



# AUDIENCIA NACIONAL

## Sala de lo Social

Secretaria D<sup>a</sup>. MARTA JAUREGUIZAR SERRANO

SENTENCIA N<sup>o</sup>: 68/2018

**Fecha de Juicio:** 22/3/2018

**Fecha Sentencia:** 30/4/2018

**Fecha Auto Aclaración:**

**Tipo y núm. Procedimiento:** DESPIDO COLECTIVO 0000369 /2017

**Ponente:** D<sup>a</sup> EMILIA RUIZ-JARABO QUEMADA

**Demandante/s:** UNION SINDICAL OBRERA

**Demandado/s:** AIR BERLIN PLC & CO. LUFTVERKEHRS KG  
SUCURSAL EN ESPAÑA, AIR BERLIN PLC & CO.  
LUFTVERKEHRS KG, AIR BERLIN PLC,  
LUFTHANSA GERMAN AIRLINES, EASYJET  
AIRLINE COMPANY LIMITED, UGT, FOGASA,  
ADMOR. CONCURSAL AIR BERLIN PLC LUCAS  
FLOTHER, ADMOR CONCURSAL AIR BERLIN  
PLC & CO. LUFTVERKEHRS LUCAS FLOTHER

**Resolución de la Sentencia:** ESTIMATORIA PARCIAL

**Breve Resumen de la Sentencia:** *Despido colectivo: nulidad. Declaración de concurso de una empresa por un tribunal alemán que dispone en España de una sucursal o establecimiento secundario. Será posible siempre que concurren los restantes requisitos, la declaración de un concurso territorial que habrá de proyectarse sobre la empresa y no sobre su sucursal en España que no existe como ente con personalidad, se declara el despido nulo al no constar que la empresa matriz haya abierto un concurso territorial en España con la finalidad de haber obtenido la autorización judicial del juez del concurso, pese a estar el supuesto legalmente previsto. Además, La falta de información pertinente en el proceso negociador impide que los representantes de los trabajadores puedan valorar las propuestas y que el período de consulta logre adecuadamente sus fines (FJ 5 y 6).*



## AUD.NACIONAL SALA DE LO SOCIAL

-  
GOYA 14 (MADRID)  
Tfno: 914007258

Equipo/usuario: BLM

NIG: 28079 24 4 2017 0000389  
Modelo: ANS105 SENTENCIA

### **DCO DESPIDO COLECTIVO 0000369 /2017**

Procedimiento de origen: CCO CONFLICTOS COLECTIVOS 0000369 /2017  
Sobre: DESPIDO COLECTIVO

Ponente Ilma. Sra: D<sup>a</sup> EMILIA RUIZ-JARABO QUEMADA

### **SENTENCIA 68/2018**

ILMO. SR.PRESIDENTE:  
D. RICARDO BODAS MARTÍN

ILMOS/AS. SRES./SRAS. MAGISTRADOS/AS :  
D<sup>a</sup>. EMILIA RUIZ-JARABO QUEMADA  
D. RAMÓN GALLO LLANOS

En MADRID, a treinta de abril de dos mil dieciocho.

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

### **EN NOMBRE DEL REY**

Han dictado la siguiente

### **SENTENCIA**

En el procedimiento DESPIDO COLECTIVO 0000369 /2017 seguido por demanda de UNION SINDICAL OBRERA (letrada D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Eugenia Moreno Díaz) contra AIR BERLIN PLC & CO. LUFTVERKEHRS KG SUCURSAL EN ESPAÑA (letrado D. Ignacio Sampere), EASYJET AIRLINE COMPANY LIMITED (letrado D. Mariano Coello), AIR BERLIN PLC & CO. LUFTVERKEHRS KG (letrado D. Ignacio Sampere), AIR BERLIN PLC (letrado D. Jose Francisco Margarit), LUFTHANSA GERMAN AIRLINES (letrado D. Fernando van Carstenn-Lichterfelde), UGT (letrada D<sup>a</sup> Cristina Cortés), FOGASA (no comparece), ADMOR. CONCURSAL AIR BERLIN PLC LUCAS FLOTHER (no comparece), ADMOR CONCURSAL AIR BERLIN PLC & CO. LUFTVERKEHRS LUCAS FLOTHER (no comparece) sobre DESPIDO



COLECTIVO. Ha sido Ponente la Ilma. Sra. Dña. EMILIA RUIZ-JARABO QUEMADA.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero.-** Según consta en autos, el día 6 de diciembre de 2017 se presentó demanda por D<sup>a</sup> María Eugenia MORENO DÍAZ, Letrado del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, en nombre y representación de UNIÓN SINDICAL OBRERA (USO), contra, AIR BERLIN PLC & CO. LUFTVERKEHRS KG SUCURSAL EN ESPAÑA, AIR BERLIN PLC & Co. LUFTVERKEHRS KG, D. LUCAS F.FLOTHER, ANDREAS WISSING, AIR BERLIN PLC, LUFTHANSA GERMAN AIRLINES AG, EASYJET AIRLINE COMPANY LIMITED, FONDO DE GARANTÍA SALARIAL y, como interesados, UGT, sobre IMPUGNACION DE DESPIDO COLECTIVO.

**Segundo.-** La Sala designó ponente señalándose el día 20 de febrero de 2018 para los actos de conciliación y, en su caso, juicio.

**Tercero.-** En fecha 29 de enero de 2018 se presentó escrito por el letrado representante de AIR BERLIN PLC & CO. LUFTVERKEHRS KG SUCURSAL EN ESPAÑA manifestando que con fecha 1 de noviembre de 2017 fue declarado en concurso de acreedores la codemandada AIR BERLIN PLC & Co. LUFTVERKEHRS KG, y es a partir de esa fecha cuando se inicia el procedimiento de insolvencia como consecuencia del sobreendeudamiento en virtud del artículo 3 párrafo primero del Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2015 sobre procedimientos de insolvencia.

Se adjunta a la resolución del Tribunal de Primera Instancia de Charlottenburg por la que se determina la declaración de concurso de acreedores de la sociedad.

En consecuencia, la codemandada AIR BERLIN PLC & CO. LUFTVERKEHRS KG SUCURSAL EN ESPAÑA, por ser parte integrante de la sociedad indicada en el párrafo anterior, declarada el concurso por el citado tribunal, se encuentra-dicha sucursal en España-, igualmente en situación legal de concurso de acreedores.

Por diligencia de ordenación de 29 de enero de 2018 se dio traslado a la parte actora y se le requirió a fin de que ampliara la demanda presentada en su día contra los administradores concursales.

Con fecha 5 de febrero de 2018 se presentó escrito por la parte actora acordándose por diligencia de ordenación de 6 de febrero siguiente tener por ampliada la demanda contra, D. LUCAS F.FLOTHER y ANDREAS WISSING como administradores concursales en el procedimiento de insolvencia sobre bienes de AIR BERLIN PLC & Co. LUFTVERKEHRS KG .

**Cuarto.-** El 20 de febrero de 2018 las partes solicitan de común acuerdo a la suspensión de los actos señalados para dicho día, la parte demandante ampliar la demanda frente al D. LUCAS F. FLOTHER como administración concursal de AIR BERLIN PLC & Co. LUFTVERKEHRS KG, a la vista de las manifestaciones efectuadas se acuerda la suspensión de los actos señalados señalándose nueva fecha para los actos de conciliación en su caso juicio el día 22 de marzo de 2018.

**Quinto.-** Llegado el día señalado tuvo lugar la celebración del acto del juicio en el que la parte demandante, se afirmó y ratificó en su demanda, solicitando que se dicte sentencia por la que se declare la NULIDAD DEL DESPIDO COLECTIVO, condenando a las empresas a la readmisión de los trabajadores y al abono de los salarios de tramitación devengados hasta la misma, y subsidiariamente, lo declare NO AJUSTADO A DERECHO, condenando a la empresa a estar y pasar por dicha declaración.

FOGASA, y D. LUCAS F. FLOTHER, no comparecieron al acto del juicio, pese a constar citados en legal forma.

El letrado de AIR BERLIN PLC & CO. LUFTVERKEHRS KG SUCURSAL EN ESPAÑA y de AIR BERLIN PLC & Co. LUFTVERKEHRS KG, se opone a la demanda, todo ello en los términos que resultan del acta de juicio y de la grabación de la vista oral.

El letrado de AIR BERLIN PLC, alegó la excepción de falta de legitimación pasiva y, en cuanto al fondo, se opone a la demanda, todo ello en los términos que resultan del acta de juicio y de la grabación de la vista oral.

El letrado de LUFTHANSA GERMAN AIRLINES AG, alegó la excepción de falta de legitimación pasiva y de defecto legal en el modo de proponer la demanda.

El letrado de EASYJET AIRLINE COMPANY LIMITED, alegó la excepción de falta de legitimación pasiva y de defecto legal en el modo de proponer la demanda, y, en cuanto al fondo, se opone a la demanda, todo ello en los términos que resultan del acta de juicio y de la grabación de la vista oral.

**Sexto.-** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 85.6 LRJS se precisa que los hechos controvertidos fueron los siguientes:

- Se aportó en la 2ª reunión parte de la documentación en inglés que es la lengua que se utilizaba habitualmente en la compañía. Si bien las cuentas de 1.1.17 a 30.6.17 se aportaron traducidas.
- La última reunión que se ha calificado de mero trámite no tenía margen de maniobra dado la situación calamitosa de la empresa.
- El Administrador Concursal ha realizado un listado de cantidades indemnizatoria, persona por persona y están incluidas en el crédito de la masa.
- El ciclo de extinciones es octubre y noviembre de 2017, 4000 trabajadores, el resto queda en situación de suspensión contractual y 2300 pilotos en 28.2.2018.
- En noviembre 2017 se constata en la tramitación del concurso en Alemania que no hay bienes para hacer frente a los créditos de la masa. El 5.1.18 se publica en El Economista que la crisis de AB es la mayor bancarrota producida en Alemania.
- El 16.1.18 el concurso cancela la representación de las empresas afectadas, se transmite únicamente al administrador concursal.

