



Roj: STS 882/2014
Id Cendoj: 28079140012014100074
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 121/2013
Nº de Resolución:
Procedimiento: SOCIAL
Ponente: MARIA LOURDES ARASTEY SAHUN
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintinueve de Enero de dos mil catorce.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de Casación interpuesto por la letrada Sra. Bellmunt Fraga, en nombre y representación de D. Nicanor , y Dña. Lucía , contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de fecha 21 de marzo de 2013 , en procedimiento núm. 30/2012, seguido en virtud de demanda a instancia de CONFEDERACION INTERSINDICAL GALEGA (CIG), y D. Plácido contra FOGASA, SEMAR ALUMINIO S.L.; SISTEMAS ESPECIALES METALICOS PARA LA ARQUITECTURA S.L.; Lucía ; Nicolasa ; URBANIZADORA DE BERTAMIRANS S.L.; GESTION INMOBILIARIA PREMOLAR S.L.; RESIDENCIALES NORGAL S.L.; MARCIAL GARCIA S.L.; Segismundo Y Nicanor , sobre despido colectivo.

Han comparecido en concepto de recurridos D. Plácido , y CONFEDERACION INTERSINDICAL GALEGA (CIG) representados por la letrada Sra. Vila Amarelle.

Es Ponente la Excmá. Sra. D^a. **Maria Lourdes Arastey Sahun**,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación de CONFEDERACION INTERSINDICAL GALEGA (CIG), y D. Plácido se interpuso demanda de despido colectivo de la que conoció la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, y en la que tras exponer los hechos y motivos que estimaron de aplicación se terminó por suplicar se dictada sentencia por la que se declare nulo el despido colectivo efectuado por SEMAR ALUMINIO SL, notificado a los representantes de los trabajadores el pasado 21-08-2012, declarando el derecho de los trabajadores afectados a la reincorporación a su puesto de trabajo, condenando a los demandados a estar y pasar por tal declaración y a las consecuencias inherentes a la misma. Subsidiariamente se declare no ajustado a derecho el despido colectivo efectuado por la empresa, con las consecuencias legales inherentes a tal declaración.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se celebró el acto del juicio en el que la parte actora se afirmó 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 21-03-2013 se dictó sentencia por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en la que consta el siguiente fallo: "Que estimando la demanda interpuesta por la CONFEDERACION INTERSINDICAL GALEGA (CIG) y D. Plácido contra las empresas demandadas en el Procedimiento nº 30-2012 sobre despido colectivo, debemos declarar y declaramos como no ajustado a derecho colectivo efectuado por la empresa Semar Aluminio SL condenamos solidariamente a las empresas demandadas SEMAR ALUMINIO SL; SISTEMAS ESPECIALES METALICOS PARA LA ARQUITECTURA S.L.; Nicanor , Nicolasa , Lucía ; y MARCIAL GARCIA. S.L., a estar y pasar por la anterior declaración. Y con la absolución de las co-demandadas URBANIZADORA DE BERTAMIRANS SL, GESTION INMOBILIARIA PREMOLAR SL, RESIDENCIALES NORGAL SL."

CUARTO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: **1º.-** El día 6 de agosto de 2012 la empresa demandada SEMAR ALUMINIO SL comunicó al Sr. Plácido en su condición de delegado de personal, que firma, lo siguiente: Mediante la presente carta le cito a Usted, como Delegado de Personal

de la empresa SEMAR ALUMINIO, S.L., a fin de tener una reunión el próximo día 7 de agosto, a las 08 horas en el centro de trabajo, con el fin de iniciar las consultas previstas en los artículos 49.1.i) y 51 del Estatuto de los Trabajadores, respecto al Expediente de Regulación de Empleo que se tramitará con la finalidad de extinguir la totalidad de los contratos de trabajo de la empresa (11 trabajadores), decisión que la empresa se ve obligada a tomar por las circunstancias económicas que atraviesa y ponerla en conocimiento de la Administración competente, quedando abierto, desde la recepción de esta carta, el período de consultas y discusión por término de 15 días, de acuerdo con lo establecido en los artículos 49.1.i) y 51.4º del Estatuto de los Trabajadores. Igualmente se solicita la emisión del informe previsto en el artículo 64.5 del ET.

Las razones para tomar tal medida son las siguientes:

1º.- En el curso del ejercicio 2010 los resultados de la entidad ascendieron a 665.048,42 # de pérdidas, y en el ejercicio 2011, los resultados de la empresa suman 33.444,44 #de pérdidas.

2º.- La cifra de ventas ha sido descendente desde el cuarto trimestre de 2011. Analizando el impuesto sobre el Valor Añadido, comprobamos como en el cuarto trimestre de 2011 la cifra de IVA devengado por la empresa ha sido de 1.241.931,35 euros. En el primer trimestre de 2012 el IVA devengado cayó a 179.984,14 euros.

