

BASE DE DATOS NORMACEF SOCIO-LABORAL**TRIBUNAL SUPREMO**

Sentencia de 2 de diciembre de 2014

Sala de lo Social

Rec. n.º 99/2014

SUMARIO:

Despido colectivo. Causas económicas y productivas. Fraude de ley al no haber cumplido la empresa con su obligación de instar concurso de acreedores. Esta necesidad imperativa solo está normativamente prevista respecto del deudor que, dentro de un determinado plazo, hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia. En el caso analizado, reclamando los recurrentes dicha obligación a cargo del empresario demandado, resulta imprescindible la demostración, siquiera mediante mecanismos indiciarios, de una situación de insolvencia generalizada, esto es, con repercusión sobre otros acreedores distintos de los trabajadores, actual o inminente, de la mercantil implicada. A falta de dicha acreditación y, por tanto, siendo perfectamente lógico deducir que los únicos acreedores de esa situación de insolvencia actual o inminente eran los trabajadores, se hace necesario concluir que no resultaba obligatoria para el empresario deudor la iniciación de un procedimiento concursal que, desde luego, podrían haber instado los propios trabajadores al amparo de lo previsto en el art. 2.4.4 de la Ley Concursal en su posible condición de acreedores de deudas salariales. Sala General.

PRECEPTOS:

Ley 22/2003 (Concursal), arts. 2.4.4, 5 y 8.

PONENTE:

Don José Luis Gilolmo López.

Magistrados:

Don ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO
Don FERNANDO SALINAS MOLINA
Don JESUS GULLON RODRIGUEZ
Don JESUS SOUTO PRIETO
Don JOSE LUIS GILOLMO LOPEZ
Don JOSE MANUEL LOPEZ GARCIA DE LA SERRANA
Don LUIS FERNANDO DE CASTRO FERNANDEZ
Don MANUEL RAMON ALARCON CARACUEL
Doña MARIA LOURDES ARASTEY SAHUN
Doña MARIA LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA
Don MIGUEL ANGEL LUELMO MILLAN
Doña MILAGROS CALVO IBARLUCEA
Doña ROSA MARIA VIROLES PIÑOL

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dos de Diciembre de dos mil catorce.

Vistos los autos pendientes ante la Sala en virtud de recurso de casación interpuesto en nombre y representación del sindicato UNION GENERAL DE TRABAJADORES (UGT) contra sentencia de fecha 20 de diciembre de 2013 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en el procedimiento n.º 53/2013, promovido de manera conjunta por la representación de los sindicatos UNION GENERAL DE TRABAJADORES (UGT) y de COMISIONES OBRERAS (CC.OO.), contra ESPATO VILLABONA, S.A.; UNION MINERA DEL NORTE, S.A. (UMINSA); ADMINISTRACION CONCURSAL DE AMINSA, en la persona de D. Pascual ; COTO MINERO CANTÁBRICO, S.A.; COTO MINERO CANTÁBRICO EN LIQUIDACION y ADMINISTRACION CONCURSAL DE COTO MINERO CANTÁBRICO, S.A. en las personas de D. Luis Alberto, D. Candido e INSOLVENCIA AND LEGAL SLP sobre Impugnación de Despido Colectivo.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Jose Luis Gilolmo Lopez,

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Por la representación de los sindicatos UNION GENERAL DE TRABAJADORES y COMISIONES OBRERAS se interpuso demanda conjunta de la que conoció la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias. En el correspondiente escrito, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando se dicte sentencia por la que: "se declare nula o subsidiariamente injustificada la decisión empresarial de despido colectivo, condenando a la demandada a estar y pasar por esta declaración con las consecuencias legales inherentes a la misma".

Segundo.

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

Tercero.

Con fecha 20 de diciembre de 2013 se dictó sentencia por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que desestimamos la demanda de impugnación de despido colectivo interpuesta por los sindicatos UNION GENERAL DE TRABAJADORES DE ASTURIAS Y COMISIONES OBRERAS DE ASTURIAS frente a las empresas ESPATO DE VILLABONA S.A. "COTO MINERO CANTABRICO, S.A." y "UNION MINERA DEL NORTE, S.A. (UMINSA)", y frente a D. Pascual en calidad de administrador concursal de UMINSA y D. Candido, D. Luis Alberto y "Insolvency and Legal S.L.P." en calidad de administradores concursales de CMC SA., y en consecuencia, absolvemos a estos últimos de los pedimentos en ella formulados".

Cuarto.

