

Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia 84/2019 de 1 Feb. 2019, Rec. 7/2018

Ponente: Calvo Ibarlucea, Milagros.

CASACION núm.: 7/2018

Ponente: Excm. Sra. D.^a Maria Milagros Calvo Ibarlucea

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Margarita Torres Ruiz

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 84/2019

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jesus Gullon Rodriguez, presidente

D. Fernando Salinas Molina

D.^a. Maria Milagros Calvo Ibarlucea

D.^a. Maria Lourdes Arastey Sahun

D. Angel Blasco Pellicer

En Madrid, a 1 de febrero de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por el letrado D. Alfonso Suárez Migoyo en nombre y representación de Pelican Rouge Coffee Solutions, S.A.U. (antes Autobar Spain, S.A.U.) contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid fecha 25 de octubre de 2017 en autos nº 121/2017 seguidos a instancias de la empresa Pelican Rouge Coffee Solutions, S.A.U. antes (Autobar Spain, S.A.U.) contra Servicio Público de Empleo Estatal (Ministerio de Empleo y Seguridad Social sobre impugnación de actos administrativos.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Maria Milagros Calvo Ibarlucea.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el letrado D. Alfonso Suárez Migoyo en nombre y representación de Pelican Rouge Coffee Solutions, S.A.U. (antes Autobar Spain, S.A.U.) mediante escrito de fecha 31 de enero de 2017 presentó demanda ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaron de aplicación, terminaban suplicando que se acuerde, en tanto no recaiga resolución judicial firme, la suspensión de la resolución de la Dirección General del Servicio Público de Empleo Estatal de fecha 21 de enero de 2016, por la que se declaró definitiva la liquidación provisional emitida por la citada Dirección General el anterior 1 de diciembre de 2015, fijando en 612.017,64 euros la aportación económica derivada del Expediente de Regulación de Empleo, número NUM000 , existiendo ya caución suficiente mediante aval bancario asegurador del principal e intereses, admitido como suficiente por la propia Administración recurrida.

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

TERCERO.- Con fecha 25 de octubre de 2017, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: FALLO: "Que, desestimando la demanda interpuesta por AUTOBAR SPAIN, S.A.U. contra el SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL (MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL), debemos confirmar y confirmamos la resolución impugnada."

CUARTO.- En la anterior sentencia se declararon probados los siguientes hechos, que se transcriben según constan en la recurrida, si bien pueda contener algunas erratas menores de fácil subsanación e irrelevantes a los fines de la resolución de los presentes recursos de casación: "PRIMERO: El 18 de noviembre de 2011 las empresas "Autobar Spain SAU", "Servicios de Venta Automática SAU" (SERVENTA), "Distribución y Explotación de Máquinas del Norte, SAU (DEMAN), Servicio de Vending y Distribución SLU, (SVD), "Euvesa Vending SLU" (EUVESA), y "Trebe Vending SLU", iniciaron formalmente la tramitación del ERE nº NUM000 , por causas económicas y organizativas, al amparo de los artículos 51 ET y 5 RD 801/2011 , por el que se autorizó, en Resolución de la Dirección General de Empleo de 10 de enero de 2012, la extinción de las relaciones laborales de 120 trabajadores pertenecientes a las distintas empresas relacionadas y que a su vez conformaban los Grupos de Empresa "AUTOBAR SPAIN " y "SERVENTA".

SEGUNDO: Los antecedentes de los Grupos de Empresa "AUTOBAR SPAIN" y "SERVENTA" hasta el momento de formular el referido ERE fueron los siguientes:

GRUPO DE EMPRESAS AUTOBAR EN ESPAÑA 2009:

ACORN SPAIN, S.L.: 100% , NORMATIC SPAIN, S.L. 99% , AUTOBAR SPAIN, S.A.. 99% , AUTOBAR NORTE, S.A.. 100% , NORDIC SOCIAL CONSULTING, S.L. 100% GMC VENDING ZARAGOZA, S.L.

Tras diversas operaciones mercantiles de fusión y absorción quedó de la siguiente manera:

GRUPO DE EMPRESAS AUTOBAR EN ESPAÑA 2010:

ACORN SPAIN, S.L.: 99% , AUTOBAR NORTE, S.A. 99%, NORDIC SOCIAL CONSULTING, S.L. 100%.

Por lo que respecta a SERVENTA hasta julio de 2011:

GRUPO DE EMPRESAS SERVENTA EN JULIO 2011:

Servicio de Venta Automática, S.A.U. (SERVENTA, S.A.U.):

100% DEMAN,S.A.U., SVD, S.LU. , EUVESA VENDING, S.L.U., PT.VENDING, S.L.U., y TREBE VENDING, S.L.U.