3º.- La empresa no solo ha tenido pérdidas en 2010 y 2011, sino que en 2012 la situación será peor y ello porque existen deudas contraídas con la AEAT y la TGSS que suman 1.079.268,10 euros a la AEAT y 157.196,20 a la TGSS.

Los orígenes son los siguientes: T.G.S.S.

Julio 2011 6.215,14 Enero 2012 13.063,46

Agosto 2011 17.812,65 Febrero 2012 13.177,84

Septiembre 2011 24.904,20 Marzo 2012 12.529,62

Octubre 2011 25.229,79 Abril 2012 11.045,35

Noviembre 2011 18.460,61

Diciembre 2011 14.751,54

En cuanto a las cantidades adeudadas a la AEAT, algunas, concretamente 603.188,61 # están en vía ejecutiva, y 476.079,49 en voluntaria (solo 613,34 euros y el resto suspendidos al tratarse de sanciones recurridas). Los orígenes son:

04.852,22; IVA 4T 2011; 21.091,49; MOD III ND INGRESO DOMICILIACIÓN;

17.182,84; RET. ING. C. 2T 2011; 159.757,24; ACTAS INSPECCION IMP. SOC. 2007 Y 2008;

25.349,15; RET. ING. C. 3T 2011; 288.088,54; ACTAS INSPECCION IVA 2006 A 2008;

89,06; CUOTA CÁMARA 2011 IAE 2010; 13.251,01; MOD. III NO INGRESO DOMICILIACIÓN;

47,93; CUOTA CAMARA 2011 IS 2009; G9D.I4; INTERESES DEMORA;

4º.- En cuanto a la posibilidad de solicitar el concurso de acreedores, aunque la empresa lo ha sopesado, resulta que los costes del mismo, probablemente unos 10.000 euros, no son asumibles y, por otro lado, los acreedores principales, sino casi únicos son la AEAT y la Tesorería General de la Seguridad Social, acreedores privilegiados a los que un concurso de acreedores no implicará la rebaja de la deuda.

5º.- Con esta situación han desaparecido las perspectivas de trabajo, ya sea por falta de confianza de los proveedores, ya por la falta de liquidez (cuentas embargadas por las Administraciones Públicas) que impiden adquirir mercancía. Con el presente escrito se adjunta la documentación acreditativa de las causas alegadas, consistente en: Memoria explicativa. Expedientes de las deudas con la AEAT. Certificado de deuda con la TGSS. Cuentas anuales del ejercicio 2011. Cuentas anuales del ejercicio 2010

IVA 4T 2011, 1T Y 2T 2012 y Comunicación a la Administración.

2º.- En la Memoria explicativa de las causas de despido colectivo se hace constar que las causas del despido colectivo son económicas que se plasman en pérdidas efectivas presentes y futuras además de una importante disminución de ventas... y reitera los números de resultados negativos, ventas y deudas que contenía la comunicación y consta en el hecho probado anterior; añadiendo que la carga de trabajo en la empresa es inexistente, por un lado por la imposibilidad de adquirir material, aluminio y otros suministros ante

la falta de liquidez; para hacer frente a la misma se tuvo que vender parte del material de la empresa, sin que haya logrado solventar el problema y, por otro, por los embargos de créditos y demás derechos de la empresa que le impiden obtener recursos para hacer frente a sus deudas. En esta situación los costes son insoportables, por ejemplo en el año 2011 los gastos de personal han sumado 805.633,80 euros, por lo que, con la situación actual de falta de ingresos, se comprende que es imposible sostener. En esta situación, la única salida es poner fin a la actividad de la forma más ordenada posible, por lo que se pretende extinguir los contratos de trabajo de la totalidad de los trabajadores de la empresa, once a día de la comunicación. Los trabajadores afectados por la medida extintiva y sus categorías profesionales son:

- D. Bernardino (Conductor)
- D. Carmelo (Peón)
- D. Claudio (Peón)
- D. Diego (Peón)
- D. Elias (Peón)
- D. Eugenio (Oficial 3a)
- D. Faustino (Oficial 3a)
- D. Florentino (Oficial 3a)
- D. Geronimo (Oficial 3a)
- D. Hugo (Oficial 2a)
- D. Plácido (Oficial 3a)

El plazo para las extinciones será el de los diez días siguientes a la finalización del período obligatorio de consultas.

3º.- Durante el periodo de consultas hubo un total de 5 reuniones: los días 6, 9, 13, 17 y 21 de agosto de 2012. Y el contenido de las actas es la siguiente: En la reunión del día 6 de agosto de 2012 alega la empresa como causas para la extinción de los contratos de trabajo, la "falta de carga de trabajo y las deudas que la empresa tiene con la S. Social, Hacienda, haciendo imposible cualquier tipo de contratación con empresas del sector, siendo condición indispensable para cualquier contratación estar al corriente de pago con las administraciones públicas. Por parte de los representantes de los trabajadores se exponen los siguientes puntos:

- Las cuentas de la empresa.
- Facturas de venta de maquinaria de la empresa.
- Facturas de venta de vehículos.
- Como se van a pagar los atrasos.
- Cuando se van a disfrutar las vacaciones.
- Como se pagó la publicidad de la empresa en las fiestas patronales de Bertamiráns.