- Se ha despedido a la mayor parte de los trabajadores de AB y en marzo de 2018 quedaban 150 trabajadores, prevé que en junio queden 40.
- Los trabajadores que quedan realizan funciones administrativas.
- El periodo de consultas se desarrolló en siguientes reuniones: 28.10, 31.10, en 1.11.17 se declara el concurso de acreedores y se decide no promover concurso secundario con base en la inexistencia de bienes en España.
- Nunca los trabajadores en España prestaron servicios para PLC.
- No hay dirección común entre la empresa matriz y el grupo; no tienen el mismo domicilio social. PLC lo tiene en Londres. No hay unidad de caja ni de prestación de servicios, no hay confusión patrimonial.
- Lufthansa (la empresa codemandada en este pleito) no ha adquirido ningún avión de AB ni sus slots.
- Se han producido cuatro resoluciones en el Juzgado Social de Berlín en las que se descarta la transmisión de la UPA y que se han producido cien demandas por despido en las que solo dos se dirigen a Lufthansa codemandada y el juez recomienda que se retiren las demandas frente a Lufthansa (la codemandada).
- El 13.10.17 hubo acuerdo, se trataba de comprar participaciones sociales de la filial Walter que era una plataforma de arrendamiento de aviones y las participaciones de Niki, así como el negocio de ocio de Niki, ninguno de los trabajadores afectados prestaba servicios en Lufthansa. Lufthansa no adquirió nada en ese acuerdo que no se ejecuta ya que fue sometido a tres condiciones: a la autorización del administrador concursal que se dio, la autorización del comité de acuerdos que se dio y el informe de la Comisión Europea que al final lo autorizó 10.1.18 pero por la compra de Walter exclusivamente.
- Lufthansa no ha adquirido nada de AB.
- La empresa Lufthansa no ha contratado trabajadores de AB con reconocimiento de antigüedad; no se ha subrogado en ningún contrato de trabajo.
- Se niega que las CIAS sean dueñas de los slots que son regulados por la IATA; cabe la transmisión que no se da aquí, transmisión entre la matriz y la filial; cuando se adquieren participaciones o acciones para tener control de la compañía aérea o se refiere a los propios slots de la adquirida.
- La empresa Lufthansa no ha adquirido slots que eran anteriormente de AB.
- Easyjet hasta enero de 2018 no ha tenido ninguna relación con AB.
- Easyjet no ha comprado ni utilizado aviones provenientes de AB.
- Easyjet tampoco se ha subrogado en trabajadores ni ocupado espacios de AB en los aeropuertos de Madrid, Barcelona y Palma.
- Una vez AB sale del mercado se ha solicitado a Asociación Española de Coordinación de Franjas Horarias, los slots.
- No se ha producido transmisión de activos patrimoniales entre AB y Easyjet ni los slots.
- En mayo a diciembre 2017 AB había trasladado slots a Niki que no es del grupo AB.
- Los aviones con los que operaba AB, conforme el listado aportado por la actora solo refleja matrículas alemanas, ninguna utilizada por Easyjet quien

- trabaja con aviones arrendados a la compañía Smart Link con matrículas de Eslovenia y Letonia y además figura la letra "G" que es propiedad de Easyjet.
- De los espacios de AB en aeropuertos de Madrid, Barcelona, Palma: Aena certifica que en Barcelona han sido abandonados en Palma y Madrid, se devolvieron y no han sido utilizados.
  - Easyjet trabaja en régimen de autohandling.
  - De 43 trabajadores, 1 en Madrid, 1 en Barcelona, 41 en Palma, de ellos 39 pertenecen al departamento de competence center que se dedica a call center, fraude de billetes, atención a clientes, pagos, facturación, ...
  - De vuelos de AB en 2017: 570 se producen en enero, 723 en febrero, 924 en marzo, 10 en abril, 4 en mayo, 2 en junio.
  - Niki comenzó a operar en abril con 900 vuelos, mayo 1100, junio 750, julio 600, agosto 550, septiembre 280, octubre 450, noviembre 500, diciembre 150.
  - Easyjet ha mantenido su carencia de vuelo normal.
  - La compra de aviones se hizo por Eurowings, controvertido por Lufthansa, pacífico por la parte actora.

#### Hechos conformes:

- AB KG y sucursal en España son la misma empresa.
- Ambas empresas están encuadradas en el grupo mercantil de PLC.
- Se ofreció 20 días por año y la RLT pidió el máximo de indemnización legal.
- Hubo un despido colectivo previo en que se pactó indemnización máxima legal.
- AB KG se encuentra en situación de concurso de acreedores desde el 1.11.17 en el Juzgado Alemán.
- El 15.11.17 la empresa notificó el despido, no pagan indemnización que se encontraba en concurso y no había bienes para hacerle frente.
- En Julio 2017 AB tenía 8000 trabajadores, 43 en España.
- En Agosto entra en crisis la empresa y el gobierno alemán provee un crédito de 150 millones de euros pero no remonta la situación y en Octubre 2017 se decide el cese con efectos 28.10.2017.
- Concluyó el periodo de consultas sin acuerdo.
- PLC las empresas KG y sucursal en España estaban integradas en el grupo PLC.
- En IIT no se menciona PLC
- PLC se encuentra en concurso de acreedores desde 1.11.17 en Alemania.
- Hay IIT 10.10.17.
- Admite Lufthansa que era práctica habitual de todas las compañías el arrendamiento de aviones conforme la circular 3/2006 de 10 de noviembre de la DGA donde se prevé el arrendamiento de nave, pilotos, ... y otros arrendamientos de naves sin más.
- Ninguno de los trabajadores despedidos en España no trabajaban en sector de handling.
- IIT oficina que trabaja para Niki.

**Séptimo.-** Recibido el pleito aprueba, se practicaron las pruebas propuestas por las partes y declaradas pertinentes, con el resultado que consta en el acta levantada al efecto.

**Octavo.-** En la tramitación de estos autos se han observado todas las prescripciones legales.

Resultando y así se declaran, los siguientes,

## HECHOS PROBADOS

**PRIMERO.-** El presente Conflicto Colectivo afecta los trabajadores de todos los centros de trabajo de AIR BERLIN PLC & CO. LUFTVERKEHRS KG SUCURSAL EN ESPAÑA en Palma de Mallorca, Madrid y Barcelona. (Hecho conforme)

**SEGUNDO.-** La empresa AIR BERLIN PLC & CO. LUFTVERKEHRS KG SUCURSAL EN ESPAÑA es una sucursal de la empresa matriz alemana AIR BERLIN PLC & CO. LUFTVERKEHRS KG, código de identificación fiscal W 0042192 E (con asignación de la letra W en su condición de establecimiento permanente o sucursal de una entidad no residente en España), que a su vez se integra en el grupo empresarial Air Berlín PLC. (Hecho conforme)

AIR BERLIN PLC & CO. LUFTVERKEHRS KG SUCURSAL EN ESPAÑA ejerce su actividad, bajo el ámbito de aplicación del convenio colectivo de empresa aprobado por resolución del consejero de economía y competitividad por el que se dispone la inscripción y depósito en el registro de convenios colectivos de las Islas Baleares y la publicación del convenio colectivo de empresa (BOIB número 143 de 18 de octubre de 2014) (descriptor 170)

**TERCERO.-** Con fecha 16 de octubre de 2017 la empresa comunica al Comité de empresa del centro de Palma de Mallorca y a los trabajadores de los centros de trabajo de Madrid y Barcelona, su intención de iniciar un procedimiento de despido colectivo que afectaría a toda la plantilla de empleados de la sucursal, es decir, a todos los trabajadores de alta en los centros de trabajo de AIR BERLIN PLC & CO. LUFTVERKEHRS KG SUCURSAL EN ESPAÑA en Palma de Mallorca, Madrid y Barcelona, concede un plazo de 15 días para designar la Comisión representativa de los trabajadores que formaron parte de la Comisión negociadora. (Descriptores 45,46 y 47)

**CUARTO.-** Con fecha 18 de octubre de 2017 se constituye la Comisión representativa de los trabajadores en el despido colectivo decidiendo por unanimidad que todos los integrantes del Comité de empresa constituido en Palma de Mallorca serán designados como miembros de la citada Comisión representativa. (Descriptores 48 y 323)

**QUINTO.-** La empresa, en fecha 23 de octubre de 2017, comunicó el inicio del despido colectivo y la apertura del período de consultas basado en causas de

carácter económico y que afectará a la totalidad de la plantilla, es decir a los 43 trabajadores de alta en la empresa.

Se hace entrega de la siguiente documentación:

1. Solicitud de informe sobre el presente procedimiento de despido colectivo (artículo 64.5.a) ET)

2. Comunicación a la Autoridad laboral de la presente comunicación del inicio del procedimiento de despido colectivo.

3. Especificación de las causas del despido colectivo: la crítica situación económica que padece la empresa (AIR BERLÍN KG) y su grupo AIR BERLÍN PLC desde el año 2013 se ha deteriorado gravemente alcanzado en una situación de colapso financiero en agosto de 2017 con la decisión de la empresa César toda la actividad con efectos a finales del mes de octubre de 2017. Dicha situación de total inviabilidad económica de AIR BERLÍN KG, y por tanto, de nuestra sucursal, nos obliga a proceder a la amortización de todos los puestos de trabajo. Para comprender el profundo vaciamiento de la situación durante 2017 en la memoria se analizan profundamente de forma global la situación económica de la empresa y de su grupo, máxime teniendo en cuenta que en España únicamente se cuenta con esta sucursal sin personalidad jurídica separada. Señala que, las cuentas anuales retribuidas revelan de forma unánime y convergente una situación económica insostenible, pudiendo anticiparse como dato más representativo de la causa económica agregada las pérdidas y deterioro patrimonial que se desglosan seguidamente: pérdidas anuales del grupo Air Berlín PLC. 2013: -315,5 millones de euros; 2014:- 376,7 millones de euros; 2015:- 446,6 millones de euros; 2016:- 718,9 millones de euros; 2017: a 30 de junio de 2017:- 417,6 millones de euros.

Deterioro patrimonial de la empresa del grupo Air Berlín PLC durante los años 2015 al actual 2017 se ha producido el siguiente deterioro financiero de la empresa con un valor patrimonial negativo desde el 31 de diciembre de 2015 hasta la insostenible situación actual:

2015 valor patrimonial neto negativo/Equity- 799.386 000.

2016 valor patrimonial neto negativo/Equity- 1. 470. 194. 000

2017 valor patrimonial neto negativo/Equity- 1. 94 6.0 75. 000

Ante esta situación de inviabilidad de la empresa. Con fecha 12 de octubre de 2017 la dirección de la empresa suscribió declaración de cese total de su actividad que tendrá efectos a finales del presente mes de octubre de 2017.

4. Número y clasificación profesional de los trabajadores afectados por el despido.

5. Período previsto para la realización de los despidos.

6. Especificación de los criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por el despido colectivo.

7. Medidas sociales de acompañamiento. Artículo 8 RD 1483/2012

8. Declaración artículo 51.3 Estatuto de los Trabajadores.

9. Explicación del Período de consultas. Artículo 51.2 ET y artículo 7 RD 1483/2012. (Descriptor 49, 50, 134 y 324)

Se aporta como documentación económico-contable, los modelos 303 correspondientes al año 2016 y el primer semestre de 2017 y el modelo 390 del año 2016. También se proporcionan informes en alemán e inglés, consignándose traducido al castellano un informe financiero provisional a 30 de septiembre de 2015,

y otro informe de los estados contables correspondientes al periodo temporal comprendido entre el 1 de enero y el 30 de junio de 2017.

Al expediente se incorporaron informe técnico elaborado por la mercantil ABENCYS respecto a la empresa Air Berlín PLC que concluye considerando acertada al cierre del centro de trabajo de Palma y nada refiere el respeto a los centros que operan como "home office" de Madrid y Barcelona. En su análisis pormenorizado que únicamente se han tenido en consideración las cuentas anuales consolidadas de la sociedad cerradas al 31 de diciembre de 2016, auditadas por la firma internacional K P.M. G. PLL, las cuentas consolidadas cerradas interinamente al 30 de junio de 2017, no auditadas y series estadísticas sobre el transporte aéreo europeo de pasajeros compiladas y elaboradas por EUROSTAT accesibles a través de la página web.

No se aportan las cuentas anuales de los dos últimos ejercicios económicos completos. Tampoco la auditoría de cuentas contables, ni se invoca su exención (conforme al artículo 263 de la Ley de Sociedades de Capital aprobada por Real Decreto Legislativo 1/2010 del 2 de julio, BOE de 3 de julio de 2010, corrección de errores en BOE del 30 de agosto de 2010)

**SEXTO.-** Desarrollo del período de consultas.

Se celebraron tres reuniones con los representantes de los trabajadores los días 23 y 31 de octubre y 6 de noviembre de 2017.