En fecha 21 de julio "Acorn Spain, SLU, sociedad matriz del Grupo Autobar, adquirió el 100% del capital social de Servicio de Venta Automática, S.A.U. (SERVENTA).

Por tanto la situación empresarial quedó a partir de noviembre de 2011 de la siguiente manera:

GRUPO DE EMPRESAS AUTOBAR SPAIN EN ESPAÑA A PARTIR DE NOVIEMBRE DE 2011:

ACORN SPAIN, S.L.U: 99% AUTOBAR SPAIN, S.A., 99% AUTOBAR NORTE, S.A. y 100% NORDIC SOCIAL CONSULTING, S.L.

TERCERO.- Antes de iniciarse la tramitación del referido ERE, durante la tramitación del mismo y después de la autorización antes citada, la demandante ha formado parte, como lo sigue haciendo ahora, del Grupo de Empresas Autobar Spain.

CUARTO.- De conformidad con la Disposición Transitoria Segunda del RD 1484/2012 de 29 octubre, la Dirección General de Empleo certificó el 4 de diciembre de 2013 que en el procedimiento de despido colectivo 315/2011 concurrían las circunstancias establecidas en el apartado 1 de la DA decimosexta de la ley 27/11 , lo que motivó que el 1 de diciembre de 2015 la Dirección General del Servicio Público de Empleo Estatal acordase emitir propuesta de liquidación frente a la demandante por importe de 612.017,64 euros, relativo al período comprendido entre el

1 de enero y el 31 de diciembre de 2014 en concepto de aportación económica derivada del procedimiento de despido colectivo iniciado el 18 de noviembre de 2011.

QUINTO.- La ahora demandante formuló alegaciones contra la propuesta de liquidación mencionada el día 21 de diciembre de 2015, y por la Dirección General del SEPE se dictó nueva resolución el 21 de enero de 2016 declarando definitiva la liquidación provisional por el importe citado relativa a la anualidad de 2014.

SEXTO.- La actora interpuso recurso de alzada el 26 de febrero de 2016, ante la Exma. Sra. Ministra de Empleo y Seguridad Social, contra la resolución de la Dirección General del SEPE, previa constitución de aval bancario solidario que garantiza el pago de la aportación, pidiendo que se dejase sin efecto la resolución impugnada.

SÉPTIMO.- En fecha 20 de mayo de 2016 la Subdirección General de Recursos de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Empleo y Seguridad Social dictó Oficio advirtiendo' que en la resolución de 21 de enero de 2016, objeto del recurso de alzada, se habían considerado por error los ejercicios económicos 2009 y 2010 a los efectos de la referida aportación económica, cuando los que deberían ser considerados eran los ejercicios 2010 y 2011, añadiendo el Oficio que dicho error en nada afectaba a la obligación, que se mantenía, toda vez que los resultados de los nuevos ejercicios seguían siendo positivos.

OCTAVO.- Por resolución de fecha 4 de noviembre de 2016 se acordó desestimar el recurso; de alzada y confirmar la resolución recurrida, notificándosela a la demandante el 1 de diciembre de 2016."

QUINTO.- Por la parte recurrente, se interpuso recurso de Casación, ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, amparado en lo dispuesto en el artículo 207 e), de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , siendo su objetivo denunciar la infracción de las normas del ordenamiento jurídico que deben ser aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate.

SEXTO.- Por providencia de esta Sala, se procedió a admitir a trámite el citado recurso, y evacuado el trámite de impugnación, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar la improcedencia del recurso. E instruida la Excma. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 31 de enero de 2019, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Pelican Rouge Coffee Solutions S.A.U (antes Autobar Spain SAU) inició el 18 de noviembre de 2011 la tramitación del ERE N° NUM000 por causas económicas y organizativas , autorizándose por resolución de la Dirección General de empleo de 10 de enero de 2012 la extinción de la relación laboral de un número de trabajadores al que se unía el de otros pertenecientes a distintas empresas del grupo .