Por la empresa se acuerda estudiar las propuestas, en especial las económicas.

4º.- En la segunda de las reuniones el día 9 de agosto por los representantes de los trabajadores exponen los siguientes puntos: -Si la empresa va a responder a las preguntas de la anterior acta. -Revisar las antigüedades que están mal según su criterio. -Si la empresa esta desviando trabajo para otra empresa llamada sistemas especiales metálicos para la arquitectura, S.L. -Si la empresa esta dispuesta a negociar por encima de los 20 días de indemnización. -No se incluye en la anterior documentación las cuentas de los ejercicios anteriores. -Cuando se van a pagar los atrasos y cantidades adeudadas, (nóminas, horas extraordinarias, atrasos, extras). -Manifiesta no poder llegar a una conclusión sobre el ERE planteado, al no tener la suficiente documentación, sobre todo, de los ejercicios anteriores. Por parte de la empresa se contesta que: Las cuentas de la empresa han sido debidamente entregadas al delegado sindical en fecha 6-8-2012.

-Sobre la de venta de maquinaria y vehículos, comentar que han sido vendidas después de intentar su venta de todas las formas posibles, vendiéndolas al comprador que ha pagado un precio de mercado para poder hacer frente a pagos y deudas que la empresa tiene en curso.

-Sobre el tema de cómo se van a pagar atrasos, la empresa esta haciendo todo lo posible para hacer frente a estos pagos, pero debido a la alta morosidad que esta padeciendo, (nuevos concursos de acreedores), esta siendo imposible acometer dichos pagos a corto plazo. -Sobre el tema de vacaciones, la empresa comunicará a los trabajadores en la próxima convocatoria el calendario de vacaciones a disfrutar por dichos trabajadores.

5º.- En la reunión del día 13 de agosto de 2012 los trabajadores exponen que la empresa no responde satisfactoriamente sobre las cuestiones planteadas en el anterior acta. Demanda la antigüedad de determinados trabajadores. La empresa manifiesta que se revisarán las antigüedades que los trabajadores reclaman, que no esta desviando trabajos a la empresa llamada Sistemas Especiales Metálicos para la Arquitectura, S.L., hace meses que Semar Aluminio, S.L. no tiene personal en nómina para hacer ningún tipo de trabajo, que no pueden negociar por encima de los 20 días de indemnización como solicitan los trabajadores. Sobre la documentación de las cuentas de los ejercicios anteriores, la empresa no tiene problema en aportar la documentación que soliciten los trabajadores, y que puede ser recogida en la empresa por el delegado sindical en el día de mañana 14-08-2012 o el día que estos designen. Y que es imposible acometer los pagos de salarios y vacaciones atrasados a corto plazo. Y acuerdan vacaciones de 4 trabajadores

6º.- En la reunión del día 17 de agosto de 2012 los trabajadores hacen constar que no contesta satisfactoriamente a las cuestiones planteadas en el acta anterior nº 3 sobre las cuestiones planteadas en el acta nº 2, que con la documentación que la empresa presenta no pueden más que reincidir en las ideas expuestas en las anteriores negociaciones de ERES, propuestas por la empresa. No saben cual es el estado actual de la empresa y como se llegó a esta situación. Y entienden que el ERE extintivo contiene en una clara intención de liquidar Semar Aluminio, S.L. por parte de la dirección de la misma y continuar con la actividad en Sistemas Especiales Metálicos para la Arquitectura, S.L., ya que tenemos fundados indicios de que se esta a utilizar maquinaria y vehículos que provienen de la nave de Semar Aluminio, S.L., así como clientes habituales de la misma empresa e incluso parte de los trabajadores y el mismo encargado provienen de la misma empresa. Y solicitan las cuentas provisionales a 20 de Agosto de 2012, así como la relación de impagados de la empresa. La empresa contesta que el 14 de agosto de 2012, entregó a D. Onesimo (delegado sindical) la documentación solicitada por parte de los trabajadores, sin ninguna solicitud más hasta el día de hoy, de todas formas la documentación solicitada en el día de hoy puede ser recogida el día 20-08-2012 o el día que estime oportuno. Se aportan los documentos notariales de compraventa de vehículos y maquinaria. Y las antigüedades solicitadas por los trabajadores, la empresa tiene una duda con los trabajadores D. Diego , y Elias , ya que está siendo revisada por los gestores de la empresa.

