pero rectificando criterio aislado anterior en el que se había indicado que « esta Sala ha declarado reiteradamente el fraude de Ley no puede derivarse de meras presunciones » ( STS/Social 21-junio-1990 ( RJ 1990\5502 ) ), de forma unánime se proclama en la actualidad que sí podrá acreditarse su existencia mediante pruebas directas o indirectas, admitiéndose entre estas últimas a las presunciones en el art. 1.253 CC ( LEG 1889\27 ) (derogado por Disposición Derogatoria Única 2-1 LEC/2000 ( RCL 2000 \34, 962 y RCL 2001, 1892 ) ) ( SSTS 4-febrero-1999 ( RJ 1999\1587 ) -recurso 896/1998 , 24-febrero-2003 ( RJ 2003\3018 ) -recurso 4369/2001 y 21-junio-2004 ( RJ 2004\7466 ) -recurso 3143/2003 ). En este sentido se afirma, como recuerda la citada STS/IV 14- mayo-2008 , que "la expresión no presunción del fraude ha de entenderse en el sentido de que no se ha de partir de éste como hecho dado y supuesto a falta de prueba en contrario [al modo de una inversión de la carga probatoria, ciertamente prohibida a estos efectos], pero naturalmente no excluye en absoluto la posibilidad de que el carácter fraudulento de una contratación pueda establecerse por la vía de la prueba de presunciones [la «praesumptio hominis» del art. 1253 CC cuando entre los hechos demostrados ... y el que se trata de deducir ... hay «un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano» ( STS 29 marzo 1993 ( RJ 1993\2218 ) -rec. 795/92 -, reproducida por las de 24/02/03 -rec. 4369/01 - y 30/03/06 ( RJ 2006\4789 ) -rcud 53/05 -; esta última en obiter dicta) ".

3.- Llegados a este punto de la necesaria acreditación del fraude, la cuestión fundamental que desde siempre ha sido debatida es la afectante a la exigencia de «animus fraudandi» como requisito del fraude de ley. La jurisprudencia -de esta Sala IV y de la I - no ha sido siempre uniforme, oscilando entre la tesis objetiva (atiende al resultado prohibido) y la subjetiva (contempla la intención defraudatoria), sin que no falten soluciones de síntesis como la que representa la STS/I 22-diciembre-1997 ( RJ 1997 \9339 ) (recurso 1667/1993 ), al caracterizar la figura «como toda actividad tendente a inutilizar la finalidad práctica de una ley material, mediante la utilización de otra que sirve de cobertura para ello ( SS. 14 febrero 1986 ( RJ 1986\680 ) y 12 noviembre 1988 ( RJ 1988\8841 ) ), llegándose al extremo de manifestar que el fraude de ley exige una serie de actos que, pese a su apariencia legal, violan el contenido ético de un precepto legal ( S. de 26 mayo 1989 ( RJ 1989\3895 ) )».

4.- Oscilación entre las teorías -objetiva y subjetiva- que igualmente puede apreciarse en la doctrina de esta Sala, como sigue analizando la citada STS/IV 14-mayo-2008 . Ciertamente que no faltan resoluciones que atienden -para apreciar el fraude- a la mera constatación objetiva de la producción del resultado prohibido por la norma (al margen de la intención o propósito del autor), como cuando se afirma que aunque el fraude de ley no se presume y debe ser probado por la parte que lo alega, esto no significa que tenga que justificarse la intencionalidad fraudulenta de los negociadores, sino que es suficiente con que los datos objetivos que constan en el mismo revelen el ánimo de ampararse en el texto de una norma para conseguir un resultado prohibido o contrario a la ley ( STS/IV 19-junio-1995 ( RJ 1995\5204 ) -recurso 2371/1994 ; citada por la de 31-mayo-2007 ( RJ 2007\3616 ) -recurso 401/2006 ). Pero mayoritariamente, la doctrina de esta Sala se inclina por afirmar que en materia de fraude de ley, el elemento fundamental consiste en la intención maliciosa de violar la norma (así, las SSTS/IV 11-octubre-1991 ( RJ 1991\8659 ) -