-En el acta de la primera reunión.

Por la representación de los trabajadores se solicita que se aporte a la próxima reunión adicionalmente la documentación referente a:

- a. El destino de los 38 aviones en enero de 2017 se traspasaron por AIR BERLÍN a la nueva empresa AIR BERLÍN AERONAUTICS.
- b. Documentación en cuanto a las condiciones de entrega de activos (materiales e inmateriales) y traspaso de personal desde la empresa AIR BERLÍN PLC a LUFTHANSA.
- c. Se solicita garantía bancaria del pago de las nóminas hasta la fecha de extinción de los contratos de trabajo de todos los empleados de la empresa, independientemente de la fecha efectiva de dicha extinción. En dicha garantía de pago de salarios, deben incluirse todos los conceptos retributivos que venir percibiendo habitualmente los trabajadores, tanto de devengo periódico mensual como devengo superior al mes.

Se acuerda: constituir la Comisión negociadora determinar la composición de la referida Comisión negociadora, el calendario en las siguientes reuniones. (Descriptor 51, (187, 247 y 336)

-En la segunda reunión de fecha 31 de octubre de 2017

Por la empresa se hace entrega a la RLT de un documento fechado el 30 de octubre de 2017 en versión redactada en alemán y sin traducción, relativo al comunicado oficial de la empresa respecto al proceso de cierre de la misma y los acuerdos alcanzados con otras empresas del sector. En relación con la documentación financiero- contable, la empresa hace entrega de información complementaria referida a la contabilidad tanto de AIR Berlín PLC, de AIR Berlín KG que se desglosa en:

Cuentas anuales completas cerradas al 31 de diciembre de 2015 de AIR Berlín PLC inscritas en el registro mercantil en la sede de dicha sociedad. Dicho documento se entrega en inglés.

Estados contables, es decir, balance y cuentas de resultados de AIR BERLÍN KG correspondientes a los ejercicios 2015 y 2016 firmados por los responsables de dicha empresa, documentos que fueron entregados a la RLT el 23 de octubre, si bien no se hallaba firmados por los responsables de la empresa. No se entrega traducción.

Estados contables al 30 de junio de 2017 de AIR Berlín KG firmados por los responsables de la empresa. Igualmente se entrega justificante de cuentas individuales de dichos estados contables cerrados al 30 de junio de 2017. Dicho documento se entrega en alemán. Se entrega traducido al español dicho justificante de cuentas individuales.

En relación a la información solicitada sobre la venta por AIR Berlín de aviones a la línea aérea Lufthansa, activos materiales e inmateriales, los responsables de la empresa han manifestado que no pueden facilitar ninguna información y documentos al respecto.

En cuanto al traspaso de personal desde la empresa AIR BERLÍN PLC al GRUPO LUFTHANSA nos remitimos al documento de fecha 30 de octubre que ha sido entregada a la RLT al inicio de esta sesión, sin que podamos facilitar mayor información.

En cuanto a la información solicitada por la RLT sobre AIR Berlín Aeronautics el pasado 23 de octubre, la representación de la empresa informa que los responsables de la empresa han manifestado que esta empresa no se encuentra operativa. No nos ha sido facilitada ninguna documentación o información referente a aviones que sean parte del activo de dicha sociedad.

Por la representación de los trabajadores se deja constancia de las siguientes manifestaciones:

Primero. Señala que la falta de entrega de documentación e información solicitada por dicha representación en la sesión celebrada el pasado 23 de octubre de 2017, referente a los acuerdos entre Lufthansa y AIR Berlín y de nuevo reiterada en el día de hoy, será un serio obstáculo para alcanzar un acuerdo.

Segundo. A juicio de esta Comisión se entiende un traspaso manifiesto de actividad desde AIR Berlín al Grupo Lufthansa, asumiendo con dicha actividad un número relevante tanto cuantitativamente como cualitativamente de la plantilla, entendiendo que este proceso de despido colectivo se está efectuando para evitar la subrogación de empleados con fines recaudatorios de los intereses de los mismos, vulnerándose así los artículos 51 y 44 del ET.

El hecho de no facilitar la empresa la información y documentación requerida referente a los acuerdos con Lufthansa, y posibilita el estudio detallado de los elementos patrimoniales activos, así como del personal traspasado, pudiéndose entender como un acto de destrucción que conlleva a la calificación de una mala fe negociadora.

Tercero. Subsidiariamente, y para el supuesto en que la subrogación no pudiese llevarse a cabo, por la RLT se manifiesta que las irregularidades de la empresa, expuestas evidencian que para alcanzar un acuerdo con dicha representación en el presente procedimiento de despido colectivo deberán cumplirse las condiciones que en el acta se reflejan.

La representación de la empresa manifiesta que rechaza las denuncias de irregularidades ya que por la empresa no se ha incurrido en ninguna irregularidad ni fraude legal. El procedimiento de despido colectivo elegido por la empresa es el obligado atendiendo las causas económicas y circunstancias concurrentes, constando en la documentación financiero contable entregada que la empresa no es viable económicamente. En especial en el informe técnico emitido por experto independiente e igualmente en la memoria donde se describen las causas que inevitablemente conducen al cese de la actividad. (Descriptor 52 y 248)

-En la tercera reunión de fecha 6 de noviembre de 2017.

La empresa señala que el 23 de octubre de 2017, entre la documentación entregada a la RLT, se incluía en la social de acompañamiento. Se hace entrega a la RLT de una descripción de dicho plan, que ha sido contratado por AIR Berlín con la empresa Right Management, dicho plan tendrá una duración de seis meses y se ofrecerá de forma individualizada a cada una de los trabajadores afectados.

La empresa manifiesta que en cumplimiento del artículo 51.9 ET incluyó entre la documentación entregada a la RLT, el listado de los trabajadores de la plantilla con detalle de sus fechas respectivas de nacimiento y según dicha información, son beneficiarios del convenio especial tres trabajadores. La presa deja constancia en el acta de su compromiso de suscribir el convenio especial.

En relación a la información solicitada sobre la venta por Air Berlín de aviones a la línea aérea Lufthansa, activos materiales e inmateriales, los responsables de la empresa han manifestado que no sea transmitido ningún avión ni ningún otro activo al Lufthansa.

Ahora bien, el grupo Lufthansa formalizará a finales de diciembre de 2017, la adquisición de las participaciones, acciones o títulos representativos de la titularidad del capital social de la empresa Niki Luftfahrt GMBH y de LGW. Dicha operación convierte al grupo Lufthansa en el propietario de dichas dos empresas. A juicio de Air Berlín KG dicha adquisición no supone una subrogación laboral por cuanto los trabajadores de dichas empresas siguen manteniendo sus contratos de trabajo respectivos con las mismas empresas, ya sea Niki o LGW. No pueden facilitarse los documentos concretos de adquisición de las indicadas participaciones sociales o acciones, al ser dichos documentos totalmente confidenciales.

En cuanto al traspaso de personal desde la empresa Air Berlín KG al grupo Lufthansa, igualmente se indica que por dichos responsables máximos de la citada empresa se ha manifestado que ningún trabajador de Air Berlín KG ha pasado subrogado concedido al grupo lo cansa. La realidad es que los trabajadores de Air Berlín KG que pase en al grupo Lufthansa lo harán causando alta nueva en esta última.

En cuanto al resto de información solicitada por la RLT sobre Air Berlín Aeronautics los pasados 23 y 31 de octubre de 2017 la representación de la empresa se reitera en lo manifestado en dichas sesiones.

En cuanto a la propuesta de que la indemnización de los trabajadores despedidos sean calculadas como si se tratase todos ellos con los despidos improcedentes, la empresa lo rechaza por la muy grave situación económica en la que se halla la empresa por lo que sólo puede ofrecer como indemnización por los despidos la prevista en el artículo 53 del ET, es decir, una indemnización equivalente a 20 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses completos los períodos de prestación de servicio inferiores a un año sin que dicha indemnización pueda, en

ningún caso superar las 12 mensualidades o el salario bruto anual vigente a la fecha de efectividad en los despidos.

Por la representación de los trabajadores se manifiesta que en cuanto a los listados de salarios de los trabajadores proporcionados por la empresa existen diferencias relevantes. La RLT manifiesta que los anteriores planes de acompañamiento social no tuvieron apenas acogido por parte de los trabajadores afectados por los procedimientos de despidos colectivos anteriores, plantea la posibilidad de que cada trabajador afectado por el despido reciba directamente como complemento indemnizatorio el importe correspondiente a dicho plan de acompañamiento.

Por la RLT se reiteran las manifestaciones realizadas en la sesión anterior, en cuanto a que por la empresa no se ha hecho entrega de la documentación requerida en la sesión inicial (23 de octubre de 2017) -del presente procedimiento, es decir:

El destino de los 38 aviones que en enero de 2017 se traspasaron por Air Berlín a la nueva empresa Air Berlín Aeronautics.

Documentación en cuanto a las condiciones de entrega de activos (materiales e inmateriales) y traspaso de personal de la empresa Air Berlín PLC al grupo Lufthansa ya al grupo Easyjet.

Se ha omitido por la empresa la entrega de toda la información y documentación referente a los 27 aviones que también adquiere el grupo Lufthansa.

Respecto a los trabajadores de Alemania a los que se les propone ingresar en la sociedad transfer, se condiciona dicha propuesta de ingreso a que previamente renuncien a los derechos laborales que pudiera corresponderles. También ha de señalarse que la constitución de dicha sociedad transfer ha supuesto la aportación de 10 millones de euros por parte de Air Berlín.

No siendo posible cerrar ningún acuerdo entre la empresa y la RLT, finaliza el procedimiento de despido colectivo, sin acuerdo. (Descriptor 53 ,188 y 249), cuyo contenido se da por reproducido.

**SEPTIMO.-** En fecha 15 de noviembre de 2017, la empresa comunicó a los representantes de los trabajadores su intención de proceder al despido colectivo con fecha 24 de noviembre de 2017. (Descriptor 241 y 250)

**OCTAVO.-** Asimismo, en fecha 15 de noviembre de 2017 la empresa remitió cartas de despido a todos los trabajadores comunicándoles la extinción de la relación laboral con efectos 24 de noviembre de 2017 al amparo de lo dispuesto en el artículo 51 y 53 ET. Las razones que motivan la decisión extintiva se fundamentan en la causa económica, concretamente una gravísima crisis económica de la empresa que viene descrita en la documentación entregada a la representación de los trabajadores el 23 de octubre de 2017 y en la memoria e informe técnico independiente. De acuerdo con el artículo 53.1 ET y fundándose la decisión extintiva en causa económica, le informamos que la indemnización que la ley establece para estos casos es de 20 días de salario por año de servicio prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y hasta un máximo de 12 mensualidades. Informándole que la situación financiera de la empresa es gravísima y no existe liquidez en nuestras cuentas bancarias. Por tanto, dicha falta total de dinero nos impide poner a disposición de ustedes el importe correspondiente a la indemnización legal mínima. (Descriptor 197 a 239)

**NOVENO.-** El día 17 de noviembre de 2017 se celebró una comparecencia en las dependencias de la inspección de trabajo a la que acuden la representación de la empresa y los representantes legales de los trabajadores. En el que se analizan los extremos del expediente de despido colectivo y en la que se aporta el informe de la RLT emitido en virtud de lo dispuesto en el artículo 64.5.a ET.