En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

" 1. La empresa ESPATO DE VILLABONA, S.A. (ESVISA), fue constituida el 27 de julio de 1982, tiene su domicilio social en la C/ Don Quijote n.º3 de Madrid; su capital social es de 3.305.500 euros; se halla completamente desembolsado y su socio único es "HULLAS DE COTO CORTES S.A.". El objeto de la sociedad es la explotación de toda clase de yacimientos de minerales, incluidos hidrocarburos, ya sea en propiedad o en arrendamiento, la comercialización de toda clase de minerales y demás actividades preparatorias, complementarias o relacionadas con las anteriores. Cuenta con una plantilla de 19 trabajadores que han venido prestando servicios de explotación, preparación y mantenimiento de minería en el Grupo Cerredo sito en Degaña, explotación de la que son cotitulares Coto Minero Cantábrico, S.A. (CMC) y UMINSA.

2. La empresa Coto Minero Cantábrico S.A., constituida en 1918, tiene su domicilio social en la C/ Don Quijote n.º 3 de Madrid y su objeto social es la adquisición, obtención y explotación de concesiones mineras de todas clases, de saltos de agua, tranvías, ferrocarriles, el desarrollo de negocios metalúrgicos etc.

De acuerdo con la escritura pública otorgada el día 10 de noviembre de 2008, a partir de dicha fecha la mercantil "MINERO SIDERURGICA DE PONFERRADA S.A." paso a operar en el tráfico jurídico con su actual denominación. Su capital social ascendía 18.801.000 euros, y estaba compuesto por 125.340.00 acciones de 0,15 euros de valor nominal. Las sociedades con una participación directa superior al 10% eran: COMILE S.A. con un 43,48% de participación; RIOSCALSA S.A. con un 24,96% de participación; y UNIVERSAL BEXIMPORT S.A., con un 19,78% de participación. El resto del capital social se reparte entre Caja España de Inversiones, Salamanca y Soria Caja de Ahorros y Monte de Piedad, Mackerel SICAV S.A. y Mariano . Su administrador único es D. Jose Ignacio ".

La sociedad "HULLAS DE COTO CORTES S.A." fue absorbida por fusión el día 11 de septiembre de 2008 por la sociedad "MINERO SIDERURGICA DE PONFERRADA S.A.", siendo autorizado el cambio de la titularidad de las explotaciones mineras de aquella a favor de esta última, por Resolución de la Consejería de Industria y Empleo del Principado de Asturias de fecha 9 de diciembre de 2008, subrogándose la sociedad absorbente en todos los derechos y obligaciones de la sociedad absorbida.

De acuerdo con la escritura pública otorgada el día 10 de noviembre de 2008, a partir de dicha fecha la mercantil "MINERO SIDERURGICA DE PONFERRADA S.A." paso a operar en el trafico jurídico con su actual denominación.

A fecha 31-12-29011 su capital social ascendía 18.801.000 euros, y estaba compuesto por 125.340.00 acciones de 0,15 euros de valor nominal. Las sociedades con una participación directa superior al 10% eran: COMILE, S.A. con un 43,48% de participación; RIOSCALSA, S.A. con un 24,96% de participación; y UNIVERSAL BEXIMPORT, S.A. con un 19,78% de participación. El resto del capital social se reparte entre Caja España de Inversiones, Salamanca y Soria Caja de Ahorros y Monte de Piedad, Mackerel SICAV, S.A. y Bruno.

3. El 1 de junio de 2007 ESVISA y "HULLAS DE COTO CORTES S.A." suscribieron un contrato para la realización de trabajos de preparación de galerías, planos inclinados, labores de reconquista de otras labores antiguas, recuperación de materiales y labores de explotación en los diferentes grupos mineros pertenecientes a la "Unidad de Explotación Grupo Cerredo", en Cerredo-Degaña (Asturias).

Durante los últimos años, las actividades de prestación servicios de explotación, preparación y mantenimiento de minería de la compañía ESVISA, han estado circunscritas, de forma exclusiva, a las explotaciones que la "Unidad de Explotación Grupo Cerredo", tiene en el Principado de Asturias, en la localidad de Cerredo (Degaña).

4. Con fecha 8 de marzo de 2013 la Dirección de la compañía ESVISA comunicó a los trabajadores la apertura de un periodo de consultas encaminado al despido colectivo de los 20 trabajadores de la plantilla que prestaban servicios en el interior del Grupo Minero Cerredo por la concurrencia de causas económicas y productivas, aduciendo como motivo de tal decisión la resolución del contrato acordada de forma unilateral por la empresa principal COTO MINERO CANTABRICO S.A. (CMC SA), con efectos de 1 de enero de 2013, debido a la drástica disminución de las ayudas a la industria minera del carbón para el ejercicio 2012, siendo esta la única empresa con la que venía colaborando de forma exclusiva.

5. Esta decisión empresarial fue impugnada por los sindicatos aquí demandantes recayendo sentencia de la sala de 5 de julio de 2013 declarando la nulidad del despido y la existencia de grupo de empresas entre las tres empresas demandadas en el presente procedimiento.