*recurso 195/1991 y 5-diciembre-1991 ( RJ 1991\9041) - recurso 626/1991 ), pues en la concepción de nuestro Derecho, el fraude es algo integrado por un elemento subjetivo o de intención, de manera que para que pueda hablarse de fraude es necesario que la utilización de determinada norma del ordenamiento jurídico, persiga, pretenda, o muestre el propósito, de eludir otra norma del propio ordenamiento ( STS/IV 6-febrero-2003 ( RJ 2003\3086) -recurso 1207/2002 ); y en la entraña y en la propia naturaleza del fraude de ley está la creación de una apariencia de realidad con el propósito torticero de obtener de ella unas consecuencias que la auténtica realidad, no aparente, sino deliberadamente encubierta, no permitirían ( STS 5-diciembre- 1991 -recurso 626/1991 ). O lo que es igual, el fraude de ley que define el art. 6.4 CC es una conducta intencional de utilización desviada de una norma del ordenamiento jurídico para la cobertura de un resultado antijurídico que no debe ser confundida con la mera infracción o incumplimiento de una norma, o con una posible elección errónea del tipo contractual que corresponde a un determinado propósito negocial (así, con cita de diversos precedentes, las SSTs/IV 16-enero-1996 ( RJ 1996\191) -recurso 693/1995 en contratación temporal ; y 31-mayo-2007 -recurso 401/2006 en contrato de aprendizaje)".*

En definitiva, pues, lo que hay que examinar es si la conducta de la demandada, presentando primero una solicitud de ERE en Canarias y, tras su desestimación, un despido colectivo de ámbito nacional acogiéndose al Real Decreto-Ley 3/2012, alberga la intencionalidad fraudulenta a la que alude el Tribunal Supremo.

Necesariamente la respuesta ha de tener en cuenta que estamos ante un grupo de empresas a efectos laborales, por lo que, de existir fraude en algún proceso extintivo, hubo de ser, en su caso, en el instado ante la autoridad canaria.

La implementación del despido colectivo para el grupo tras la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 3/2012 no aporta datos que apunten a una intención defraudadora, puesto que la norma elimina la autorización administrativa en todo caso, con independencia del ámbito territorial del despido, y para todos los que se pongan en marcha a partir de su entrada en vigor. La opción de la demandada por no seguir la vía de la impugnación de la resolución de la autoridad canaria, no permite presumir la presencia de un ánimo defraudador, ya que, evidentemente, su ejercicio era potestativo. Distinto sería si hubiera desistido de la solicitud a efectos de encauzar el despido conforme a la nueva regulación; aquí, por el contrario, la autoridad laboral ya había resuelto. Y distinto sería también si la desestimación en Canarias se hubiera debido a la ausencia de las causas alegadas y no se hubieran aportado nuevas en este despido que hoy examinamos. Por el contrario, consta probado que la desestimación se basó en la desproporción existente entre la situación económica negativa y la medida extintiva, y que la evolución del sector ha ido empeorando progresivamente desde entonces.

Tampoco el hecho de que la mayor parte de las extinciones afecten a las empresas de Canarias esconde, en nuestra opinión, una voluntad defraudadora en este despido planteado a nivel global. Consta probado, por un lado, que la mayor parte de la plantilla del grupo presta servicios en Canarias, y por otro, que durante dos años no fue posible hacer ajustes de personal, en virtud de un pacto de mantenimiento del empleo. Es lógico, por tanto, que el despido que nos ocupa afecte de modo más intenso a los trabajadores del subgrupo canario.

**DECIMOTERCERO.-** Se discute igualmente la concurrencia de las causas económicas y productivas alegadas para justificar el despido.

Recordemos que, según el art. 51.1 ET, *"concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior.*

*Se entiende que concurren (...) causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado."*

Pues bien, en coherencia con lo mantenido en el fundamento de derecho tercero, nuestro punto de partida ha de ser, necesariamente, el informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en el que se plasma de modo minucioso, a lo largo de nueve páginas, la información económica y productiva global del grupo y desagregada por empresas, cargando los demandantes con la prueba de refutarla. El resultado es un innegable panorama de pérdidas y caída del mercado, que el Perito confirmó en el acto del juicio sin que sus afirmaciones fueran desvirtuadas en absoluto por los demandantes.

Consta acreditada una clara situación económica negativa, con pérdidas acumuladas de más de 60 millones de euros desde 2008 y una previsión de continuidad en resultados negativos durante 2012 y 2013. Es más, se probó también que las previsiones sobre estos dos últimos años se quedarán cortas, puesto que el sector ha empeorado más de lo esperado.

Con estos datos es evidente que concurre causa económica y productiva que justifica los despidos, a lo que ha de sumarse, nuevamente, la imposibilidad de ajustar la plantilla de Canarias durante dos años de importantes y continuas pérdidas.

A todo esto nada quita o añade el que se hayan abonado horas extraordinarias en 2011, o que se hayan contratado los servicios de un determinado bufete de abogados, como alegan los demandantes.

**DECIMOCUARTO.-** Los demandantes afirman que existe un trato discriminatorio respecto de los afiliados a Intersindical Canaria en el Grupo puesto que un número importante de los mismos se han visto afectados por el despido.