En dicho informe, se hace constar que por la empresa se ha presentado documentación en inglés sin traducción al castellano, que no se entrega la documentación solicitada por la RLT, la parte empresarial ha adoptado una manifiesta postura inmovilista negándose a la transmisión de información que impide el conocimiento de las cuestiones planteadas con el fin de poder proceder a su examen, vulnerando así lo dispuesto en el artículo 64 ET y en el RD 1483/2012, a juicio del Comité y tras tener conocimiento de la multitud de noticias de prensa, se entiende que hay elementos indiciarios suficientes como para entender que el expediente despido colectivo tramitado no procede. El hecho de traspaso de activos materiales e inmateriales, compra de aviones, compra de la división al completo de NIKI, así como la compra de los slots de AIR Berlín-supone un claro traspaso de actividad-. En cuanto al traspaso de la actividad de Air Berlín hacia Niki, se puede decir lo mismo, pero esta vez con un traspaso del volumen de 10.989 vuelos. En cuanto al traspaso de plantilla, hay procesos abiertos, en cuanto a asunción de una parte sustancial tanto cuantitativa como cualitativamente de la misma. Ha habido espiguelo de ciertos departamentos en los que el personal que la dirección ha considerado relevante para sus intereses no han sido despedidos. Entendemos que constituye un supuesto de traspaso de plantilla, debiéndose tramitar a partir del artículo 44 ET, ya que la actividad principal se basa fundamentalmente en el factor humano. El traspaso/subrogación de toda la división de Niki se ha hecho efectiva, excepto para los trabajadores afectados por este proceso. Así mismo el personal de Air Berlín ha sido despedido antes de la fecha en que Lufthansa se hizo cargo del personal a través de procesos selectivos lo que demuestra que el motivo del despido fue la transmisión de la actividad. La empresa ha infringido lo previsto en el artículo 51.2 ET y en los artículos 4.2 y 4.5 del Real Decreto 1483/2012 porque no se le ha facilitado la documentación. (Descriptor 307, cuyo contenido, se da por reproducido.)

**DECIMO.-**La empresa comunicó la decisión final de la extinción de los contratos de trabajo de los 43 trabajadores a la Dirección Provincial del Servicio Público de Empleo Estatal de Palma, a la Dirección General de Trabajo Consejería de Trabajo, Economía, Social y Salud Laboral del Gobierno de las Islas Baleares y a la Dirección General de Empleo del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. (Descriptores 251 252 y 253)

**DECIMO-PRIMERO.-**consta en autos el informe de la Inspección de Trabajo en el que se concluye, la falta de aportación a los representantes legales de los trabajadores que conforman la Comisión negociadora de la documentación económica - contable obligatoria puede determinar la nulidad del despido.

La RLT también reclama a la empresa en el proceso negociador los acuerdos suscritos entre las compañías aéreas de transporte de viajeros y carga del grupo Lufthansa y Air Berlín por considerar la existencia de un traspaso de actividad asumiendo con dicha actividad un número relevante cuantitativa y cualitativamente de la plantilla que hay Berlín y no solamente sea traspasado al personal sino

también elementos patrimoniales. Tal efecto se reclama el destino de los 38 aviones en enero de 2017 se traspasaron por Air Berlín a la nueva empresa Air Berlín Aeronáuticos y la documentación en cuanto a las condiciones de entrega de activos materiales e inmateriales y traspaso de personal desde la empresa Air Berlín PLC al grupo lo cansa y también al grupo Easyjet de transporte aéreo. La falta de aportación a los representantes de los trabajadores de la información del todo punto necesario para poder llevar a cabo una negociación eficaz puede también determinar la nulidad del despido. (Descriptoros 306 y 343)

Se da por reproducido e informe técnico sobre las causas económicas realizado por ABENCYS. (Descriptoros 326)

Se da por reproducida la memoria explicativa de las causas económicas. (Descriptoros 325)

Se da por reproducido el plan de recolocación (descriptoros 176 y 177)

**DECIMO-SEGUNDO.-** Previamente, la empresa demandada había suscrito acuerdos en expedientes de despido colectivo iniciados en enero de 2016 y enero de 2017, siendo los acuerdos de fechas 12 de febrero de 2016 y 19 de enero de 2017, en el primero de ellos ambas partes reconocen la concurrencia y suficiencia de las causas económicas, productivas y organizativas alegadas por la compañía, el número de afectados se reduce a un máximo de 36 extinciones de contratos de trabajo, la indemnización acordada fue de 32 días de salario por año de servicio con un tope máximo de 15 mensualidades y un plus indemnizatorio para los trabajadores con un salario inferior a 30.000 € anuales que será de 400 € por año de servicio. En el segundo acuerdo, ambas partes reconocen la concurrencia y suficiencia de las causas económicas, productivas y organizativas alegadas por la compañía. El número de afectados se reduce a 54 extinciones de contratos de trabajo, la indemnización acordada fue de 32 días de salario por año de servicio con un tope máximo de 15 de mensualidades. Para los trabajadores un salario inferior a 28.000 € anuales un plus indemnizatorio de 200 € por año de servicio. Para los trabajadores con un salario igual o superior a 28.000 e inferior a 32.000 € anuales, un plus indemnizatorio de 100 € por año de servicio. (Descriptoros 308 y 309)

**DECIMO-TERCERO.-** por Resolución de fecha 1 de noviembre de 2017, del Tribunal de primera instancia de Charlottenburg referencia nº 36 a IN 4295/17 dictada en el procedimiento de insolvencia sobre bienes de AIR BERLIN PLC & Co. LUFTVERKEHRS KG, se tomó la siguiente decisión: 1. se inicia el procedimiento de insolvencia sobre bienes de la deudora como consecuencia de su insolvencia y sobreendeudamiento con fecha del 1/11/2017 como procedimiento de insolvencia principal en virtud del artículo 3 párrafo primero del Reglamento UE 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2015 sobre procedimientos de insolvencia .

2. Se dispone la autoadministración. Se autoriza a la deudora a administrar la masa de insolvencia y a disponer de la misma bajo vigilancia del supervisor concursal.

3. se nombra como supervisor concursal el Prof. Dr. Lucas Flother. (Descriptor 36)

Con fecha 16 de enero de 2018, el Tribunal Alemán nombra como único Administrador legal y concursal de la empresa AIR BERLIN PLC & Co. LUFTVERKEHRS KG al Prof. Lucas Flother. Como consecuencia del indicado nombramiento han cesado los administradores societarios y anteriores

representantes legales de la sociedad AIR BERLIN PLC & Co. LUFTVERKEHRS KG. (Descriptores 348 y 349)

Con fecha 1 de noviembre de 2017 Air Berlín PLC fue declarada en concurso de acreedores. (Hecho conforme, Descriptores 291 y 292)

**DECIMO-CUARTO.-** En julio de 2017, AIR BERLIN PLC & Co. LUFTVERKEHRS KG, tenía 8000 trabajadores, 43 en España. (Hecho conforme)

En agosto de 2017 entra en crisis la empresa y el gobierno alemán provee un crédito de 150 millones de euros pero la situación no remonta y en octubre de 2017 se decide el cese con efectos de 28 de octubre de 2017. (Hecho conforme)

**DECIMO-QUINTO.-** AIR BERLIN PLC & Co. LUFTVERKEHRS KG, SUCURSAL EN ESPAÑA tuvo arrendados en el aeropuerto de Palma de Mallorca tres locales que han sido devueltos en fecha 31 de diciembre de 2017, actualmente ninguno de ellos estaba ocupado por Easyjet. (Descriptores 465)

Los aviones que han realizado vuelos en el aeropuerto de Palma de Mallorca con origen y destino en Berlín -Tegel durante el ejercicio 2017 y 2018, son las que obran en el descriptor 467, que se da por reproducido.

**DECIMO-SEXTO.-** Air Berlín tuvo arrendado en el aeropuerto de Adolfo Suárez - Madrid Barajas el mostrador 52101 C entre el 2 de octubre de 2007 y el 31 de octubre de 2010, sustituyéndose por 51120 D, desde el 1 de noviembre de 2010 hasta el 31 de octubre de 2011. Actualmente ninguno de estos mostradores está ocupado por Easyjet. (Descriptores 469)

Los aviones que han realizado vuelos en el aeropuerto Adolfo Suárez -Madrid Barajas con origen y destino en Berlín -Tegel durante el ejercicio 2017 y 2018 de las compañías AIR Berlín, NIKI y EASYJET son los que obran unidos a escritor 471, cuyo contenido se da por reproducido.

**DECIMO-SEPTIMO.-**En el aeropuerto de Barcelona –El Prat Air Berlín tuvo arrendado un mostrador comercial hasta el día 28 de agosto de 2013, mostrador que no está ni ha estado ocupado por Easyjet. (Descriptores 475)

El listado de los aviones que han realizado vuelos en el aeropuerto de Barcelona con origen y destino en Berlín-Tegel durante el ejercicio 2017 y 2018 con número de vuelo de las compañías Air Berlín, NIKI y EASYJET son los que consta en el descriptores 477 y 478 cuyo contenido, se da por reproducido.

Con respecto a la compañía Air Berlín, no constan vuelos con las características indicadas en el requerimiento efectuado por la AN ni en el año 2017 ni en el año 2018. (Descriptores 475)

Los vuelos operados en los aeropuertos Adolfo Suárez Madrid-Barajas (MAD), Barcelona-el Prat (BCN) y Palma de Mallorca (PMI) de las compañías aéreas Air Berlín (BER) e Easyjet (EZY) con origen/destino en aeropuertos alemanes, en el período comprendido entre el 1 de enero de 2017 a 14 de febrero de 2018 son las que se reflejan en el descriptores 378, cuyo contenido se da por reproducido

**DECIMO-OCTAVO.-** el 31 de octubre de 2017 la Comisión europea recibió la notificación de un proyecto de concentración de conformidad con lo dispuesto en el

artículo 4 del reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo concerniente a las siguientes empresas:

Deutsche Lufthansa AG (Lufthansa, Alemania)

NIKI (NIKI, a Austria), perteneciente al grupo Air Berlín

LGW Alemania, perteneciente también al grupo Air Berlín.

Lufthansa adquiere, a tenor de lo dispuesto en el artículo 3, apartado 1, letra b) del Reglamento de concentraciones el control de partes del grupo Air Berlín, a saber la totalidad de NIKI y LGW.

La concentración se realiza mediante la adquisición de acciones.

Las actividades comerciales de las empresas concernidas son las que se reflejan en el de escritor 442, cuyo contenido, se da por reproducido.

En fecha 7 de noviembre de 2017 la Comisión europea recibió notificación de un proyecto de concentración de conformidad a lo dispuesto en el artículo 4 del reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo.

La notificación se refiere a las siguientes empresas:

EASYJET (Reino Unido.)

Determinados activos de Air Berlín (empresa objetivo, Alemania)

EASYJET, adquiere, a tenor de lo dispuesto en el artículo 3, apartado 1, letra b) del Reglamento de concentraciones el control de partes de Air Berlín. La concentración se realiza mediante la adquisición de activos.

Las actividades comerciales de las empresas mencionadas son:

EASYJET: transporte aéreo de pasajeros punto a punto y de bajo coste en Europa.