6. Por auto del Juzgado de lo mercantil núm. 11 de Madrid de fecha 24 de julio de 2013, recaído en el procedimiento de concurso ordinario núm. 416/2013, Uminsa fue declarada en situación de concurso voluntario de acreedores, y por resolución de ese mismo Juzgado de lo mercantil de 17 de septiembre de 2013 fue declarada disuelta y en fase de liquidación la referida mercantil.

7. Por auto del Juzgado de lo mercantil núm. 5 de Madrid de fecha 9 de julio de 2013, recaído en autos de Concurso voluntario ordinario núm. 475/13, la mercantil Coto Minero Cantábrico fue declarada en situación de concurso voluntario de acreedores.

8. Con fecha 13 de setiembre de 2013 la dirección de la empresa Espato de Villabona S.A. comunicó a los trabajadores la apertura de un periodo de consultas encaminado a la extinción de los contratos de los 19 trabajadores de su plantilla que prestaban sus servicios en el centro de trabajo de Cerredo, por el procedimiento de despido colectivo fundado en causas económicas y productivas.

En la memoria explicativa la empresa Espato de Villabona S.A. aducía, como causas económicas y productivas justificativas del despido, haber prestado la empresa servicios de explotación, preparación, mantenimiento y otros servicios de minería, estando durante los últimos años estas prestaciones circunscritas a las explotaciones que Unión Minera del Norte SA (UMINSA) y Coto Minero Cantábrico SA (CMC) tienen en Cerredo. Que durante el año 2010 las compañías eléctricas clientes de UMINSA y CMC denunciaron los contratos de suministro de carbón que ésta tenían con las mismas, suspendiendo de forma total las adquisiciones comprometidas y paralizando de facto su actividad extractiva. Que diversas actuaciones de la anterior Administración Central (como la adquisición por la empresa pública Hunosa de parte de los carbones para constituir el denominado Almacén Estratégico Temporal de Carbón y la publicación del RD de Restricciones por Garantía de Suministros) determinaron que se reanudara la actividad de nuestro cliente durante el año 2011. Que no obstante la política seguida por la nueva Administración central con respecto al carbón nacional ha supuesto que las Ayudas del año 2011 se hayan visto reducidas para Coto Minero Cantábrico (CMC) en un 39% para el año 2011 y en un 63% para el año 2012 y que a fecha actual ni siquiera se haya liquidado su importe, y que para el año 2013 se ha presupuestado una reducción de las ayudas todavía mas acusada con respecto al 2011. Que esta nueva política se complementa con la reducción de las producciones vendibles a las centrales térmicas que en el caso de CMC se han reducido en un 40%. Que ante esta situación CMC el 1 de enero de 2013 comunica a ESVISA que da por terminado el contrato de trabajos que tenían en vigor. Esta situación creada por la nueva política del gobierno respecto del carbón nacional ha supuesto que se haya desarrollado una extraordinaria conflictividad laboral en las plantillas de las empresas mineras entre ellas la de CMC SA y a causa de la misma y de las perspectivas negativas que CMC venía trasladando desde agosto de 2012, ESVISA planteó un ERE suspensivo que se aplico con acuerdo de las partes desde el 24-10-2102 al 23-4-2013 y durante su vigencia CMC y UMINSA comunicaron a ESVISA la imposibilidad de mantener la relación contractual, forzándola a plantear un ERE extintivo el 8-3-13. Que CMC fue declarada en concurso voluntario de acreedores mediante auto de 9-7-13

del Juzgado de lo Mercantil n.º 5 de Madrid . Que el conjunto de estas circunstancias unido a que el problema no afecta únicamente a CMC, la cliente de ESVISA, determinan la imposibilidad de encontrar alternativas para dar ocupación a la plantilla actual de la empresa. Que las vicisitudes relacionadas hacen que la facturación de ESVISA haya pasado de 906.288.000 euros en 2010 a 1.439.264 en 2011, a 935.363 euros en 2012 y a 0 euros a 30 de junio de 2013 no previéndose ingreso alguno en el resto de este ejercicio y que los resultados habían pasado de 305.673,49 euros de beneficios en el año 2010 a 598.806,50 euros de beneficio en el año 2011, a 392.832,74 euros de beneficios en 2012 y a unas pérdidas a 30 de junio de 2013 de 55.820,82 euros.

9. A la comunicación se adjuntaba junto con la memoria explicativa de las causas justificativas del despido colectivo un informe técnico sobre la concurrencia de las causas productivas.

Documentación económica auditada comprensiva de los ejercicios económicos 2010, 2011 y 2012 consistente en: balances, cuentas de pérdidas y ganancias, estado de cambios en el patrimonio, estado de flujos, informe de gestión y un balance de situación y las cuentas provisionales a 31 de mayo del año 2013 firmadas por el Administrador único de la empresa ESVISA Edemiro .

Se acompañaba igualmente un listado con el nombre y la categoría de los trabajadores empleados en el último año. Relación nominal de los trabajadores afectados por el despido colectivo y listado con el número y la categoría de los mismos.