7º.- En la última de las reuniones celebrada el 21 de agosto de 2012. El delegado de personal quiere dejar constancia de los plazos y la forma de entrega de la documentación necesaria para la negociación de este ERE: -6 de Agosto de 2012, la empresa entrega relación de deudas con la AEAT y SS así como memoria explicativa 2011. No fueron entregadas las cuentas de los ejercicios 2010, 2011 y 2012, las cuales fueron reclamadas por el delegado de personal en el acta nº 1.

-9 de Agosto de 2012, la empresa se reafirma en la entrega de las cuentas. El delegado de personal vuelva a pedir las.

-13 agosto 2012, en el acta nº 3 la empresa se ofrece a entregar la documentación que se pida. Y reclaman las cuentas anuales 2010, 2011 y 2012.

-14 de Agosto de 2012, a las 13.00 horas la empresa entrega las cuentas de es ejercicios 2010, 2011.

-17 de Agosto de 2012, la empresa se vuelve a reafirmar en que entregó toda la documentación y el delegado de personal vuelve a reclamar entre otra documentación, las cuentas provisionales del año 2012.

-20 de Agosto de 2012 a las 13.00 se le entrega al delegado de personal las cuentas del ejercicio 2012 sin firmar. Y entiende que hay un ejercicio de mala fe y entorpecimiento de la negociación por parte de la empresa Semar Aluminio, S.L.

Por parte de la empresa contesta sobre la antigüedad de los trabajadores solicitadas por el delegado sindical, sobre la solicitud de documentación, los retrasos y entorpecimientos por parte de la empresa y "actos de mala fe", la empresa manifiesta que colabora en todo momento, que entrega la documentación necesaria solicitada por los trabajadores siempre de forma inmediata y urgente al día siguiente de ser solicitada y por parte del delegado sindical se pretende justificar de forma deliberada y maliciosa la no colaboración por parte de la empresa. Y también entiende que son formas poco éticas de proceder en una negociación y falta de toda veracidad.

-Sobre las cuentas del ejercicio del año 2012, es obvio que las cuentas estén sin firmar, ya que son provisionales y pueden sufrir pequeñas modificaciones hasta el cierre final de las mismas.

-Sobre el punto de la entrega de las cuentas del año 2010 y 2011 "previas a un festivo", la empresa no hace más que entregar al día siguiente de ser solicitadas y de forma urgente, y en el acta nº 4 donde el delegado sindical solicita de forma expresa las cuentas anuales del año en curso, las recoge al día siguiente. Sobre los otros asuntos, los despidos e indemnizaciones están en proceso judicial, la empresa no tiene ninguna carga de trabajo, no dispone de ningún trabajador, la factura de maquinaria y vehículos esta entregada. Los impagados y bajas por enfermedades que la empresa soporta es inviable la sostenibilidad de la misma, mas las deudas de seguridad social y hacienda, además de las cartas de pago por parte de la AEAT que ya la hacen a todas luces inviable. Y sobre la empresa Sistemas Especiales Metálicos para la Arquitectura, S.L., la empresa, no sabe nada sobre esta empresa, ni sobre sus trabajadores, ni a quien han contratado.

El periodo de consultas terminó el 21 de agosto sin acuerdo. Todas las actas han sido firmadas por los comparecientes no constando protesta en relación a su contenido.

8º.- La empresa hace entrega a D. Plácido , el 14 de Agosto de 2012 a las 13.00 horas de los siguientes documentos: - Modelo 303 1T y 2T2012. -Modelo 200 2011 y 2010. - Estados contables 2010 y 2011. Memoria abreviada 2010 y 2011. Y el 20 de Agosto de 2012 del -Balance de situación 1. -Balance de situación 2. - Cuenta de pérdidas y ganancias.

9º.- En fecha 17 de septiembre de 2012 se emite informe de la Inspección de Trabajo en el que concluye que: Teniendo en cuenta la documentación aportada en el expediente, y las declaraciones de las personas entrevistadas, así como, la existencia de desacuerdo con los trabajadores, se informa que la solicitud incluye la documentación pertinente, que no se ha informado en el plazo establecido legalmente a los trabajadores afectados, (se va aportando la documentación económica y la memoria con posterioridad al inicio del período de consultas según se dijo con anterioridad) con el resultado de falta de acuerdo con la empresa.

10º.- El periodo de consultas terminó el 21 de agosto sin acuerdo. Todas las actas han sido firmadas por los comparecientes no constando protesta en relación a su contenido. 11.- Nicanor como administrador único de Semar Aluminio SL comunica a la Consellería de Trabajo que a partir del día 3-9-2012 extingue la totalidad de los contratos de trabajo de la plantilla con abono de los 20 días de salario por año y que afecta a 11 trabajadores.