Empresa objetivo: activos que anteriormente formaban parte de las operaciones de Air Berlín en el aeropuerto de Berlín Tegel, incluidas franjas horarias y plazas de estacionamiento nocturno. (Descriptor 443)

**DECIMO-NOVENO.**- AIR Berlín dejó de operar vuelos el 28 de octubre de 2017.). Esta empresa negocia con la alemana Lufthansa y con la británica Easyjet la venta de los aviones y otras partes de la empresa. (Descriptor 189)

**VIGESIMO.**- Las compañías aéreas que han adquirido los slots o franjas horarias que venían usando en los aeropuertos españoles tanto Air Berlín PLC & Co. LUFTVERKEHRS KG, como su filial NIKI LUFTFAHRT GMBH, durante el periodo comprendido entre agosto de 2017 a febrero 2018, son las que a continuación se indican:

- En el periodo comprendido entre agosto 2017 y febrero 2018 (hasta el 15 de febrero de 2018) la compañía aérea NIKI LUFTFAHRT GMBH (HG) ha realizado las siguientes transacciones o transferencias de slots (o franjas horarias) en los aeropuertos españoles:

- Transferencia a la compañía aérea del mismo grupo Air Berlín (AB): los slots o franjas horarias autorizados en el aeropuerto de Palma de Mallorca (PMI) con origen/destino el aeropuerto de Berlín-Tegel (TXL)

- En el periodo comprendido entre agosto 2017 y febrero 2018 (hasta el 15 de febrero de 2018), la compañía aérea Air Berlín ha realizado las siguientes transacciones o transferencias de slots (o franjas horarias) en los aeropuertos españoles:

-Transferencia a la compañía aérea del mismo grupo LGW-Luffahrtgesellschaft Walt (HE): los slots o franjas horarias autorizados en el aeropuerto de Barcelona-El Prat (BCN)

-Transferencia a la compañía aérea easyJet Airline (EZY): los slots o franjas horarias autorizados en el aeropuerto de Palma de Mallorca (PMI) con origen/destino el aeropuerto de Berlín-Tegel (TXL) y que previamente había sido transferidos a la compañía Air Berlín por parte de la compañía aérea del mismo grupo NIKI Luffahrt GmbH (HG) (descriptores 298 a 302)

**VIGESIMO-PRIMERO.-** los vuelos operados en los aeropuertos de Adolfo Suárez Madrid-Barajas (MAD), Barcelona-El Prat (BCN) y Palma de Mallorca (PMI) de las compañías aéreas Air Berlín (BER) y Easyjet (EZY) con origen/destino en aeropuertos alemanes en el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2017 hasta el 14 de febrero de 2018 son los que se reflejan en los descriptores 355 y 378, cuyo contenido, se da por reproducido.

**VIGESIMO-SEGUNDO.-** Easyjet Airline Company LTD se ha hecho cargo de algunas rutas que anteriormente se realizaban por Air Berlín. (Hecho reconocido). Es propietaria de algunos aviones (descriptores 434 a 437)

**VIGESIMO-TERCERO.-** en fecha 24 de enero de 2018 se dictó auto de medidas cautelares, nº 1/2018, por el Juzgado de lo Social nº 5 de Palma de Mallorca, en cuya parte dispositiva se acuerda el embargo preventivo solicitado en representación de los trabajadores por la cantidad de 245.996,93 €. (Descriptor 60)

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-**En cuanto a los hechos declarados probados, los mismos se obtienen de los documentos que en ellos se indica, dando con ello cumplimiento a lo establecido en el artículo 97.2 de la LRJS, sin que la Sala haya dado eficacia o validez alguna a los documentos aportados en idioma inglés y alemán sin traducir porque, conforme al artículo 144.1 LEC, a todo documento redactado en idioma que no sea el castellano o, en su caso, la lengua oficial propia de la comunidad autónoma de que se trate, se acompañará la traducción del mismo, siendo normas de orden público que han de ser aplicada de oficio de acuerdo con el principio de legalidad procesal, artículo 1 LEC. Carecen de validez asimismo los documentos aportados por Lufthansa tantos toros que se presentan en idioma inglés o alemán y no traducidos como aquellos otros documentos no reconocidos por la parte contraria y que carecen de firma.

**SEGUNDO.-** Se solicita que se dicte sentencia por la que se declare la nulidad del despido colectivo, condenando a las empresas a la readmisión de los trabajadores y al abono de los salarios de tramitación devengados hasta la misma, y subsidiariamente, se declare no ajustado a derecho, condenando a la empresa a estar y pasar por dicha declaración.



Frente a tal pretensión FOGASA, y D. Lucas F. Flother, no comparecieron al acto del juicio, pese a constar citados en legal forma.

El letrado de AIR BERLIN PLC & CO. LUFTVERKEHRS KG SUCURSAL EN ESPAÑA y de AIR BERLIN PLC & Co. LUFTVERKEHRS KG, se opone a la demanda, reconoce los hechos primero a quinto y séptimo de la demanda alega que AIR BERLIN PLC & CO. LUFTVERKEHRS KG SUCURSAL EN ESPAÑA es una sucursal o establecimiento secundario dotado de representación permanente y de cierta autonomía de gestión a través de la cual se desarrollan las actividades de la sociedad AIR BERLIN PLC & Co. LUFTVERKEHRS KG, de la cual es una mera extensión tal y como establece el artículo 295 del Reglamento del Registro Mercantil. Ambas empresas codemandadas se integran en el grupo empresarial Air Berlín PLC que constituyen un grupo mercantil contemplado en el artículo 42 del Código de Comercio sin que nos hallemos ante un grupo de empresas a efectos laborales. En cuanto a la documentación del ERE, se aporta la más relevante traducida unida al descriptor 154, el resto de la documentación no se traduce por falta de tiempo y de medios económicos. La empresa está en situación de colapso financiero y sin medio alguno para poder negociar. No es cierto que Air Berlín haya sido adquirida por otra empresa. La empresa está en situación de concurso desde 1 de noviembre de 2017. A notificar el despido se acogió a lo dispuesto en el artículo 53.1 ET y no pagó la indemnización por falta de liquidez por estar en situación de insolvencia si bien se reconoce el crédito que figura en la masa del concurso de forma individualizada. En agosto de 2017 entra en crisis la empresa y el gobierno alemán provee un crédito de 150 millones de euros pero la situación no remonta y en octubre de 2017 se decide el cese con efectos de 28 de octubre de 2017. En octubre 2017 la empresa decidió cerrar. Es de aplicación el Reglamento europeo 2015/848 sobre procedimientos de insolvencia. Air Berlín se ha convertido en la mayor bancarrota del pasado año en Alemania. Se han despedido a 2600 trabajadores, permanecen 150 en alta en febrero y se prevé que en el mes de junio van a ser 40 trabajadores. No han pagado las indemnizaciones a ningún trabajador. La empresa se acoge al artículo 51 ET inicia el procedimiento de despido colectivo el 1 de noviembre de 2017 se declara en concurso de acreedores. Son de aplicación los artículos 19 y 20 del Reglamento 2015/848. El artículo 34 del Reglamento no establece la obligación de iniciar un procedimiento de insolvencia secundaria, sino que es optativo y en este caso el administrador del concurso decidió no abrir el concurso secundario. El artículo 37 del Reglamento prevé la posibilidad de que cualquier acreedor en España pueda solicitar el concurso secundario y el artículo 13 remite a la legislación española. No se ha abierto el concurso secundario y se decidió continuar dentro del artículo 51, dado que la situación es inevitable se debe aplicar el artículo 51 dentro de la realidad de colapso financiero y declarar los despidos procedentes sin perjuicio del derecho de los trabajadores a percibir la indemnización legal.

El letrado de AIR BERLIN PLC, alegó la excepción de falta de legitimación pasiva sólo se hace referencia a la empresa en el hecho segundo de la demanda y no se invoca la existencia de grupo laboral. El informe de la Inspección de trabajo no se refiera esta empresa. Y, en cuanto al fondo, se opone a la demanda, se solicita la nulidad del despido por entender que es de aplicación el artículo 44 ET o porque no se ha entregado la documentación legalmente exigida y por falta de buena fe en las

negociaciones. Ningún requisito concurre para entender que nos hallamos ante un grupo de empresas laboral. La empresa está en concurso desde el 1 de noviembre de 2017.

El letrado de LUFTHANSA GERMAN AIRLINES AG, alegó la excepción de falta de legitimación pasiva y de defecto legal en el modo de proponer la demanda ante la ausencia de una mínima concreción de los hechos. No se concreta operación alguna que determine la cesión de actividad. Aún si se hubiera producido la transmisión de un avión o la asunción de un trabajador o de los slots no es suficiente porque se tiene que acreditar la adscripción de la actividad. Lufthansa no puede asumir toda la plantilla de la empresa Air Berlín. Alega indefensión y falta de legitimación pasiva porque no se ha transmitido una unidad productiva. Es cierto que han aparecido noticias en prensa, pero no es correcto porque no responden a la realidad. El 13 de octubre de 2017 se firmó un acuerdo de Air Berlín con otras empresas, entre ellas Lufthansa para la compra y venta del negocio turístico de Air Berlín y otras filiales en el que son objeto de compra una serie de activos, se pretendían vender determinados activos sin que tenga nada que ver con los trabajadores y sin que el contrato se pudiera llevar a cabo en los términos pactados por lo que no se llevó a efecto debido también a las restricciones impuestas sobre los procesos de concentración en la unión europea y los procedimientos relativos a la aplicación de la política de competencia. El acuerdo fue objeto de rescisión parcial. Sólo se lleva a cabo la formalización de la compraventa de las acciones de la compañía aérea WALTER por parte de Lufthansa, compraventa de acciones que no lleva consigo un cambio en la titularidad de la empresa ni una sucesión empresarial.

En cuanto a los bienes, la demanda dice que los aviones de Air Berlín han sido adquiridos por Lufthansa y por Easyjet, pero no dice que ha comprado aviones siendo habitual el arrendamiento de aeronaves entre compañías aéreas que se regula por la circular aeronáutica 3/2006, de 10 de noviembre, publicada en el BOE de 21 de noviembre de 2006 de la que se desprende que el arrendamiento de aeronaves, ya sea con o sin tripulación (wet o dry leasing), constituye práctica común en el sector del transporte aéreo, siendo una práctica regular de la que no cabe extraer una sucesión de empresas. No ha habido una sucesión de Lufthansa que no ha llevado a cabo la asunción de partes de la plantilla de Air Berlín PLC, Air Berlín PLC & CO. Luftverkehrs KG Sucursal en España y de Air Berlín PLC & Co. Luftverkehrs KG, si bien es posible que algún personal contratado por Lufthansa proceda de Air Berlín, pero sin reconocimiento de antigüedad.

En cuanto a los slots, son el permiso dado por un coordinador de conformidad con el Reglamento (CEE) 95/93 para utilizar toda la infraestructura aeroportuaria necesaria con fines de aterrizaje o despegue en una fecha y hora determinada y asignadas por un coordinador de conformidad con dicho Reglamento, para la prestación de un servicio aéreo en un aeropuerto coordinado. No constituyen derechos de propiedad. Lufthansa no ha comprado ninguna compañía aérea. Air Berlín ha devuelto los slots. En la demanda no se habla de grupo patológico, por ello solicita que se desestime la demanda apreciando la excepción de falta de legitimación pasiva.

El letrado de EASYJET AIRLINE COMPANY LIMITED, alegó la excepción de falta de legitimación pasiva y de defecto legal en el modo de proponer la demanda, en la

demanda no se dice nada de fraude de ley. Se cita el artículo 44, no se concreta que aviones ha comprado Easyjet, qué trabajadores y qué medios utiliza la empresa. El despido es de noviembre y las negociaciones comienzan en octubre. Easyjet, si adquiere algo es en enero de 2018. Ni se han comprado ni se utilizan aviones de Air Berlín. Ningún trabajador de Air Berlín presta servicios en Easyjet, ningún espacio de Air Berlín es utilizado por la empresa.