Auto del Juzgado de lo mercantil núm. 5 de Madrid de fecha 9 de julio de 2013, recaído en el procedimiento de concurso ordinario núm.475/2013, declarando en situación de concurso voluntario de acreedores a Coto Minero Cantábrico S.A. y auto del Juzgado de lo mercantil núm. 11 de Madrid de fecha 24 de julio de 2013, recaído en autos de Concurso voluntario ordinario núm. 416/13, declarando en situación de concurso voluntario de acreedores a la mercantil UMINSA.

Se adjuntaba asimismo documentación económica (cuentas anuales de los ejercicios 2010, 2011 y 2012 y provisiones hasta el 30 de junio de 2013) de las empresas "COTO MINERO CANTABRICO S.A.", "UNION MINERA DEL NORTE, S.A (UMINSA)", "EXPLORACIONES Y CONSTRUCCIONES CIVILES S.A.", "ESPATO DE VILLABONA S.A. (ESVISA)", "ENERMISA S.A.", "ROSICAL S.A.", "ROEL HISPANICA S.A.", "MOVIMIENTOS Y EXPLORACIONES INDUSTRIALES", "NORFERSA S.L.", "VENCOVE S.A.", "TRATAMIENTOS Y TRANSFORMACIONES S.L.", así como la resolución judicial declarando en la situación de concurso voluntario de acreedores a "COTO MINERO CANTABRICO" y la solicitud de concurso voluntario de "UMINSA".

10 . La dirección de la compañía y los trabajadores, que carecen de representación legal y acudieron asesorados por los sindicatos USO y SOMA-UGT, celebraron sendas reuniones los días 19 y 26 de septiembre y 3 de octubre de 2013.

En el acta de 19 de septiembre de 2013, la empresa insistió en la persistencia de las causas que motivan la presentación del expediente puesto que los cambios que se han producido desde la fecha de la comunicación lo han sido para peor al haber entrado las dos empresas clientes en al situación de concurso, con la posibilidad de que una de ellas, CMC SA, entrara en fase de liquidación. Los trabajadores manifiestan su deseo de continuar y agotar el periodo de consultas solicitando los asesores que aparezca en el acta que se adeudan a los trabajadores los salarios desde la firmeza de la sentencia que anulo el despido colectivo anterior así como periodos vacacionales.

En el Acta de 26 de septiembre de 2013, la empresa hizo entrega del auto del Juzgado de lo mercantil núm. 5 de 17 de septiembre de 2013 por la que se declaraba disuelta y en fase de liquidación la mercantil "COTO MINERO CANTABRICO S.A.", de suerte que no le queda otra alternativa que la extinción de los contratos. Los trabajadores dejan constancia en el acta de que la empresa ni les da trabajo efectivo ni les paga los salarios.

En el Acta de 3 de octubre de 2013 los trabajadores reiteraron su petición de abono de los salarios pendientes de pago y se oponen totalmente al ERE de extinción ya que entienden que en ningún caso concurren las causa manifestadas por la empresa y la dirección de ESVISA manifestó que está adoptando la única decisión razonable ante la imposibilidad del pago de las nominas y ante la situación de encontrarse en fase ya de liquidación dentro del concurso quien era su cliente Coto Minero Cantábrico SA que es el despido colectivo y se acuerda por ambas partes dar por finalizado el periodo de consultas sin acuerdo entre la empresa y los trabajadores.

11. En el ejercicio 2010 la empresa ESVISA tuvo un resultado negativo de 18.903,15 euros. Su resultado de explotación fue negativo en 19.798,73 euros, ascendiendo su cifra de negocios a 5.911.242,58 euros. En el ejercicio 2011 tuvo un resultado positivo de 99.595,65 euros, siendo su resultado de explotación de 166.545,19 euros y ascendiendo su cifra de negocios a 4.309.923,97 euros. En el ejercicio de 2012 el resultado es negativo en 1.125.875,01 euros; su cifra de negocios había ascendido a 3.610.001,28 y su resultado de explotación de era de signo negativo con 1.140.364 euros.

A 31 de mayo de 2013 las pérdidas del ejercicio se situaban en 622.961,07 euros, con un resultado de explotación igualmente negativo por importe de 621.240,94 euros.

12. La empresa Coto Minero Cantábrico, S.A. en el ejercicio 2010 tuvo un resultado positivo de 945.069,45 euros, siendo su resultado de explotación de 632.059,89 euros y la cifra de negocios de 72.177.862,97 euros. En el ejercicio 2011 tuvo un resultado positivo de 3.359.144,07 euros, ascendiendo su resultado de explotación a

3.974.056,91 euros y la cifra de negocios a 132.800.204, 60 euros. El resultado del ejercicio de 2012 generó unas pérdidas 40.469.226,44 euros, con unos resultados de explotación igualmente negativos de 42.963.034,06 euros y una cifra de negocios de 68.124.612,78 euros.