12.- Marcial García SL se constituye el 26-12-2000 con dos únicos socios Segismundo su hijo Nicanor . Y el 9-4-2012 Nicanor y su Madre Nicolasa intervienen como administradores mancomunados de la sociedad Marcial García SL cuyo nombramiento se había hecho el 20-12-2011 y manifiestan que continua vigente, en dicha escritura no consta nada más (577 y 478). El 30-12-2012 se produce una reducción de capital reduciendo el valor de la participación a 6 # y una ampliación de capital en 5.139.060 # con la aportación de 89 fincas por parte del matrimonio constituido por Nicanor y Lucía ; 6 fincas privativas de Nicanor y 19 del matrimonio y padres del anterior Nicanor y Nicolasa . Nicanor suscribe 387.076 participaciones, Lucía 344.63, Segismundo 62.212 y Nicolasa 62.592. Hay sucesivas ampliaciones de capital con aportación de fincas el 2-3-2012, 28-3-2012 y la ultima inscrita en el registro el 20-3-2012 en la que Lucía aporta sus participaciones en la empresa Urbanizadora Bertamirans SL, contando la empresa con un capital final de 6.300.960 #. A fecha 11-11-2011 la empresa no tenía trabajadores en alta. Y en las declaraciones de las rentas 2010 y 2011 consta que esta empresa no tiene actividad.

13.- La empresa Semar Aluminio SL se constituyo el 20-01-1995, administrador Segismundo ; el 24 de marzo de 2009 se nombra nuevo administrador a Nicanor . Esta empresa tramitó un ERE de suspensión de contratos de 10 trabajadores, 8 de los cuales constan en el actual ERE, autorizado por el periodo de 19 de febrero hasta el 30 de julio de 2012 y otro ERE de extinción de contrato de 10 trabajadores solicitado el 1 de diciembre de 2012 que es denegado. El patrimonio neto de la empresa se halla por debajo del capital social en los ejercicios 2010 y 2011 por lo que la empresa estaría en situación legal de disolución.

14.- Sistemas especiales metálicos SL (A partir de ahora Sistemas) se constituye el 30-03-2012 como sociedad unipersonal y administrador único Andrés .

15.- Por escritura de compraventa de 2 de abril de 2012 Semar vende a Sistemas 11 vehículos por importe de 50.000 # de los que 3.000 # dice haber recibido, y 20.000 aplazados a 15 de julio de 2012, y 27.000 al 30 de septiembre.

16.- El 18 de mayo de 2012 Semar vende a Sistemas maquinaria y mobiliario industrial con un total de 39 elementos y por importe de 40.000 # de los que 3.000 manifiestan que ya habían sido entregados difiriendo el pago de 17.000 # al 1 de octubre siguiente y los 20.000 restantes al 31 de diciembre de 2012.

17.- El 21 de junio de 2012 se traslada toda la maquinaria, material y vehículos de la empresa Semar Aluminio SL, a la nave de la empresa Sistemas en Padrón.

18.- Trabajadores de Semar Aluminio SL pasan a Sistemas como: Carlos es dado de baja en Semar el 29-06-2012 y de alta en Sistemas el 9 de julio de 2012. Cornelio es dado de baja en Semar el 7 de febrero del 2012 y de alta en sistemas el 25 de junio de 2012.

19.- Los trabajadores Bernardino , Elias , Rubén , Severiano prestaron servicios primero para Marcial García SL y con posterioridad para Semar Aluminio SL; al menos a Rubén , Severiano y Claudio , Nicanor les ofreció pasarse a una nueva empresa que iba a constituirse, manifestándoles que los del ERE no iban a cobrar nada, salvo lo del FOGASA. Y otros como Plácido hasta el 1-1-2008 trabajaron para Marcial García SL y desde el 4-1-2008 para Semar Aluminio S.L. Al igual que Florentino hasta el 30-9-2009 y desde el 1- 10-2009. Al igual Faustino de forma sucesiva para Marcial García SL, Nicanor , Marcial García SL y por último para Semar Aluminio SL. Como Carmelo y Candido . Darío lo hizo hasta el 21-9-2007 en Marcial García SL, y desde el 29-9-2007 en Semar Aluminio SL hasta el 2-11-2011, y desde el 14-6-2012 para Sistemas.

20.- Pese a la venta de la maquinaria y vehículos, los trabajadores de Semar Aluminio SL siguieron utilizándolos hasta su traslado a la nueva nave de Sistemas.

21.- En las instalaciones de Semar Aluminio SL, trabajaba también la esposa de Nicanor , Lucía , que era la que llevaba la administración de aquella, el pago a proveedores, pedidos, pago de nóminas y cobro de rentas de los pisos que la Sra. Nicolasa tenía en alquiler; incluso trabajadores de Semar Aluminio SL hacían en alguna ocasión traslado de muebles de un piso a otro.

22.- Andrés trabajó para Semar Aluminio SL, posteriormente para Promolar Inmobiliaria en las instalaciones de Semar Aluminio SL, donde había una Cartel anunciador de dicha empresa y donde aquel cobraba el IBI de las ventas de Promolar.