Los slots es uno de los elementos para realizar las actividades aéreas. Air Berlín sale del mercado, las compañías aéreas si saben que hay ciertas rutas libres son solicitadas por las compañías a la asociación. No hay sucesión ni ningún efecto sobre Easyjet. Independientemente de que haya asumido algunas rutas de Air Berlín, no se ha producido la sucesión empresarial ni hay sucesión de empresa, ni fraude de ley. No ha habido transmisión de elementos patrimoniales. Los Slots se quedan en el mercado y las compañías lo solicitan cuando se quedan vacíos. Air Berlín traslado los Slots a Niki que opera durante todo ese tiempo en 2017 y luego los transfiere a Air Berlín.

No hay sucesión de empresa. Los aviones aportados por la parte actora son matrículas alemanas, no coincide ninguna matrícula con aviones de Easyjet. Esta empresa opera con aviones arrendados y aviones propiedad de Easyjet desde hace tiempo. Ningún avión ha sido transferido a Easyjet. No ha habido traspaso de plantillas ni transmisión de elementos patrimoniales ni utilización de los espacios pertenecientes a Air Berlín.

**TERCERO.-** alegada por las codemandadas Lufthansa y Easyjet la excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda a lo que se opuso la parte demandante dado el perentorio plazo de 20 días que en la LRJS se establece para interponer la demanda impugnando el despido colectivo, procede su previo análisis, señalando al efecto que respecto a la excepción procesal de defecto legal en el modo de proponer la demanda , bajo la vigencia de la LPL , desde antiguo la jurisprudencia ( STS 6/3/1984, RJ 1984\1521) subrayó que la misma carece de cualquier virtualidad y resulta inaceptable en el proceso laboral toda vez que los arts. 80 y 81 de la ley adjetiva, excluyen su aceptación, en cuanto establecen y obligan al juez de instancia a que advierta previamente si la demanda cumple las exigencias formales previstas en el Art. 80 LPL.

En idéntico sentido, la Sala Cuarta del TS en Sentencia de 14 febrero 2007 (Rcud 93/2006) con cita de la del TC 25/91 de 11 de febrero (RTC 1991\25) señala que la aplicación del apartado primero del artículo 80 de la Ley de Procedimiento Laboral no permite el juego de la excepción de defecto legal en el modo de presentar la demanda, sino que en su caso sería causa de nulidad de las actuaciones que debería llevar a retrotraerlas al momento de la presentación de la demanda, cuestión que por ser de orden público ha de ser apreciada incluso de oficio por los Tribunales.

El indicado criterio jurisprudencial continúa siendo aplicable tras la entrada en vigor de la LRJS que, en cuanto a este aspecto procesal, conserva el diseño de la norma anterior, y, en el nuevo art. 81, como consecuencia de las nuevas funciones de los Secretarios en la nueva oficina judicial, les atribuye la de comprobar que la demanda satisfaga los requisitos procesales legalmente exigidos, con necesaria advertencia a

las partes para que subsanen los defectos apreciados y dación de cuenta al Juez o Tribunal a cuya decisión corresponde la inadmisión preliminar, manteniendo y reforzando, tal y como se indica en su Exposición de Motivos, el principio tradicional rector del proceso laboral de garantizar la subsanación de los presupuestos formales que pudieran impedir un pronunciamiento sobre el fondo ya respondan a omisiones, imprecisiones o defectos en la demanda, falta de capacidad o representación, inadecuación de procedimiento con transformación de oficio del procedimiento seguido según el proceso que deba seguirse, litisconsorcio pasivo necesario o cualquier otra causa obstativa de orden procesal.

Una vez presentada la demanda, la que la parte que la formula ha de enumerar de forma clara y concreta de los hechos sobre los que verse la pretensión actuada y todos aquellos que resulten imprescindibles, según la legislación sustantiva, para resolver las cuestiones planteadas ( Art. 80.1 c LRJS) , la ley procesal laboral proscribe la posibilidad de que en el juicio oral el demandante pueda variar esencialmente los elementos configuradores de la acción ejercitada, introduciendo alteraciones sustanciales en los hechos y los fundamentos que la sustentan o en el contenido de la pretensión deducida, que debieron quedar establecidos en el suplico de la demanda (Art. 80.1.d), disponiendo a tal efecto, en el Art. 85.1, que en el momento de ratificación o ampliación de la demanda no podrá el actor hacer en ella variación sustancial y en el Art. 87.4, referente a la fase de conclusiones, que las mismas se formularán sin alterar los puntos fundamentales y los motivos de pedir indicados en la demanda.

Las normas mencionadas tienen la finalidad de evitar la indefensión de los demandados, cuyos medios de defensa podrían quedar cercenados, quebrantando el principio de igualdad de armas en el proceso, si se permitiese al demandante cambiar radicalmente en el acto del plenario su pretensión, habiendo señalado la Jurisprudencia que se introduce una modificación de tal naturaleza e intensidad cuando la misma afecte de forma decisiva a la pretensión ejercitada o a los hechos en que ésta se fundamenta, aportando un elemento de innovación esencial en la delimitación del objeto del proceso, susceptible a su vez de generar para la demandada una situación de indefensión ( SSTS 15/11/12, RJ 2311; 10/04/14, Rec. 154/13; 30/04/14, Rec. 213/13)

Es cierto, que en la demanda no aparecen hechos en virtud de los cuales se pueda analizar y resolver la cuestión relativa a la razón de demandar a las empresas Lufthansa y Easyjet, si bien en los fundamentos de derecho con cita del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores se invoca en el presente supuesto que Air Berlín deja de volar y su actividad y sus aviones los adquieren dichas empresas existiendo por ello una sucesión de empresas porque se transmiten tanto los aviones como los slots y en el caso de los trabajadores con contrato alemán se produce también una continuidad, hechos que efectivamente carecen de concreción al no detallar que aviones han adquirido estas empresas ni concretar los slots ni los trabajadores que se han traspasado a dichas empresas, en cualquier caso la demanda no ha producido indefensión porque las demandadas han podido conocer cabal y adecuadamente cual iba a ser la posición de los demandantes pudiendo preparar con igualdad de armas su defensa en el plano alegatorio y el probatorio como así lo corrobora la intervención de los letrados en el acto del juicio que desplegaron su

actividad probatoria como tuvieron por conveniente, estando toda ella dirigida fundamentalmente a evidenciar que, no se trataba de un supuesto de sucesión de empresas, porque no habían adquirido aviones de Air Berlín ni había sucedido a dicha empresa en los slots y tampoco ha habido transmisión de trabajadores. Debiendo decaer la excepción propuesta de defecto legal en el modo de proponer la demanda.

**CUARTO.-** en cuanto la excepción de falta de legitimación pasiva alegada por LUFTHANSA GERMAN AIRLINES AG y por EASYJET AIRLINE COMPANY LIMITED, en relación con los artículos 44 y 51 del ET y 6.4 del Código Civil, al entender que no existe subrogación empresarial respecto de AIR BERLIN PLC & CO. LUFTVERKEHRS KG SUCURSAL EN ESPAÑA y de AIR BERLIN PLC & Co. LUFTVERKEHRS KG, pues no ha tenido lugar la cesión de los medios productivos ni transmisión de plantillas y, en consecuencia, no concurren los requisitos de la sucesión de empresas.

Frente a ello, el sindicato demandante en su demanda mantiene que ha existido una verdadera subrogación empresarial, porque en el presente supuesto Air Berlín deja de volar y su actividad y sus aviones los adquieren las empresas Lufthansa y Easyjet y pese a ello respecto a los trabajadores que prestan servicios en España no se aplica el régimen dispuesto en el artículo 44 a diferencia de lo que sucede con los trabajadores situados en Alemania, se dan los elementos necesarios para considerar que nos encontramos ante el supuesto del artículo 44 ET porque se produce una continuidad de la actividad de Air Berlín, se transmiten tanto los aviones como los slots y en el caso de los trabajadores que prestan servicios en Alemania se produce también su continuidad.

El apartado cuarto del art. 146 bis LC, establece que la transmisión de la unidad productiva no impone la obligación de hacer frente a los créditos no satisfechos por el concursado, salvo que el adquirente asuma dicha obligación. Pero regula también una excepción. Se trata de los supuestos en los que exista "disposición en contrario" y "siempre sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.2 LC (EDL 2003/29207)".

El convenio puede establecer que se aplique el efecto subrogatorio y también la asunción de las obligaciones de abono de los créditos anteriores a la sucesión. Pero si concurren los requisitos del artículo 44 ET) no es posible eludir su aplicación, por imperativo de los apartados tercero y cuarto del artículo 146 bis LC. Por tanto, la única especialidad concursal será la limitación de la responsabilidad patrimonial en los términos del artículo 149 LC. Esto es, el instituto de la sucesión de empresa será aplicable a los supuestos de ventas de unidades productivas en sede concursal, cuando concurren los requisitos legales del artículo 44 ET.

El TS, en S. S 11-1-2017, rec. 1689/2015, sostiene que con independencia de las circunstancias en las que se haya desarrollado una extinción colectiva de contratos de trabajo en el marco de un concurso de acreedores, así como la liquidación de los bienes de ésta, la cuestión de si se ha producido o no una sucesión empresarial del artículo 44 ET es competencia de la jurisdicción social.

En el caso presente, se declara probado que el 31 de octubre de 2017 la Comisión europea recibió la notificación de un proyecto de concentración de conformidad con

lo dispuesto en el artículo 4 del reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo concerniente a las siguientes empresas: Deutsche Lufthansa AG (Lufthansa, Alemania) NIKI (NIKI, a Austria), perteneciente al grupo Air Berlín. LGW Alemania, perteneciente también al grupo Air Berlín. Lufthansa adquiere, a tenor de lo dispuesto en el artículo 3, apartado 1, letra b) del Reglamento de concentraciones el control de partes del grupo Air Berlín, a saber la totalidad de NIKI y LGW. La concentración se realiza mediante la adquisición de acciones. Las actividades comerciales de las empresas concernidas son las que se reflejan en el de escritor 442, cuyo contenido, se da por reproducido. En fecha 7 de noviembre de 2017 la Comisión europea recibió notificación de un proyecto de concentración de conformidad a lo dispuesto en el artículo 4 del reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo que se refiere a las siguientes empresas: EASYJET (Reino Unido.) Determinados activos de Air Berlín (empresa objetivo, Alemania) EASYJET, adquiere, a tenor de lo dispuesto en el artículo 3, apartado 1, letra b) del Reglamento de concentraciones el control de partes de Air Berlín. La concentración se realiza mediante la adquisición de activos. Las actividades comerciales de las empresas mencionadas son: EASYJET: transporte aéreo de pasajeros punto a punto y de bajo coste en Europa. Empresa objetivo: activos que anteriormente formaban parte de las operaciones de Air Berlín en el aeropuerto de Berlín Tegel, incluidas franjas horarias y plazas de estacionamiento nocturno, sin que conste la decisión definitiva de la Comisión europea al respecto. También se declara probado que AIR Berlín dejó de operar vuelos el 28 de octubre de 2017 así como que, Las compañías aéreas que han adquirido los slots o franjas horarias que venían usando en los aeropuertos españoles tanto Air Berlín PLC & Co. LUFTVERKEHRS KG, como su filial NIKI LUFTFAHRT GMBH, durante el periodo comprendido entre agosto de 2017 a febrero 2018, son las que a continuación se indican : la compañía aérea NIKI LUFTFAHRT GMBH (HG) ha realizado las siguientes transacciones o transferencias de slots (o franjas horarias) en los aeropuertos españoles: Transferencia a la compañía aérea del mismo grupo Air Berlín (AB) : los slots o franjas horarias autorizados en el aeropuerto de Palma de Mallorca (PMI) con origen/destino el aeropuerto de Berlín-Tegel (TXL). La compañía aérea Air Berlín ha realizado las siguientes transacciones o transferencias de slots (o franjas horarias) en los aeropuertos españoles: Transferencia a la compañía aérea del mismo grupo LGW-Luftfahrtgesellschaft Walt (HE): los slots o franjas horarias autorizados en el aeropuerto de Barcelona-El Prat (BCN). Transferencia a la compañía aérea EasyJet Airline (EZY): los slots o franjas horarias autorizados en el aeropuerto de Palma de Mallorca (PMI) con origen/destino el aeropuerto de Berlín-Tegel (TXL) y que previamente había sido transferidos a la compañía Air Berlín por parte de la compañía aérea del mismo grupo NIKI Luftfahrt GmbH (HG) Easyjet Airline Company LTD se ha hecho cargo de algunas rutas que anteriormente se realizaban por Air Berlín.