13. El 1 de marzo de 2013 se publicó en el BOE la Resolución de 22 de febrero de 2013, del Instituto para la Reestructuración de la Minería del Carbón y Desarrollo Alternativo de las Comarcas Mineras, por la que se resuelve la convocatoria de ayudas prevista en la Resolución de 19 de septiembre de 2012 por la que se acuerda: "...Tercero. Denegar las ayudas solicitadas para 2012 al amparo de la Orden ITC/3007/2011, de 3 de noviembre, a la empresa Coto Minero Cantábrico, S.A. por importe de 19.817.161 euros, por incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13.2 e) de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, tal y como se acredita en el certificado negativo de la Tesorería General de la Seguridad Social de fecha 19 de febrero de 2013.

14. La plantilla de la empresa ESVISA asciende a 19 trabajadores estando todos ellos afectados por el despido colectivo y estaban destinados en su totalidad al centro de trabajo de Coto Minero Cerredo (Degaña-Asturias). Diecisiete de ellos son ayudantes mineros y los otros dos son peones.

15. El 4 de octubre de 2013 la empresa ESVISA comunica a la Dirección General de Trabajo del Principado de Asturias la finalización del periodo de consultas sin acuerdo entre las partes. El despido de los trabajadores afectados por el expediente se hizo efectivo el día 18 de octubre de 2013.

16. En la unidad de explotación correspondiente a Coto Minero Cerredo la dirección facultativa era ejercida de forma exclusiva por los técnicos de CMC S.A.; igualmente correspondían a esta misma empresa los vigilantes mineros.

En la explotación de Cerredo "COTO MINERO CANTABRICO S.A." tiene contratadas o subcontratadas como empresas auxiliares, además de ESVISA a CARBOCAL dedicada a la explotación de minas de carbón y otros minerales y ENERMISA SA, dedicada a la explotación de minas y a la construcción y compraventa de bienes inmuebles.

En los tajos, talleres de laboreo y frentes de avance, trabajan de forma conjunta e indistinta los operarios de las dos empresas titulares de la unidad de explotación minera: CMC S.A., UMIMSA, y los pertenecientes a las contratadas CARBOCAL, ESVISA y ENERMISA S.A.

Los vehículos, compresores, herramientas, instalaciones, utillaje y el resto del material afecto a la unidad de explotación pertenecen a la empresa CMC S.A.

El calendario laboral: jornadas, horarios, vacaciones...era común para todas las empresas del Coto Minero Cerredo.

17. Por resolución de 1 de septiembre de 2009 de la Consejería de Industria y Empleo se autorizó la constitución del denominado "COTO MINERO CERREDO", mediante la agregación de las autorizaciones y concesiones que las compañías "UNIÓN MINERA DEL NORTE S.A. (UNIMSA)" Y "COTO MINERO CANTABRICO S.A." poseían en los términos municipales de Degaña y Cangas de Narcea (Asturias).

La sentencia de esta Sala 7 de Junio del 2013, recaída en los autos núm. 21/2013, declaro que el "Coto Minero Cerredo" constituía una agrupación temporal de empresas y que en su condición de tal, aunque carecía de personalidad jurídica propia, tenía la plena consideración de empresario laboral en los términos del Art.1.2 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, esto es, como empresa autónoma, respondiendo ambas sociedades frente a los trabajadores de forma solidaria.

18. Por resolución de 17 de abril de 2013 (procedimiento núm.4/13) de la Sala de lo social del TSJ-Castilla y León (Valladolid), se declaro probado la existencia del grupo de empresas a efectos laborales de las empresas UNION MINERA DEL NORTE S.A. (UMINSA), EXPLOTACIONES Y CONSTRUCCIONES CIVILES S.A, NORFESA, S.L, MOVIMIENTOS Y EXPLOTACIONES INDUSTRIALES, S.L y ROEL HISPÁNICA, S.A había sido declarado por una anterior de aquella misma Sala de 21 de septiembre de 2011 porque, según se informaba en su fundamento de derecho único todas ellas admitieron este hecho aseverado por al recurrente en aquellos autos.

La propia resolución declaraba que el grupo de empresas a efectos laborales, debía extenderse asimismo a las mercantiles ROSICAL S.A., VENCOVE S.A., ENERMISA S.A., CARBOCAL S.A. TRATAMIENTOS Y TRANSFORMACIONES S.L. porque, razonaba en su fundamento de derecho tercero, existe constancia fehaciente que para ellas han prestado sus servicios profesionales de forma sucesiva varios trabajadores.