23.- Gestión Inmobiliaria Promolar SL se constituyó el 8-5-2008 entre Nicanor , y Isidro y Elias que eran administradores de Villalval Inmobiliaria.

24.- El 8-6-2005 Se constituyó la empresa Residencial Norgal SL entre Nicanor en nombre de la sociedad Marcial García SL de la que era administrador solidario y Nemesio , y Raimundo como socios de la empresa Invercon SL.

25.- El 17-12-2010 Nicanor y su esposa Lucía y Luis Francisco otorgan escritura de constitución de la empresa Urbanizadora Bertamirans SL con un capital social de 1.6177.270 # por la aportación de 33 fincas gananciales, como único socio Nicanor que suscribe el total de las participaciones y nombra administradores mancomunados a Nicanor y Luis Francisco .

26.- La Agencia tributaria incoa procedimiento sancionador y de liquidación contra la empresa Semar Aluminio SL y concluye que: La sociedad Semar Aluminio SL tiene como actividad mercantil la de Fabricación Artículos Carpintería Metálica clasificada en el epígrafe 314.1 de las tarifas del Impuesto sobre Actividades Económicas. Se ha constatado que en los ejercicios en comprobación (2006, 2007 y 2008) el propio socio y administrador D. Nicanor y dos personas físicas más del mismo grupo familiar, Dña. Lucía (cónyuge del anterior) y Dña. Nicolasa (madre de Nicanor) aparecen matriculados individualmente en el epígrafe 505.5 Carpintería y Cerrajería y terminación y decoración de edificios y locales, habiéndose acogido todos ellos al régimen de estimación objetiva por signos, índices o módulos en relación con el IRPF y al régimen simplificado en cuanto al IVA. La comprobación inspectora ha acreditado numerosos hechos que evidencian la inexistencia de la actividad empresarial de cada uno de ellos. Este conjunto de hechos lleva a la conclusión de que la actividad empresarial es efectivamente desarrollada por Semar Aluminio SL y las personas físicas declaran falsamente la actividad con el fin de evitar la tributación de los beneficios obtenidos en la sociedad. Se deduce una simulación absoluta del ejercicio de la actividad que solapa en los tres casos, por un lado la emisión de facturas que no se corresponden con operaciones reales y cuya emisión no supone coste fiscal alguno para los emisores y por otro lado, se corresponden con trabajos efectivamente realizados por la entidad Semar Aluminio, y esta conducta tiene como finalidad principal y real la de aprovecharse de un régimen fiscal específico de tributación, que conlleva un importante ahorro fiscal. La sociedad y la cónyuge del socio y administrador en primer lugar, el propio socio y administrador en segundo lugar y en tercer lugar

la madre del anterior, simulan y declaran ante la Hacienda Pública el ejercicio, separado y diferenciado, de una actividad empresarial, cuando la realidad comprobada y querida es de forma efectiva el ejercicio único de la actividad por un único sujeto económico, la sociedad Semar Aluminio SL. La voluntad de las partes es simular, aparentar una realidad inexistente, por lo que ha de considerarse irrelevante el negocio simulado, la actividad de Lucía , de Nicanor y de Nicolasa y gravarse como actividad de la empresa Semar Aluminio las facturas que se corresponden con prestaciones de servicios reales, así como la deducción de los gastos de personal que simuladamente fueron asumidos por Lucía , Nicanor y Nicolasa .

27.- En Semar Aluminio SL, Nicanor llevaba a cabo las mediciones de las obras que iban a realizarse y se pasaban a las oficinas donde se hacían los presupuestos y se les daba una numeración. Cuando Sistemas comenzó trabajar después de su constitución, lo hizo en las instalaciones de la empresa Semar Aluminio SL, hasta agosto que se trasladó a la nueva nave; las mediciones de sus obras las seguía realizando Nicanor , pero en dichas mediciones se ponía Bucanero , apodo de Andrés , que era el único socio de la empresa Sistemas y se les daba una numeración diferente porque alguno de los trabajadores no querían hacer trabajos para Sistemas por no ser su empresa. Muchas de esas obras eran contratos y clientes de Semar Aluminio SL, que pasaron a Sistemas, como una obra de la constructora Outon Bayona, el presupuesto lo hace Semar Aluminio SL, y la factura fue presentada al cobro por sistemas el 5-7-2012. Otro cliente Eulalio , su obra es medida por Marcia-Kiko 24-7-2012 y la cobra Semar Aluminio SL el 2-8-2012. Las obras contratadas a Severino por Semar, las concluye Sistemas, desconociendo quien las cobra.

