



Roj: **STSJ CAT 14516/2013 - ECLI: ES:TSJCAT:2013:14516**

Id Cendoj: **08019340012013109179**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **19/12/2013**

Nº de Recurso: **25/2013**

Nº de Resolución: **60/2013**

Procedimiento: **Demandas**

Ponente: **MARIA DEL PILAR MARTIN ABELLA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

**SALA SOCIAL**

F.S.

ILMO. SR. LUÍS JOSÉ ESCUDERO ALONSO

ILMA. SRA. MARIA PILAR MARTIN ABELLA

ILMO. SR. CARLOS HUGO PRECIADO DOMENECH

En Barcelona a 19 de diciembre de 2013

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. citados al margen,

**EN NOMBRE DEL REY**

ha dictado la siguiente

**SENTENCIA Nº 60/2013**

En el PROCEDIMIENTO de **DESPIDO COLECTIVO Nº 25/2013**, ha actuado como **Ponente** la Ilma. Sra. MARIA PILAR MARTIN ABELLA.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**ÚNICO** .- Con fecha 11-4-13 tuvo entrada en la Secretaria de esta Sala la demanda de impugnación de despido colectivo (ERE NUM001 ) de la empresa INSTITUTO GERIÁTRICO FÉNIX S.A. en la que interviene como parte demandante el COMITÉ DE EMPRESA de la misma compuesto por Diana , Luz , Sonsoles y Ariadna y como parte demandada INSTITUTO GERIÁTRICO FÉNIX S.L., NOU MODERN MARKET S.L., **FIAZ FUERZA GESTORA S.L.**, PRIMEDALE PARTICIPATION S.A. y los administradores de la primera Jose María , Marco Antonio e Camilo , que fué admitida a trámite. Por escrito de fecha 1 de octubre de 2013, el letrado de la actora desiste de la acción ejercitada respecto a las sociedades INSTITUTO GERIÁTRICO FÉNIX S.L. y NOU MODERN MARKET S.L., manteniendo su acción contra **FIAZ FUERZA GESTORA S.L.** ahora denominada INSTITUTO GERIÁTRICO FÉNIX S.L. y los restantes codemandados citados en la demanda, dictándose decreto de fecha 3 de octubre de 2013 de conformidad con lo solicitado. Se ha celebrado el correspondiente acto de la vista el pasado día 11 de noviembre de 2013 en el que tras ratificarse la parte actora en las peticiones del suplico de la demanda solicita que se declare la nulidad de la decisión extintiva adoptada condenando a las codemandadas INSTITUTO GERIÁTRICO FÉNIX S.A.- sociedad irregular-, *INSTITUTO GERIÁTRICO FÉNIX S.L.* ( *anteriormente denominada **FIAZ FUERZA GESTORA S.L.***) y *PRIMEDALE PARTICIPATION S.A.* y sus administradores Jose María , Marco Antonio y Camilo a estar y pasar por esta declaración y a la readmisión inmediata de los trabajadores afectados por la medida, con condena solidaria al pago de los salarios dejados de percibir desde



la fecha de la extinción efectiva. Subsidiariamente, se declare no ajustada a derecho, condenando a los mismos demandados a estar y pasar por esta declaración y a la readmisión inmediata de los trabajadores afectados por la medida, con condena solidaria al pago de los salarios dejados de percibir desde la fecha de la extinción efectiva, o alternativamente, a las consecuencias previstas para el despido improcedente, optando por la readmisión o la misma indemnización. Únicamente compareció el demandado Marco Antonio asistido de letrado oponiéndose a la demanda para solicitar su absolución por cuanto la demanda formulada es genérica y no puede aplicarse la teoría del levantamiento del velo a las personas físicas pues no se dan los requisitos jurisprudenciales exigidos de confusión patrimonial y por cuanto su relación laboral era ordinaria y fue incluido como tal en el ERE y no era socio, partícipe ni ejercía funciones de administración, dirección, control o gerencia en la sociedad, sino que era el Sr. Jose María el consejero delegado con facultades delegadas en la empresa; y que únicamente fue nombrado secretario del consejo de administración por período del 23/02/2012 hasta el 12/02/2013 en que renunció. También alega que no pueden aplicarse las normas de la sociedad irregular a la empresa INSTITUTO GERIÁTRICO FÉNIX S.A. pues con la transformación de la empresa se conserva la personalidad jurídica de la misma, y la falta de inscripción en el Registro Mercantil sólo impide su eficacia, manteniéndose como S.L. Los restantes codemandados no comparecieron, por lo que se declaró su rebeldía. Se practicaron las pruebas admitidas, según consta en la grabación efectuada. Y terminado el acto elevando las partes personadas formularon sus conclusiones.