Por el contrario, dice la Sala, tal circunstancia no se puede predicar respecto de COTO MINERO CANTABRICO S.A y las otras empresas allí codemandadas (Ferpi Transportes y Obras S.L., Minerales del Bierzo, Industrial Cienfuegos S.L., Macnery S.L....) porque aunque había coincidencia en los domicilios sociales y algún administrador común, no se había acreditado la confusión de plantillas, ni un funcionamiento unitario en las organización del trabajo, ni tampoco que se tratara de empresas aparentes.

19. La Inspección de Trabajo emitió informe el 17 de octubre en el que consta que los trabajadores se oponen al expediente manifestando que la empresa ha incumplido la sentencia del despido anterior y al no haberseles permitido trabajar han producido una merma considerable de sus salarios y por su parte la empresa se reafirma en las causas que motivaron el expediente de regulación de empleo".

Quinto.

Contra dicha sentencia se interpuso recurso de casación por la representación procesal del sindicato UNION GENERAL DE TRABAJADORES.

Sexto.

Por providencia de esta Sala de fecha 10 de abril de 2014 se procedió a admitir el citado recurso y, habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar que debe ser improcedente el recurso, e instruido el Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 26 de noviembre, para su debate por la Sala en Pleno, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 197 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO**Primero.**

1. La cuestión a resolver en el presente recurso de casación común consiste en determinar la calificación jurídica que corresponde al despido colectivo de todos los integrantes de la plantilla (19 trabajadores) de la empresa "Espato de Villabona, SA" (ESVISA), auxiliar en la explotación de yacimientos mineros, que en los últimos años ha circunscrito sus actividades a la unidad de explotación denominada "Grupo Cerredo", en la localidad de Degaña (Asturias), por alegadas causas económicas y productivas.

2. La sentencia impugnada, dictada el 20 de diciembre de 2013 por la Sala de lo Social del TSJ de Asturias (autos 53/13), tras declarar probada la relación fáctica que hemos transcrito en su integridad en los antecedentes de esta resolución, y que no resulta cuestionada en el recurso, y después de rechazar minuciosa y razonadamente todos y cada uno de los motivos de oposición articulados en la demanda (inexistencia de causa, ausencia de buena fe en el período de consultas, etc.) declara ajustada a derecho la medida extintiva empresarial y, en consecuencia, desestima la demanda interpuesta conjuntamente por la Unión General de Trabajadores (UGT) y Comisiones Obreras (CCOO) de Asturias, en la que se solicitaba que se declarara nula o, subsidiariamente, no ajustada a derecho aquella medida.

3. Uno de los sindicatos actores (UGT), disconforme con la mencionada sentencia del TSJ de Asturias, interpone el recurso articulando un único motivo de casación, amparado en el art. 207.e) de la LRJS, que denuncia la infracción del art. 124.11 de la LRJS en relación con los arts. 2, 5 y 8 de la Ley 22/2003, Concursal (LC), así como el art. 6.4 del Código Civil y la doctrina jurisprudencial que menciona y transcribe en parte (FJ 2.º STS4ª 12-5-2009, R. 2497/08) e insiste en uno de los motivos de oposición a la decisión empresarial ya rechazados por la resolución impugnada, esto es, en esencia, que, en la tramitación del despido colectivo, el empresario había incurrido en fraude de ley porque no había instado concurso "voluntario" de acreedores.

Segundo.

La cuestión que el recurso plantea, según resume -y por este orden- el propio sindicato recurrente, "queda reducida a determinar si el expediente de regulación de empleo extintivo [el despido colectivo en la denominación legal actual aclaramos nosotros] se acordó en fraude de ley, en cuanto que a los trabajadores se les privó de su derecho a que (...) fuera resuelto dentro de un expediente concursal dado que la mercantil ESVISA incumplió con su obligación de instar el preceptivo concurso voluntario de acreedores, al constar acreditado que las circunstancias o requisitos para instar el anterior lo reunía a fecha 1 de enero de 2013 o, a lo sumo, a 31 de mayo de 2013 según el estado contable aportado por Esvisa al período de consultas".

Según se asegura, "constando acreditado en los autos que la entidad mercantil reunía los requisitos prevenidos en la Ley concursal para su declaración en concurso voluntario de acreedores con anterioridad, incluso, a la fecha de apertura del período de consultas, es evidente que dicha medida extintiva tuvo que ser adoptada dentro de un expediente concursal para así dar efectivo cumplimiento a lo dispuesto en el art. 8 de la Ley 22/2003 que atribuye al Juez de lo Mercantil con carácter exclusivo y excluyente las acciones sociales que tengan por objeto la extinción de los contratos de trabajo y dado que dicha competencia constituye una cuestión de orden público de carácter improrrogable, su infracción [concluye] vicia de nulidad el anterior por mor de lo dispuesto en el art. 124.11 de la Ley 36/2011 [LRJS] al prevenir que <<La sentencia declarará nula la decisión extintiva únicamente cuando el empresario no haya realizado el período de consultas (...) u obtenido la autorización judicial del juez del concurso en los supuestos en que esté legalmente prevista...>>".