28.- La demanda se presentó el 18-9-2012 y con un primer señalamiento para el día 30-10-2012. El día 3-10-2012 el letrado de Semar Aluminio SL pide la suspensión del juicio oral por tener otros señalamientos coincidentes en la misma fecha, a lo que se accede; 2º señalamiento el 6-11-2012; el día 2-11-2012 se amplió la demanda y a los efectos de llevar a cabo las nuevas citaciones se dicta Decreto el 5-11-2012 señalando nuevamente para el 12-12-2012; en dicha fecha se levanta acta de conciliación en la se señala que están en vías de acuerdo y se hace nuevo señalamiento para el día 10-1-2013, en esta fecha del 4º señalamiento se levanta nuevamente acta de conciliación en la que se solicitan 15 días para llegar a acuerdo y se hace nuevo señalamiento para el 24-1-2013. El 14-1-2013 consta diligencia de ordenación por la que se dice que por problemas de agenda el nuevo señalamiento es para el 31-1-2013; y el 29-1-2013 el letrado de Semar Aluminio SL renuncia a su defensa. Se dicta Decreto el 29-1-2013 suspendiendo el señalamiento del 31-1-2013, para no causar indefensión, señalándole para el 7-3-2013. El día 6 a las 13 horas comparece D. Nicanor , y Lucía en el juzgado de Santiago de Compostela, y Andrés en el de Padrón pidiendo abogado de oficio y la suspensión del juicio. El mismo día 6-3-2013 se dicta Diligencia de ordenación acordando no haber lugar a la suspensión y manteniendo el señalamiento del día siguiente en que se celebra el juicio oral. "

QUINTO.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de casación por la representación de D. Nicanor , y Dña. Lucía , en el que se alega infracción del apartado d) y e) del art. 207 LRJS . Que fue impugnado por las partes personadas.

SEXTO.- Recibidas las actuaciones, y admitido el recurso de casación, se dio traslado por diez días al Ministerio Fiscal que emitió informe en el sentido de considerar improcedente el recurso, e instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo en Sala General, dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia, el día 22 -01-2014 fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. La sentencia de instancia, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia el 21 de marzo de 2013 (autos 30/2012), estima la demanda de impugnación de despido colectivo interpuesta por el sindicato Confederación Intersindical Galega (CIG), declarando el mismo no ajustado a derecho y condenando solidariamente a los codemandados que constan en el transcrito fallo de dicha sentencia.

2. Recurren en casación ordinaria las dos personas físicas que han sido condenadas mediante un mismo escrito de recurso en el que se contienen dos motivos separados.

3. El primero de dichos motivos se acoge al apartado d) del art. 207 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , relativo al error en la apreciación de la prueba.

El motivo se divide en dos apartados en que la parte recurrente dice referirse a la acreditación de la causa económica y a la cuestión de la existencia de grupo de empresas y su extensión a los dos recurrentes.

4. Sin embargo, respecto de estas cuestiones no se señala cuál es el hecho probado de la sentencia de instancia con la que se discrepa. El escrito del recurso no menciona ninguno de los concretos ordinales en los que la Sala ha desarrollado su relato fáctico.

Una atenta lectura al escrito de formalización del recurso permite afirmar que no se está pidiendo que esta Sala IV modifique, suprima o haga adiciones a los hechos probados de la sentencia recurrida. La parte recurrente se limita a ir poniendo en evidencia su desacuerdo con las conclusiones a las que la Sala gallega llega en sus razonamientos jurídicos y, de este modo, los recurrentes introducen por el cauce de la revisión de hechos una vía de reiteración de meras alegaciones en apoyo de su pretensión de absolución.

5. Es reiteradísima la doctrina de esta Sala IV la que sostiene que, para que la denuncia del error pueda ser apreciada, se precisa la concurrencia de los siguientes requisitos: a) Que se concrete con claridad y precisión el hecho que haya sido negado u omitido en el relato fáctico. b) Que tal hecho resulte de forma clara, patente y directa de la prueba documental obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones o conjeturas. c) Que se ofrezca el texto concreto a figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos. d) Que tal hecho tenga trascendencia para modificar el fallo de instancia.

6. Ninguno de estos requisitos se cumplimentan en el presente caso, pues, además de no precisarse cuál es el hecho probado que se busca revisar, lo que la parte recurrente hace es precisamente desgranar sus argumentaciones sobre el cómo debía de haberse abordado el conflicto en un sentido favorable a sus intereses, sin ofrecer el texto alternativo al que la Sala de instancia fija en la configuración del sustrato fáctico sobre el que asienta el enjuiciamiento.

La ausencia de los indicados requisitos en la formulación del motivo constituye un defecto formal que conduce a la desestimación del mismo.

SEGUNDO.- 1. El segundo motivo del recurso se acoge al apartado e) del art. 207 LRJS y plantea la cuestión de la existencia de grupo de empresas a efectos laborales, entendiéndose que no concurren ni prestaciones laborales indiferenciadas, ni confusión de patrimonio, ni apariencia externa unitaria, ni dirección unitaria, y añade que no cabe la imputación de responsabilidad a los recurrentes personas físicas por el principio de responsabilidad limitada de los socios.