La Dirección General del Servicio Público de Empleo Estatal acordó emitir propuesta de liquidación frente a la demandante por importe de 612.017,64 €, relativo al periodo comprendido entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2014 , en concepto de aportación económica derivada del anterior procedimiento , declarada definitiva por resolución de 21 de enero de 2016. Al resolver el recurso de alzada el Ministerio de Empleo y Seguridad Social dictó oficio advirtiendo que en la resolución de 21 de enero de 2016 se había considerado por error los ejercicios económicos de 2009 y 2010 a los efectos de la referida aportación económica , cuando los que se debería haber considerado eran los ejercicios de 2010 y 2011 , añadiendo que dicho error en nada afectaba a la obligación que se mantenía , toda vez que los resultados de los nuevos ejercicios seguían siendo positivos.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid desestimó la demanda al entender que si el grupo de empresas tuvo pérdidas pero la empresa individualmente considerada tuvo beneficios se cumpliría el primero de los supuestos contemplados en el Disposición Adicional

décimosexta de la Ley 27/2011 y tampoco achacar falta de motivación ni variación de los hechos a causa del error detectado en las fechas de los sucesivos ejercicios ni modificación de la cuantía por tal concepto.

SEGUNDO.- La empresa recurre en casación al amparo del artículo 207 e) de la ley de la Jurisdicción Social , L J S , alegando un único motivo con objeto de denunciar la infracción de la Disposición Adicional Décimo sexta de la ley 27/2011 de 1 de agosto en su apartado 1, letra c, en su redacción vigente en la fecha de tramitación del Expediente de Regulación de Empleo N° NUM000 y autorización del mismo por la Dirección General de Empleo del Ministerio de Empleo y Seguridad Social el 10 de enero de 2012.

También considera que existe infracción, por interpretación errónea del artículo 2., apartado 1.c 9 del Real Decreto 1484/2012 de 29 de octubre , que entró en vigor con posterioridad a la autorización del ERE objeto del recurso, al ser publicado el 30 de octubre de 2012.

Censura la recurrente que la sentencia afirma en el tercero de sus fundamentos de Derecho que con arreglo a la norma de aplicación la aportación se realice en dos supuestos, algo que no se recoge en la redacción original, en interpretación de la recurrente, vigente en la fecha de iniciación o autorización del expediente, puesto que en aquel momento , el apartado 1.c) tenía la siguiente redacción :

"C) Que, aun concurriendo las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que lo justifiquen y la razonabilidad de la decisión extintiva, las empresas o el grupo de empresas del que forme parte hubieran tenido beneficio en los dos ejercicios anteriores a la autorización del expediente de regulación de empleo. A estos efectos, se considera que una empresa ha tenido beneficios cuando el resultado del ejercicio, tal como se define en el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad, sea positivo."

TERCERO.- La Abogacía del Estado opone en su escrito de impugnación la falta de contenido casacional por traer la parte actora a esta excepcional vía de recurso los mismos planteamientos que ya fueron aducidos por ella en la instancia acerca de la falta de cumplimiento del requisito de que la empresa hubiera obtenido beneficios, lo que es debatido en la sentencia.

Aun cuando es cierto que la recurrente sostiene los planteamientos iniciadores del litigio no lo es menos que formalmente aduce motivación jurídica, la interpretación por la sentencia de la norma aplicable.

CUARTO.- El debate iniciado se ciñe a resolver acerca de la norma aplicable a las consecuencias de una regularización de empleo cuyo expediente se inicia el 18 de noviembre de 2011 y culmina el 10 de enero de 2012 con la Resolución de la Dirección General de Empleo que autoriza la extinción de 120 parte de los cuales corresponden a la demandante y parte a otras empresas del grupo.

La sentencia recurrida considera de aplicación el apartado 1.c) de la Disposición Adicional Décimo sexta de la L 27/2011 de 2 de agosto, cuyo tenor literal es el siguiente:

c) Que, aun concurriendo las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que justifiquen el despido colectivo, se cumpla alguna de las dos condiciones siguientes:

1.ª Que las empresas o el grupo de empresas del que formen parte hubieran tenido beneficios en los dos ejercicios económicos anteriores a aquél en que el empresario inicia el procedimiento de despido colectivo.

La primera cuestión a decidir es por lo tanto acerca de la norma aplicable y para ello hemos de estar al mandato contenido en el apartado 10 de la disposición Adicional Décimo sexta de la L 27/2011:

"lo previsto en esta Disposición será de aplicación a los procedimientos de despido colectivo iniciados a partir del 27 de abril de 2011".

La citada disposición elimina toda duda acerca de cual sea la norma aplicable al expediente colectivo del que traen causa las actuaciones.