De ese modo, al entender del recurrente, se irrogaba a los trabajadores afectados el perjuicio consistente en que las pertinentes indemnizaciones por despido, según sostiene de forma literal, "no tendrán la calificación de créditos contra la masa (ex art. 84.2.5.º [LC]), sino que formarán parte de la masa pasiva con la correlativa calificación de créditos ordinarios, cuyo importe sería satisfecho una vez liquidados los créditos contra la masa y los privilegiados (ex art. 157.1) con cargo a la masa activa de bienes y derechos, hecho que no se produciría en el caso que dicha decisión extintiva hubiera sido adoptada en trámite concursal, puesto que dichas indemnizaciones tendrían la calificación de créditos contra la masa, gozando de preferencia en su liquidación con respecto a los créditos ordinarios".

En definitiva, el recurrente, también de manera literal, considera "evidente el fraude de ley en la conclusión del despido colectivo, en cuanto que el anterior tenía que haberse llevado a cabo dentro de los cauces de un expediente concursal, existiendo, en dicha conducta empresarial, un grado de intencionalidad manifiesto en la utilización desviada de una norma del ordenamiento jurídico para la cobertura de un resultado antijurídico, sustrayendo su tramitación del procedimiento legal -el prevenido en el art. 64 de la Ley 22/2003 -para beneficiarse de un procedimiento más flexible que el precedente al no exigir autorización judicial del juez de lo mercantil, dejando en manos del elemento volitivo empresarial, sin control judicial alguno, cuando lo cierto es que dicha entidad mercantil a fecha de apertura del período de consultas ya tenía todas las condiciones para ser declarada en concurso voluntario de acreedores".

Tercero.

1. El recurso no debe prosperar. Lo primero que conviene aclarar, porque éste es el presupuesto del que parte todo el razonamiento del sindicato recurrente, es la necesidad (o no) de que la entidad mercantil demandada, antes de iniciar los trámites previstos en las leyes laborales para adoptar su decisión extintiva, hubiera tenido que instar, obligatoriamente, el concurso de acreedores. Esa necesidad imperativa ("deberá solicitar", dice el art. 5.1 de la Ley Concursal) sólo está normativamente prevista respecto del deudor que, dentro de un determinado plazo, "hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia" (art. 5.2 LC), añadiendo el propio precepto que "Salvo prueba en contrario, se presumirá que el deudor ha conocido su estado de insolvencia cuando haya acaecido alguno de los hechos que pueden servir de fundamento a una solicitud de concurso necesario conforme al apartado 4 del artículo 2 y, si tratara de alguno de los previstos en su párrafo 4.º, haya transcurrido el plazo correspondiente".

2. Pues bien, reclamando los recurrentes dicha obligación a cargo del empresario demandado, parece claro que, para que tal obligación exista con ese carácter imperativo, al menos desde la perspectiva y a los efectos que aquí y ahora nos interesan, es decir, los del enjuiciamiento y análisis del supuesto fraude de ley que se denuncia, habría resultado imprescindible la demostración, ya fuera siquiera mediante mecanismos indiciarios, de una situación de insolvencia generalizada, esto es, con repercusión sobre otros acreedores distintos de los trabajadores, actual o inminente, de la mercantil implicada.

A falta de dicha acreditación y, por tanto, siendo perfectamente lógico deducir que los únicos acreedores de esa situación de insolvencia "actual o inminente" eran, precisamente, los trabajadores (insistimos, desde la perspectiva del derecho del trabajo que nos es propia y a los efectos del presente litigio), se hace necesario concluir que no resultaba obligatoria para el empresario deudor la iniciación de un procedimiento concursal que, desde luego, en su caso, podrían haber instado los propios trabajadores al amparo de lo previsto en el art. 2.4.4.º de la LC en su posible condición de acreedores de deudas salariales. Así parece entenderlo incluso el propio sindicato recurrente cuando, en varios pasajes de su escrito de formalización, califica como "voluntario" el concurso que, a su entender, debió haber instado la empresa. Y ello al margen, por supuesto, de que los perjuicios a los que alude el recurso en orden a la prelación y/o calificación de sus créditos, de existir, pudieran determinar, en su caso, una acción de responsabilidad contra los administradores de la sociedad demandada (arts. 236 y ss de la Ley de Sociedades de Capital : RD Leg. 1/2010), para cuyo enjuiciamiento, según doctrina tradicional de esta Sala (por todas, SSTS4ª 9-11-1998, R. 2252/98, y 17-1-2000, R. 3978/98), no sería competente éste orden jurisdiccional.