En apoyo de sus argumentos los recurrentes invocan las STS/4ª de 26 de enero de 1998 y 26 de diciembre de 2001, y los arts. 1.2 ET y 236 a 241 de la Ley de Sociedades de capital; así como distintas sentencias de Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional que, por no constituir, doctrina jurisprudencial, no son adecuadas para fundamentar el recurso de casación.

2. Admiten los recurrentes que en el caso presente sí se da una dirección única, pero no concurren los elementos adicionales cuya conjunción sería exigible para extender la responsabilidad a todas las empresas del grupo.

3. En realidad en este motivo se vuelve a reiterar lo que se venía diciendo en el primero. Y es que los recurrentes pretenden simplemente que, de los hechos que se han constatado en la sentencia de instancia, se extraiga una conclusión distinta a la que la sentencia recurrida llega respecto a la apreciación de una unidad empresarial entre las sociedades mercantiles condenadas y los dos codemandados individuales, a todos los cuales les confiere la consideración de un único grupo que actúa como empleador.

TERCERO.- 1. La doctrina sobre los grupos de empresas a efectos de determinar su responsabilidad ha sido recientemente definida por esta Sala IV en las sentencias de 20 de marzo (cas. 81/2112) y 27 de mayo de 2013 (cas. 78/2012) precisamente en relación con sendos casos de despido colectivo.

2. Ciertamente, como indica la parte recurrente, para lograr aquel efecto de responsabilidad solidaria, hace falta un componente adicional que esta Sala ha residenciado tradicionalmente en la conjunción de alguno de los siguientes elementos: a) Funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo; b) Prestación de trabajo común, simultánea o sucesiva, en favor de varias de las empresas del grupo; c) Creación de empresas aparentes sin sustento real, con las que se pretende la dispersión o elusión de responsabilidades laborales; y d) Confusión de plantillas, confusión de patrimonios, apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección. Todo ello, no obstante, con las precisiones que se hacían en la referida STS de 27 de mayo de 2013 (rec. 78/2012).

3. Como pone de relieve el Ministerio Fiscal en su informe, en el presente caso la interrelación patrimonial entre las personas físicas y el grupo societario familiar queda plenamente acreditada (así se

evidencia en los inalterados hechos probados de la sentencia recurrida, particularmente en el ordinal vigésimo sexto).

En el sustrato fáctico que ha quedado constatado en este caso se aprecia una continua y clara confusión entre la titularidad patrimonial de las sociedades y la de sus socios, de modo que la cualidad de verdadero empleador debe de ser atribuida a éstos. La actuación de los recurrentes consistía en apropiarse de lo que deberían haber sido ingresos de la sociedad con los consiguientes efectos negativos para ésta, abusando de su condición de socios

4. Estamos ante un supuesto de uso fraudulento de la forma societaria, al que se ha de aplicar la doctrina conocida del "levantamiento del velo", que nos permite ver la realidad laboral de la empresa más allá de las apariencias, para encontrar que esa realidad ha producido la creación de entidades distintas con la finalidad claramente dirigida a obtener unos beneficios que no pueden redundar en perjuicio de los trabajadores. Tal modo de actuar conduce a la consideración de las personas físicas como verdaderos empresarios ya que las mercantiles por ellos constituidas actúan de mera pantalla o instrumento interpuesto para eludir sus responsabilidades.

De todo ello resulta que lo que se aprecia en el caso presente es la existencia de una única entidad empresarial, constituida por los recurrentes y por el resto de los responsables solidarios fijados por la sentencia recurrida, en tanto no han recurrido la misma. En suma, pues, la sentencia de la Sala de instancia acierta al establecer dicha responsabilidad dada la situación de unidad empresarial acreditada suficientemente.

5. Lo dicho comporta, además que, en contra de lo que se indica en el recurso, la competencia para conocer de las acciones que la parte trabajadora ejercite frente a quienes resultan ser los auténticos empleadores corresponda a la jurisdicción social. Se trata del ejercicio de derechos que nacen de esa vinculación contractual laboral, que es la naturaleza que poseen los verdaderos ligámenes entre las partes, aun cuando se hayan exteriorizado bajo la apariencia de la actuación con una personalidad jurídica distinta.

6. En suma, procede la desestimación del recurso y la consiguiente confirmación de la sentencia de instancia, con imposición de las costas a la parte recurrente, la cual ha de ser condenada, asimismo, a la pérdida del depósito dado para recurrir, debiendo darse el destino legal a la consignación que, en su caso, se hubiere efectuado.

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 la representación de D. Nicanor , y Dña. Lucía , frente a la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de fecha 21 de marzo de 2013 , en procedimiento núm. 30/2012, que confirmamos. Con imposición de las costas y pérdida del depósito dado para recurrir, debiendo darse a la consignación dada, en su caso, el destino legal correspondiente.

Devuélvanse las actuaciones al Organo Jurisprudencial de procedencia ,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.

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