Con tales hechos, la Sala no puede apreciar la existencia de sucesión de empresas.

Sobre esta cuestión el criterio decisivo para determinar la realidad de una transmisión, a los efectos de la Directiva 2001/23/CE y del artículo 44 ET, es si la entidad de que se trata, mantiene su identidad tras el cambio de titular. Para ello, uno de los elementos fundamentales a considerar es si ha continuado de forma efectiva la explotación o se ha reanudado (SS Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 18-3-1986, caso Spijkers y de 11-3-1997, caso Sützen).

De acuerdo con la legislación comunitaria, seguida por la actual redacción del art. 44 ET, el elemento característico de la sucesión de empresa es la transmisión "de una persona a otra" de "la titularidad de una empresa o centro de trabajo", entendiendo por tal "una unidad de producción susceptible de continuar una actividad económica preexistente" (STS 23-11-2004, rec. 6432/2003).

En modo alguno ha quedado demostrado que la explotación empresarial que realizaba AIR BERLIN PLC & CO. LUFTVERKEHRS KG SUCURSAL EN ESPAÑA y de AIR BERLIN PLC & Co. LUFTVERKEHRS KG, haya sido reanudada por Lufthansa y por Easyjet, no se ha acreditado la continuidad en la actividad, en los términos fijados jurisprudencialmente, esto es, como un conjunto organizado de elementos materiales que sean suficientes, "por sí mismos", para "seguir" con la "explotación empresarial" (STS 27-05-2013, rec. 825/2012), doctrina que aplicada al supuesto enjuiciado determina que la Sala debe estimar la excepción de falta de legitimación pasiva de Lufthansa y de Easyjet.

**QUINTO.-** El sindicato USO al que se ha adherido UGT formula demanda en la que se solicita la nulidad del despido colectivo y subsidiariamente la declaración de no ajustado a derecho condenando la empresa a estar y pasar por dicha declaración. Como fundamento de su pretensión sostienen que:

Air Berlín ha llevado a cabo un mero cumplimiento formal del periodo de consultas, y considera que existe fraude de ley, en la medida en que bajo la cobertura formal del periodo de consultas se está vulnerando el derecho a la negociación colectiva y cuya finalidad ha sido evitar el mantenimiento de los contratos de trabajo españoles mediante la aplicación del artículo 44 del E.T.

Nulidad del despido colectivo por defectos en la tramitación del procedimiento de despido colectivo. En concreto, se alega insuficiente aportación de la documentación legalmente exigible, ausencia de buena fe negociadora por parte de las demandadas, presentación de documentos en inglés y en alemán durante el periodo de consultas solicitaron información adicional relativo tanto al traspaso los aviones como la entrega de activos sin que la empresa facilitara dicha información.

Comenzando por analizar la cuestión relativa a la declaración de concurso de la empresa AIR BERLIN PLC & Co. LUFTVERKEHRS KG, acordada por Resolución de fecha 1 de noviembre de 2017, del Tribunal de primera instancia de Charlottenburg referencia nº 36 a IN 4295/17 dictada en el procedimiento de insolvencia sobre bienes de AIR BERLIN PLC & Co. LUFTVERKEHRS KG, en el que se tomó la decisión de iniciar el procedimiento de insolvencia sobre bienes de la deudora como consecuencia de su insolvencia y sobreendeudamiento con fecha del 1/11/2017 como procedimiento de insolvencia principal en virtud del artículo 3 párrafo primero del Reglamento UE 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2015 sobre procedimientos de insolvencia .

Habiendo admitido todas las partes que la referida empresa se encuentra en situación de concurso de acreedores, sin que se haya formulado solicitud de concurso de carácter territorial en España, debemos precisar que, el artículo 10.3 de la Ley Concursal dispone:

*“Si el centro de los intereses principales nos hallase en territorio español, pero el deudor tuviese en este un establecimiento, será competente el juez de lo mercantil en cuyo territorio radique y, de existir varios, donde se encuentre cualquiera de ellos, a elección del solicitante.*

*Por establecimiento se entenderá todo lugar de operaciones en el que el deudor ejerza de forma no transitoria una actividad económica con medios humanos y bienes.*

*Los efectos de este concurso, que en el ámbito internacional se considerará “concurso territorial” se limitarán a los bienes del deudor, afectos o no a su actividad, que estén situados en España. En el caso de que en el estado donde el deudor tiene centro de sus intereses principales se abra un procedimiento de insolvencia, se tendrán en cuenta las reglas de coordinación previstas en el capítulo IV del título IX de esta Ley.”*

Partiendo de la base de que AIR BERLIN PLC & CO. LUFTVERKEHRS KG SUCURSAL EN ESPAÑA no es una persona jurídica al carecer de una personalidad diferenciada de la de su matriz de AIR BERLIN PLC & Co. LUFTVERKEHRS KG, y teniendo en cuenta que el artículo 295 del Reglamento del Registro Mercantil define la sucursal en los siguientes términos:

*“A efectos de lo prevenido en este reglamento, se entenderá por sucursal todo establecimiento secundario dotado de representación permanente y de cierta autonomía de gestión, a través del cual se desarrollen, total o parcialmente, las actividades de la sociedad.”*

Se infiere de dicho precepto el hecho de que es la sociedad matriz quien desarrolla las “actividades” y que lo hace mediante la sucursal por encontrarse está dotada de un poder de representación (representación de la sociedad matriz, se entiende) de carácter permanente.

Existen referencias explícitas a dicha característica en el Derecho Europeo. Así, aunque específicamente referidas a entidades de crédito, tanto la Directiva 2000/12/CE de 20 de marzo, como la Directiva 2006/48/CE de 14 de junio, que deroga la anterior, definen la sucursal como “una sede de explotación que constituye una parte, desprovista de personalidad jurídica, de una entidad de crédito, que efectúe directamente, de modo total o parcial, las operaciones inherentes a la actividad de una entidad de crédito.”

Por su parte, la Dirección General de los Registros y del Notariado sostiene, entre otras, en su Resolución de 24 de mayo de 2007 que “la creación de la sucursal implica por parte de la sociedad matriz el acuerdo de apertura de un centro negociar secundario, dotado de representación permanente y de cierta autonomía de gestión, a través del cual se desarrollen en todo o en parte las actividades de la sociedad y el nombre de ésta se realiza la actividad jurídica. La creación de una sucursal no da lugar al nacimiento de una nueva persona jurídica, como sucede en caso de creación de filial”

No es extraño que la sucursal pueda actuar en el tráfico y obligarse contractualmente, como tampoco lo es que se le reconozca capacidad para actuar procesalmente ya que todos esos actos los lleva a cabo la propia matriz por más que para realizarlo se valga de la representación permanente que de ella ostentan la sucursal, que no deja de constituir, por ello mismo, un órgano de la propia matriz.

Nada impide que si la empresa alemana AIR BERLIN PLC & Co. LUFTVERKEHRS KG. dispone en España de un establecimiento y de bienes gestionados por su

sucursal AIR BERLIN PLC & CO. LUFTVERKEHRS KG SUCURSAL EN ESPAÑA, pueda siempre que concurren los requisitos, solicitar la declaración de un concurso territorial, que habrá de proyectarse sobre AIR BERLIN PLC & Co. LUFTVERKEHRS KG. y no sobre AIR BERLIN PLC & CO. LUFTVERKEHRS KG SUCURSAL EN ESPAÑA y por tanto, conforme a lo dispuesto en el artículo 211 y siguientes de la Ley Concursal, el reconocimiento de un procedimiento extranjero principal permitirá abrir en España un concurso territorial sin necesidad de examinar la insolvencia del deudor. Podrá solicitar la declaración de un concurso territorial: 1º Cualquier persona legitimada para solicitar la declaración de concurso con arreglo a esta ley. 2º El representante del procedimiento extranjero principal.

Hay que tener en cuenta que el artículo 124 de la LRJS establece en su apartado 11 in fine , (...) La sentencia declarará nula la decisión extintiva cuando el empresario no haya realizado el período de consultas o entregado la documentación prevista en el artículo 51.2 ET o no haya respetado el procedimiento establecido en el artículo 51.7 del mismo texto legal u obtenido la autorización judicial del juez del concurso en los supuestos en que esté legalmente prevista, así como cuando la medida empresarial se haya efectuado en vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas.

Debiendo declarar la Sala el despido nulo al no constar que la empresa AIR BERLIN PLC & Co. LUFTVERKEHRS KG. haya abierto un concurso territorial en España con la finalidad de haber obtenido la autorización judicial del juez del concurso, pese a estar el supuesto legalmente previsto.

**SEXTO.-** Despido que igualmente debe declararse nulo tal y como pretende la parte actora al denunciar que la empresa no aportó al período de consultas información preceptiva y/o pertinente.