## HECHOS PROBADOS

1. - En fecha 30 de diciembre de 2011 la sociedad **FAZ FUERZA GESTORA** S.L. absorbió las sociedades INSTITUTO GERIÁTRICO FÉNIX S.L. y NOU MODERN MARKET S.L., pasando a adquirir la denominación de la extinguida INSTITUTO GERIÁTRICO FÉNIX S.L. ( documento nº 12 del ramo de prueba de la actora y 16 del ramo de la demandada comparecida). En fecha 30 de julio de 2013 la operación se publica en el Registro Mercantil ( reconocimiento de la actora).
2. -En fecha 23 de febrero de 2012, se otorga escritura de transformación de sociedad y unipersonalidad de la sociedad INSTITUTO GERIÁTRICO FÉNIX S.L. en una sociedad anónima, pasando a denominarse INSTITUTO GERIÁTRICO FÉNIX S.A. sin cambio alguno en su domicilio, objeto, duración, ni en su personalidad jurídica. ( documento nº 18 del ramo de prueba de la actora y 17 del ramo de la demandada comparecida), que no se acredita conste inscrita en el Registro Mercantil. Esta última sociedad opera en el tráfico jurídico actuando como empleadora de los trabajadores afectados por el despido colectivo impugnado ( folios 50 a 128).
3. -En la escritura de 23 de febrero de 2012 se nombró como secretario del Consejo de administración a Marco Antonio , que renunció a su cargo y poder conferidos en escritura de 12 de febrero de 2013 (documento nº 20 del ramo de prueba de la demandada).
4. - La sociedad PRIMEDALE PARTICIPATION S.A., de nacionalidad luxemburguesa, ostenta la titularidad del 100% de las acciones de INSTITUTO GERIÁTRICO FÉNIX S.A. y anteriormente el 99% de las participaciones sociales de **FAZ FUERZA GESTORA** S.L.
5. - La empresa INSTITUTO GERIÁTRICO FÉNIX S.A. presenta inicialmente un ERE NUM000 por **fuerza** mayor para el cese total de la actividad del centro de PACS DE PENEDÉS, del que desiste al no resultar acreditadas las causas ( folios 50 y 51 y doc. nº 10 de la actora).
6. - En fecha 25 de febrero de 2013 se inicia el período de consultas en el Expediente de Despido colectivo NUM001 en cuya acta consta que se comunica a los trabajadores que al día siguiente se iba a presentar un ERE ante la autoridad laboral por causas productivas consistentes en no haberse prorrogado el contrato de plazas concertadas con el centro Residencial Pacs del Penedès y traslado de todos los usuarios del centro, que se dan por reproducidas, aportando la empresa a los trabajadores las cuentas anuales de los 3 últimos años y auditorías, escrituras de fusión y transformación a S.A., relación de personal afectado e informe económico y memoria técnica (folio 125 y documento nº 4 del ramo de prueba de la actora). Consta que fue comunicado en fecha 25 de febrero de 2013 ( por error consta día 22) al comité de empresa y representación de los trabajadores que se iba a presentar el ERE ante la autoridad laboral por causas productivas ( folio 124 de autos y documento nº 3 del ramo de prueba de la actora). En fecha 26 de febrero de 2013 la empresa INSTITUTO GERIÁTRICO FÉNIX S.A. presenta ante el Departament d'Empresa i Ocupació Serveis Territorials a Catalunya de la Generalitat de Catalunya el nuevo Expediente de Despido colectivo que afecta a la totalidad de la plantilla ( 59 trabajadores) con nº NUM001 de causas económicas, técnicas y organizativas ( folio 112), impugnado en este procedimiento.
7. - Las reuniones entre la empresa y los representantes de los trabajadores tienen lugar los días 27 de febrero de 2013 y 6 de marzo de 2013 (en la que el/la inspectora actuante requirió a la empresa para aportar el organigrama del grupo de empresas y las cuentas anuales auditadas del grupo), siguiéndose con la mediación