Ya estimamos razonable que, prestando servicios en Canarias el 70% de la plantilla del grupo, y tras un pacto de mantenimiento del empleo que impidió extinguir contratos allí por causas objetivas durante dos años, los trabajadores del subgrupo ..... soporten la mayor parte de las extinciones previstas en este despido colectivo. A esto hay que unir ahora que la mayor parte de los trabajadores de ..... que están afiliados, lo están a Intersindical Canaria (así se deduce del hecho de que la práctica totalidad de trabajadores a quienes se les descuenta la cuota sindical por nómina pertenece a dicho sindicato). Por tanto, es matemáticamente inevitable que también un número importante de estos afiliados se vean afectados por el despido, sin que de ahí quepa deducir indicios de

discriminación sindical, que en cualquier caso habrían quedado neutralizados por los datos objetivos expuestos.

**DECIMOQUINTO.-** La parte demandante cuestiona la viabilidad futura de la demandada por la merma de trabajadores a consecuencia de la medida extintiva.

Hay que advertir que el legislador ha suprimido en el art. 51 ET semejante proyección de futuro, y ha desvinculado la causalidad del mantenimiento de la empresa y del empleo. Ya "no se trata de lograr objetivos futuros, sino de adecuar la plantilla a la situación de la empresa"; "la justificación del despido ahora es actual" (A. Desdentado Bonete). El cómo afecten las extinciones al devenir de la organización productiva a partir de las mismas es una cuestión de estrategia empresarial que exigiría un juicio de oportunidad relativo a la gestión de la empresa que el legislador expresamente desea erradicar de la labor de supervisión judicial (Exposición de Motivos Real Decreto-Ley 3/2012).

En realidad, late en la demanda del Comité Intercentros de una crítica a la estrategia empresarial como causante de la situación actual, que parece perseguir una suerte de declaración de nulidad o de desajuste a derecho del despido por "mala gestión", lo que desborda nuestro ámbito de actuación.

Cabe recordar en este punto que, en virtud del art. 124.2 LRJS, *"la demanda podrá fundarse en los siguientes motivos: a) Que no concurre la causa legal indicada en la comunicación escrita; b) Que no se ha realizado el período de consultas o entregado la documentación prevista en el artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores o no se ha respetado el procedimiento establecido en el artículo 51.7 del mismo texto legal; c) Que la decisión extintiva se ha adoptado con fraude, dolo, coacción o abuso de derecho; d) Que la decisión extintiva se ha efectuado vulnerando derechos fundamentales y libertades públicas"*. Por su parte, el apartado 11 del mismo art. 124 LRJS aclara en qué casos procede cada calificación judicial: *"Se declarará ajustada a derecho la decisión extintiva cuando el empresario, habiendo cumplido lo previsto en los artículos 51.2 o 51.7 del Estatuto de los Trabajadores, acredite la concurrencia de la causa legal esgrimida. La sentencia declarará no ajustada a Derecho la decisión extintiva cuando el empresario no haya acreditado la concurrencia de la causa legal indicada en la comunicación extintiva. La sentencia declarará nula la decisión extintiva cuando el empresario no haya realizado el período de consultas o entregado la documentación prevista en el artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores o no haya respetado el procedimiento establecido en el artículo 51.7 del mismo texto legal u obtenido la autorización judicial del juez del concurso en los supuestos en que esté legalmente prevista, así como cuando la medida empresarial se haya efectuado en vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas. En este supuesto la sentencia declarará el derecho de los trabajadores afectados a la reincorporación a su puesto de trabajo, de conformidad con lo previsto en los apartados 2 y 3 del artículo 123 de esta Ley."*

En definitiva, el legislador ha determinado exactamente qué aspectos del despido pueden ser controlados mediante este procedimiento, y desde luego no lo es la mayor o menor habilidad que la entidad empresarial demuestre en la gestión de su negocio.

Con el mismo razonamiento, no nos corresponde pronunciarnos sobre la voluntad de los demandantes de que el "Plan de Medidas Sociales de Acompañamiento" aportado por el Grupo contemple un derecho preferente de recolocación interna.

**DECIMOSEXTO.** Por lo expuesto y razonado procede la desestimación de la demanda en los términos que se deducen de los fundamentos jurídicos que anteceden.

Sin costas por tratarse de conflicto colectivo y no apreciarse temeridad en ninguno de los litigantes.

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

### FALLAMOS

Que desestimamos la demanda de impugnación de despido colectivo interpuesta por

y en consecuencia declaramos ajustada a derecho la decisión extintiva.

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 000152 12

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.