3. En otras palabras, también así lo interesa en preceptivo dictamen del Ministerio Fiscal, en expresiones que ahora hacemos nuestras, cuando afirma que "... en primer lugar no se ha acreditado la existencia de los presupuestos objetivos que requiere el art. 5 de la LC para que exista la obligación de solicitar la declaración de concurso por el deudor" y cuando concluye que "no existe prueba alguna en los presentes autos acerca del conocimiento de la insolvencia o de la existencia de los requisitos para su presunción", sin que de los hechos declarados probados "se pueda deducir ese incumplimiento generalizado del que habla la norma, por lo que no se ha acreditado el deber de solicitar la declaración de concurso, ni tampoco que la empresa haya utilizado de forma torticera la vía del despido colectivo por causas objetivas para evitar la intervención del juez mercantil, lo que hace decaer la posibilidad de fraude".

4. Faltando, pues, el presupuesto básico sobre el que pretende asentarse la pretensión impugnatoria del recurrente, el motivo y el recurso entero, como ya adelantamos, ha de ser desestimado, sin que, por otra parte, en fin, conste tampoco el más mínimo indicio de fraude de ley, en los términos que viene siendo exigido por nuestra constante jurisprudencia (pueden verse, por todas, las SSTSA⁴ 12-5-2009, R. 2497/08, y 10-12-2013, R. 3002/12), que pudiera conducir a la declaración de nulidad que se postula, tal como concluyó con acierto la sentencia impugnada en la parte final de su FJ 4.º.

5. Es verdad que el art. 124.11 de la LRJS, en la redacción dada por el RDL 11/2013, que, igual que la dada luego por la Ley 1/2014, en ambos casos, se aplica a los despidos colectivos "que se inicien a partir del 4 de agosto de 2013" [en nuestro caso el período de consultas se inició el 13-9-2013]), contempla como una de las causas de nulidad del despido colectivo que "...el empresario...no haya...obtenido la autorización [sic] del juez del concurso en los supuestos en que esté legalmente prevista"; pero, con independencia de que la norma parezca estar refiriéndose sobre todo a las empresas ya concursadas cuando toman la decisión extintiva (pueden existir dudas sobre si la referencia a la "previsión legal" alude a la hipotética obligatoriedad de instar el concurso o simplemente a la necesaria intervención [que no la "autorización" a la alude literalmente la LRJS] del juez del concurso ya en trámite para determinar "lo que proceda conforme a la legislación laboral": art. 64.7 LC), como más arriba dejamos razonado, en este caso, ni tan siquiera podemos aceptar que estuviera legalmente prevista la iniciación obligatoria del concurso por parte de la mercantil demandada.

6. La presente solución no se aparta, sino todo lo contrario, de la reciente doctrina del Pleno de esta Sala, conforme a la cual, en síntesis y con cita de distintas resoluciones de la Sala de conflictos entre el orden civil y el social, compete al orden social de la jurisdicción conocer de la demanda de despido colectivo previa a la declaración del concurso y dirigida también contra empresas del grupo que no se hallaban en concurso: STS 4ª 22/9/2014, R. 314/13 .

7. De conformidad con todo cuanto se deja expuesto, y sin necesidad de que nos pronunciemos sobre la calificación y/o prelación de los créditos a los que alude el recurrente, cuestión ésta, desde luego, de la competencia exclusiva y excluyente del juez del concurso cuando éste haya sido acordado, procede, como así mismo habíamos adelantado, desestimar el recurso y confirmar, también por sus propios y acertados fundamentos, la sentencia impugnada.

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

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación interpuesto por el Letrado Don José María Gutiérrez Álvarez, en nombre y representación del Sindicato Unión General de Trabajadores de Asturias, contra la sentencia de fecha 20 de diciembre de 2013 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en autos núm. 53/2013 seguidos a instancia de UNION GENERAL DE TRABAJADORES y COMISIONES OBRERAS de ASTURIAS, frente a ESPATO VILLABONA, S.A.; UNION MINERA DEL NORTE, S.A. (UMINSA); ADMINISTRACION CONCURSAL DE AMINSA, en la persona de D. Pascual ; COTO MINERO CANTÁBRICO, S.A.; COTO MINERO CANTÁBRICO EN LIQUIDACION y ADMINISTRACION CONCURSAL DE COTO MINERO CANTÁBRICO, S.A. en las personas de D. Luis Alberto, D. Candido e INSOLVENCIA AND LEGAL SLP . Confirmamos la sentencia recurrida. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al Organismo Jurisdiccional 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.

Jesus Gullon Rodriguez Fernando Salinas Molina Maria Milagros Calvo Ibarlucea Luis Fernando de Castro Fernandez Jose Luis Gilolmo Lopez Maria Luisa Segoviano Astaburuaga Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana Rosa Maria Viroles Piñol Maria Lourdes Arastey Sahun Manuel Ramon Alarcon Caracuel Miguel Angel Luermo Millan Antonio V. Sempere Navarro Jesus Souto Prieto

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

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.