Resta valorar la censura que se formula ante la interpretación que la sentencia lleva a cabo de la Disposición Adicional Décimo sexta de la L 27/2011 de 2 de agosto cuyo tenor literal es el siguiente:

"1. Las empresas que realizan despidos colectivos de acuerdo con lo establecido en el artículo 51 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores , aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, deberán efectuar una aportación económica al Tesoro Público, siempre que concurren las siguientes circunstancias:

a) Que los despidos colectivos sean realizados por empresas de más de 100 trabajadores o por empresas que formen parte de grupos de empresas que emplean a ese número de trabajadores.

b) Que el porcentaje de trabajadores despedidos de cincuenta o más años de edad sobre el total de trabajadores despedidos sea superior al porcentaje de trabajadores de cincuenta o más años sobre el total de trabajadores de la empresa. A los efectos del cálculo del porcentaje de trabajadores despedidos de cincuenta o más años sobre el total de trabajadores despedidos, se incluirán los trabajadores afectados por el despido colectivo y aquellos cuyos contratos se hayan extinguido por iniciativa de la empresa en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de los previstos en el artículo 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores , siempre que dichas extinciones de contratos se hayan producido en los tres años anteriores, con el límite del 27 de abril de 2011, o en el año posterior al inicio del procedimiento de despido colectivo.

A los efectos del cálculo del porcentaje de trabajadores de cincuenta o más años sobre el total de trabajadores de la empresa, se tendrá en cuenta la plantilla de la empresa a la fecha de inicio del procedimiento de despido colectivo.

c) Que, aun concurriendo las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que justifiquen el despido colectivo, se cumpla alguna de las dos condiciones siguientes:

1).- Que las empresas o grupos de empresas del que formen parte hubieran tenido beneficios en los dos ejercicios económicos consecutivos dentro del período comprendido entre el ejercicio económico anterior a la fecha del inicio del procedimiento de despido colectivo.

2).- Que las empresas o el grupo de empresas de que forman parte obtengan beneficios en al menos dos ejercicios económicos consecutivos dentro del período comprendido entre el ejercicio económico anterior a la fecha de inicio del procedimiento de despido colectivo y los cuatro ejercicios económicos posteriores a dicha fecha.

La lectura del precepto describe la imposición de la obligación que se discute o bien cuando la empresa o el grupo al que pertenecen hubieran tenido beneficios en los dos ejercicios económicos anteriores al ejercicio en el que se inicia el despido haciendo de igual condición a la empresa individualizada y al grupo de empresas (punto 1º) o bien, y de nuevo en forma disyuntiva que la empresa, individualmente considerada o el grupo hayan obtenido beneficios, esta vez en dos ejercicios consecutivos entre el ejercicio anterior y los cuatro posteriores.

En ambos casos la conjunción empleada "ó" incorpora al texto la noción de dos valores por separado, el valor empresa con beneficios y el valor grupo de empresas con beneficios.

Verificado, a tenor del incombato relato fáctico el alcance de los resultados económicos, positivos para la parte actora, al reproducir la recurrida el texto íntegro que incluye la declaración de hechos probados de anterior sentencia confirmada por la STS de 17 de noviembre de 2016 (Rec. 51/2016), la conclusión a la que debemos acceder es la que anticipábamos al examinar con el análisis del tenor literal del precepto, que por otra parte, como señala la Abogacía del Estado en su escrito de impugnación se reitera en posteriores redacciones, RDL 5/2013 de 15 de marzo, RDL 16/2013 de 2 de diciembre.

Dicha interpretación es conforme, además con la ya establecida en la anterior sentencia de esta Sala a la que ya se ha hecho referencia de 17 de noviembre de 2016 (Rec. 51/2016), y las posteriores de 29-3-2017 (Rec. 133/2016) y 31-10-2017 (Rec. 235/2016), a cuya doctrina hemos de estar por razones de homogeneidad y seguridad jurídicas y cuya fundamentación en parte reproducimos a continuación:

"Centrado que el objeto del recurso es la correcta interpretación del apartado 1-c en la Adicional Decimosexta de la Ley 27/2011, procede recordar el contenido de esa disposición al tiempo de iniciarse el expediente de regulación de empleo que nos ocupa el 18 de noviembre de 2011, que finalizó por resolución aprobatoria del mismo el 10 de enero de 2012. La citada disposición en esas fechas establecía que las empresas que realizaran despidos colectivos deberían efectuar una aportación económica al Tesoro Público siempre que concurrieran ciertas circunstancias entre las que por lo que aquí interesa se encontraba la siguiente: "c) Que, aun concurriendo las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que los justifiquen, las empresas o el grupo del que formen parte hubieran tenido beneficios en los dos ejercicios económicos anteriores a aquel en que el empresario inicia el procedimiento de despido colectivo". Esta redacción se encontraba vigente cuando se inició el expediente el 18 de noviembre de 2011, conforme al nº 10 de la citada Disposición Adicional en la redacción que le dieron el RDL 3/2012 y la Ley 3/2012 y continuó en vigor hasta el 1 de enero de 2013, lo que hace que sea aplicable al caso que nos ocupa, al igual que el RD 1484/2012, de 29 de octubre en virtud de lo ordenado en la transitoria primera del mismo. Más aún, esa redacción sigue en vigor tras posteriores reformas que han mantenido la esencia de esa condición y aumentado los supuestos en que la empresa debe efectuar aportaciones económicas al Tesoro Público. En la actualidad, desde el 1 de enero de 2013, conforme a su nº 14, la Adicional Decimosexta que nos ocupa dice en su número 1, apartado c): "c) Que, aun concurriendo las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que justifiquen el despido colectivo, se cumpla alguna de las dos condiciones siguientes:

1.ª Que las empresas o el grupo de empresas del que formen parte hubieran tenido beneficios en los dos ejercicios económicos anteriores a aquél en que el empresario inicia el procedimiento de despido colectivo.

2.ª Que las empresas o el grupo de empresas del que formen parte obtengan beneficios en al menos dos ejercicios económicos consecutivos dentro del periodo comprendido entre el ejercicio económico anterior a la fecha de inicio del procedimiento de despido colectivo y los cuatro ejercicios económicos posteriores a dicha fecha.

A estos efectos, se considera que una empresa ha tenido beneficios cuando el resultado del ejercicio, tal y como se define en los modelos de cuentas anuales de pérdidas y ganancias, tanto normal como abreviada, recogidos en el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad, o en la normativa contable que sea de aplicación, sea positivo.

A los efectos previstos en esta disposición resultará de aplicación el concepto de grupo de empresas establecido en el artículo 42.1 del Código de Comercio, si bien para la determinación del resultado del ejercicio solo se tendrán en cuenta los resultados obtenidos en España por las empresas que lo integren".

Sentado lo anterior deben rechazarse, cual informa el Ministerio Fiscal, las alegaciones de la recurrente relativas a que la sentencia recurrida aplica por error la norma posterior, la vigente a partir de 2013, ya que, una simple lectura del Fundamento de Derecho Quinto de la misma nos muestra que aplica la redacción vigente en 2011 y 2012. Además, el supuesto error, caso de existir, sería inocuo porque en su actual redacción uno de los supuestos en los que la empresa debe hacer aportaciones al Tesoro sigue siendo aquél en el que "las empresas o el grupo de empresas del que formen parte hubieran tenido beneficios en los dos ejercicios económicos anteriores a aquel en el que se inicia el procedimiento del despido colectivo".

Tampoco cabe aceptar las alegaciones relativas a que ese precepto debe entenderse en el sentido de que no procede aportación alguna cuando el grupo de empresas en su conjunto arroja pérdidas. En efecto, como la conjunción "o" es disyuntiva, debe entenderse que basta con que la empresa que hace el despido colectivo o el grupo al que pertenece tengan beneficios para que la obligación de aportar al Tesoro nazca, cual ocurrió en el presente caso en el que la recurrente obtuvo beneficios en los dos años anteriores al inicio del ERE el 18 de noviembre de 2011.

Es cierto que el Grupo Autobar tenía pérdidas que trataron de solucionarse mediante el despido colectivo y la fusión con la recurrente de las empresas en pérdidas, con lo que el Grupo acababa teniendo pérdidas al consolidar las cuentas. Pero ello no nos puede hacer olvidar que la recurrente si obtuvo beneficios durante los dos años anteriores a la fusión y al despido colectivo, con lo que en ella concurría el requisito establecido para el nacimiento del deber que nos ocupa, ya que, la recurrente obtuvo beneficios en los dos años anteriores a las fusiones y absorciones que realizó conservando su personalidad."

Por lo expuesto y de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal procede la desestimación del recurso con imposición de las costas a la parte recurrente así como la pérdida del depósito constituido para recurrir.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido: Desestimar el recurso de casación interpuesto por el letrado D. Alfonso Suárez Migoyo en nombre y representación de Pelican Rouge Coffee Solutions, S.A.U. (antes Autobar Spain, S.A.U.) contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid fecha 25 de octubre de 2017 en autos nº 121/2017 . Con imposición de las costas a la parte recurrente así como la pérdida del depósito constituido para recurrir.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.