Como ha declarado la SAN de 27-10-2017, rec. 182/2017 *“Recordemos que el RD 1483/2012 exige una determinada documentación, cuya omisión constituye causa de nulidad del despido ( art 124.11 LRJS ), si bien cabe destacar tres matices:*

*a) Los documentos no revisten carácter ad solemnitatem, de manera que su omisión provocará únicamente la nulidad del despido cuando impidan que la negociación pueda alcanzar sus objetivos ( STS 27-05-2013, Rec.78/2012 y STS 18-02-2014, Rec.74/2013 ).*

*b) Si el empresario no aporta toda la documentación exigible legal y reglamentariamente, le corresponderá acreditar la irrelevancia de la misma para la consecución de los objetivos del periodo de consultas (STS 18-07-2014, Rec.313/2013).*

*c) Si la documentación legal y reglamentariamente exigible resulta insuficiente o se cuestiona su autenticidad, los representantes de los trabajadores pueden requerir otra distinta, pero en tal caso les corresponde la carga de la prueba de su pertinencia y han de haberla reclamado en el periodo de consultas para que, caso de ser pertinente y no haberse aportado injustificadamente, se declare la nulidad de la medida ( SAN 24-02-2014, proced. 493/2013 ).”*

La empresa demandada alega causas económicas para proceder a la tramitación del despido colectivo, y así en la comunicación a la Autoridad laboral señala que, las cuentas anuales revelan de forma unánime y convergente una situación económica insostenible, pudiendo anticiparse como dato más representativo de la causa económica alegada las pérdidas y deterioro patrimonial que se desglosan seguidamente Especificación de las causas del despido colectivo: la crítica situación económica que padece la empresa (AIR BERLÍN KG) y su grupo AIR BERLÍN PLC desde el año 2013 se ha deteriorado gravemente alcanzado en una situación de colapso financiero en agosto de 2017 con la decisión de la empresa de cesar toda la actividad con efectos a finales del mes de octubre de 2017. Dicha situación de total inviabilidad económica de AIR BERLÍN KG y, por tanto, de nuestra sucursal, nos obliga a proceder a la amortización de todos los puestos de trabajo. Para comprender el profundo vaciamiento de la situación durante 2017 en la memoria se analizan profundidad de forma global la situación económica de la empresa y de su grupo, máxime teniendo en cuenta que en España únicamente se cuenta con esta sucursal sin personalidad jurídica separada. Señala que, las cuentas anuales retribuidas revelan de forma unánime y convergente una situación económica insostenible, pudiendo anticiparse como dato más representativo de la causa económica agregada las pérdidas y deterioro patrimonial que se desglosan seguidamente: pérdidas anuales del grupo Air Berlín PLC. 2013: -315,5 millones de euros; 2014:- 376,7 millones de euros; 2015:- 446,6 millones de euros; 2016:- 718,9 millones de euros; 2017: a 30 de junio de 2017:- 417,6 millones de euros.

Deterioro patrimonial de la empresa del grupo Air Berlín PLC durante los años 2015 al actual 2017 se ha producido el siguiente deterioro financiero de la empresa con un valor patrimonial negativo desde el 31 de diciembre de 2015 hasta la insostenible situación actual:

2015 valor patrimonial neto negativo/Equity- 799.386 000.

2016 valor patrimonial neto negativo/Equity- 1. 470. 194. 000

2017 valor patrimonial neto negativo/Equity- 1. 94 6.0 75. 000

Ante esta situación de inviabilidad de la empresa. Con fecha 12 de octubre de 2017 la dirección de la empresa suscribió declaración de cese total de su actividad que tendrá efectos a finales del presente mes de octubre de 2017.

El artículo 51.1 ET párrafo segundo establece *“se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas. En todo caso, se entenderá que la 10.000 funciones persistente si durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior”*.

Disponiendo el artículo 4 del Real Decreto 1483/2012, bajo la rúbrica “documentación en los despidos colectivos por causas económicas”,

*1. En los despidos colectivos por causas económicas, la documentación presentada por el empresario incluirá una memoria explicativa que acredite, en la forma señalada en los siguientes apartados, los resultados de la empresa de los que se desprenda una situación económica negativa.*

*2. Para la acreditación de los resultados alegados por la empresa, el empresario podrá acompañar toda la documentación que a su derecho convenga y, en*

*particular, deberá aportar las cuentas anuales de los dos últimos ejercicios económicos completos, integradas por balance de situación, cuentas de pérdidas y ganancias, estado de cambios en el patrimonio neto, estado de flujos de efectivos, memoria del ejercicio e informe de gestión o, en su caso, cuenta de pérdidas y ganancias abreviada y balance y estado de cambios en el patrimonio neto abreviados, debidamente auditadas en el caso de empresas obligadas a realizar auditorías, así como las cuentas provisionales al inicio del procedimiento, firmadas por los administradores o representantes de la empresa que inicia el procedimiento. En el caso de tratarse de una empresa no sujeta a la obligación de auditoría de las cuentas, se deberá aportar declaración de la representación de la empresa sobre la exención de la auditoría.*

*3. Cuando la situación económica negativa alegada consista en una previsión de pérdidas, el empresario, además de aportar la documentación a que se refiere el apartado anterior, deberá informar de los criterios utilizados para su estimación. Asimismo, deberá presentar un informe técnico sobre el volumen y el carácter permanente o transitorio de esa previsión de pérdidas basado en datos obtenidos a través de las cuentas anuales, de los datos del sector al que pertenece la empresa, de la evolución del mercado y de la posición de la empresa en el mismo o de cualesquiera otros que puedan acreditar esta previsión.*

*4. Cuando la situación económica negativa alegada consista en la disminución persistente del nivel de ingresos o ventas, el empresario deberá aportar, además de la documentación prevista en el apartado 2, la documentación fiscal o contable acreditativa de la disminución persistente del nivel de ingresos ordinarios o ventas durante, al menos, los tres trimestres consecutivos inmediatamente anteriores a la fecha de la comunicación de inicio del procedimiento de despido colectivo, así como la documentación fiscal o contable acreditativa de los ingresos ordinarios o ventas registrados en los mismos trimestres del año inmediatamente anterior.*

*5. Cuando la empresa que inicia el procedimiento forme parte de un grupo de empresas, con obligación de formular cuentas consolidadas cuya sociedad dominante tenga su domicilio en España, deberán acompañarse las cuentas anuales e informe de gestión consolidados de la sociedad dominante del grupo debidamente auditadas, en el caso de empresas obligadas a realizar auditorías, durante el periodo señalado en el apartado 2, siempre que existan saldos deudores o acreedores con la empresa que inicia el procedimiento. Si no existiera obligación de formular cuentas consolidadas, además de la documentación económica de la empresa que inicia el procedimiento a que se ha hecho referencia, deberán acompañarse las de las demás empresas del grupo debidamente auditadas, en el caso de empresas obligadas a realizar auditorías, siempre que dichas empresas tengan su domicilio social en España, tengan la misma actividad o pertenezcan al mismo sector de actividad y tengan saldos deudores o acreedores con la empresa que inicia el procedimiento.*

En el presente caso al expediente se incorpora un informe técnico relativo al centro de Palma de Mallorca, sin hacer referencia alguna a los centros que operan como "home office" de Madrid y Barcelona. En su análisis recoge que únicamente se han tenido en consideración las cuentas anuales consolidadas de la sociedad cerradas al 31 de diciembre de 2016 auditadas y las cuentas consolidadas cerradas

interinamente a 30 de junio de 2017 no auditadas, así como una serie de estadísticas sobre transporte aéreo europeo de pasajeros compiladas y elaboradas por EUROSTAR accesibles a través de la página web.

No se aportan las cuentas anuales de los dos últimos ejercicios económicos completos. Tampoco la auditoría de cuentas contables, ni se invoca su exención (conforme al artículo 263 de la Ley de Sociedades de Capital aprobada por Real Decreto Legislativo 1/2010 de 2 de julio).

Durante el periodo de consultas la empresa entrega los representantes de los trabajadores documentación no traducida al castellano y pese a haber solicitado su traducción no se aporta alegando la empresa razones temporales y falta de medios económicos. No se entregan traducidas al castellano las cuentas anuales completas cerradas al 31 de diciembre de 2015 de Air Berlín y los estados contables, es decir, balance y cuenta de resultados de Air Berlín KG correspondientes a los ejercicios 2015 y 2016 firmadas por los responsables de dicha empresa.

La RLT también reclama a la empresa en el proceso negociador los acuerdos suscritos entre las compañías aéreas de transporte de viajeros y carga del Grupo Lufthansa y Air Berlín por considerar la existencia de un traspaso de actividad desde Air Berlín al Grupo Lufthansa, a tal efecto se reclama el destino de los 38 aviones que en enero de 2017 se traspasaron por Air Berlín a la nueva empresa Air Berlín Aeronautics, y la documentación en cuanto a los condiciones de entrega de activos materiales e inmateriales y traspaso del personal desde la empresa Air Berlín PLC al grupo Lufthansa y también al grupo Easyjet de transporte aéreo.

Tanto la falta de información preceptiva, como de información pertinente en este caso solicitada de modo reiterado a lo largo del período de consultas sin que la empresa la aportara ni ofreciera un motivo verdaderamente razonable para no hacerlo, impidió que el período de consultas alcanzase sus fines.

En definitiva, dada la pertinencia de la información requerida y que no pudo ser considerada por los representantes de los trabajadores a la hora de valorar propuestas y realizar sus contrapropuestas, entendemos que se obstaculizó significativamente que el período de consultas pudiera alcanzar adecuadamente sus fines.

Las precedentes consideraciones nos llevan a estimar, en parte, la demanda declarando la nulidad de la decisión colectiva extintiva, con las consecuencias previstas en el art. 124.11 LRJS, y la absolución de las dos empresas codemandadas estimando en consecuencia la falta de legitimación pasiva por las mismas alegada.

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

### **FALLAMOS**

Desestimamos la excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda alegada por LUFTHANSA GERMAN AIRLINES AG y por EASYJET AIRLINE COMPANY LIMITED, estimamos la excepción de falta de legitimación pasiva alegada por LUFTHANSA GERMAN AIRLINES AG y por EASYJET AIRLINE COMPANY LIMITED, estimamos, en parte, la demanda formulada por D<sup>a</sup> María Eugenia MORENO DÍAZ, Letrado del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, en



nombre y representación de UNIÓN SINDICAL OBRERA (USO), a la que se ha adherido UGT, contra AIR BERLIN PLC & CO. LUFTVERKEHRS KG SUCURSAL EN ESPAÑA, AIR BERLIN PLC & Co. LUFTVERKEHRS KG, D. LUCAS F.FLOTHER, ANDREAS WISSING, AIR BERLIN PLC, LUFTHANSA GERMAN AIRLINES AG, EASYJET AIRLINE COMPANY LIMITED, FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, sobre IMPUGNACION DE DESPIDO COLECTIVO. Declaramos la nulidad de la decisión extintiva producida con efectos de 24 de noviembre de 2017 y el derecho de los trabajadores a reincorporarse a su puesto de trabajo con abono de los salarios dejados de percibir a lo que condenamos a AIR BERLIN PLC & CO. LUFTVERKEHRS KG SUCURSAL EN ESPAÑA, y AIR BERLIN PLC & Co. LUFTVERKEHRS KG, absolvemos a LUFTHANSA GERMAN AIRLINES AG y a EASYJET AIRLINE COMPANY LIMITED de las pretensiones de la demanda.

Notifíquese la presente sentencia a las partes advirtiéndoles que contra la misma cabe Recurso de Casación ante la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, que podrá prepararse ante esta Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en el plazo de CINCO DÍAS hábiles desde la notificación, pudiendo hacerlo mediante manifestación de la parte o de su Letrado al serle notificada, o mediante escrito presentado en esta Sala dentro del plazo arriba señalado.

Al tiempo de preparar ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional el Recurso de Casación, el recurrente, si no goza del beneficio de Justicia gratuita, deberá acreditar haber hecho el depósito de 600 euros previsto en el art, 229.1.b de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, y, en el caso de haber sido condenado en sentencia al pago de alguna cantidad, haber consignado la cantidad objeto de condena de conformidad con el art, 230 del mismo texto legal, todo ello en la cuenta corriente que la Sala tiene abierta en el Banco de Santander Sucursal de la Calle Barquillo 49, si es por transferencia con el nº 0049 3569 92 0005001274 haciendo constar en las observaciones el nº 2419 0000 00 0369 17; si es en efectivo en la cuenta nº 2419 0000 00 0369 17, pudiéndose sustituir la consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario, en el que conste la responsabilidad solidaria del avalista.

Llévese testimonio de esta sentencia a los autos originales e incorpórese la misma al libro de sentencias.

Así por nuestra sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.