de la inspección de trabajo, y finaliza sin acuerdo el 13 de marzo de 2013 ( folio 112 ). En fecha 14 de marzo de 2013 la empresa comunica al Departament d'Empresa i Ocupació la decisión de extinguir los contratos de trabajo de la totalidad de la plantilla del centro de trabajo ( folios 58 a 60).

**8.** - La empresa, sin comunicarlo a los representantes de los trabajadores, adopta la decisión de extinguir los contratos de la totalidad de la plantilla de la misma compuesta por 59 trabajadores, entregando individualmente cartas en fecha 14 de marzo de 2013 en las que consta como fecha de efectos del despido el 31 de marzo de 2013, incluyendo a Marco Antonio ( doc. nº 7 a 9 de la actora y 12 de la demandada comparecida).

**9.** - En fecha 21 de enero de 2013 Institut Català d'Assistència i Serveis Socials de la Generalitat de Catalunya comunica a INSTITUTO GERIÁTRICO FÉNIX S.A. como titular del centro "Residencia Penedès" ubicado en el municipio de Pacs del Penedès, donde se prestaba el servicio de residencia asistida con capacidad registral de 87 plazas, en virtud de contrato administrativo de gestión de servicio público en régimen de concierto, suscrito con aquél el 14 de diciembre de 2009 con 81 plazas concertadas, que al estar la empresa incurso en la causa de prohibición de contratar con la Administración Pública prevista en el art. 60.1.d) del RDL 3/2011, de 14 de noviembre de la Ley de Contratos del Sector Público, no se procedería a suscribir la nueva prórroga del contrato ( doc. nº 6 de la actora).

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- Al objeto de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 97.2 de la Ley 36/2011 de 10 de octubre (LA LEY 19110/2011) reguladora de la jurisdicción social, se declara que la relación de hechos probados se ha establecido como resultado de la valoración conjunta de la prueba practicada en el acto del juicio, consistente en la documental aportada por las partes comparecidas y la que consta en autos (Expediente de Regulación de Empleo remitido por la autoridad laboral).

**SEGUNDO** .- Al amparo de la letra b) del apartado 2 del art. 124 de la LRJS , se alega por la actora el incumplimiento de lo previsto en el art. 51.2 del ET por los siguientes motivos:

a) En primer lugar, la actora manifiesta que si bien se alega en el formulario de presentación como causa del despido una causa productiva, de manera indirecta también se alega una causa económica, y en materia de grupo de empresas, se debería haber aportado, de conformidad con lo dispuesto en el art. 4.5 del RD 1483/2012 , las cuentas anuales de la sociedad PRIMEDALE PARTICIPATION S.A. o bien el informe de gestión consolidado ( al ser sociedad dominante por ser accionista único de la demandada dominada INSTITUTO GERIÁTRICO FÉNIX S.A.), pues pese a ser una sociedad luxemburguesa, la sociedad que presenta el despido colectivo es de nacionalidad española, sometida a la legislación española y siendo INSTITUTO GERIÁTRICO FÉNIX S.A. una sociedad irregular, el empresario real y único es aquella.

Dejando al lado las alegaciones sobre la sociedad irregular efectuadas, que se resolverán más adelante en la presente sentencia, y centrándonos en el incumplimiento formal alegado, cabe decir , que de la documentación aportada por el Departament d'Empresa i Ocupació Serveis Territorials a Catalunya de la Generalitat de Catalunya, se desprende que si bien en el inicio del período de consultas y comunicación dirigida por la empresa al comité de empresa y representación de los trabajadores se alega como causa una causa productiva consistente en no haberse prorrogado el contrato de plazas concertadas con el centro Residencial Pacs del Penedès y traslado de todos los usuarios del centro, y que así reconoce la actora se hizo constar en el escrito de solicitud, se acredita que también se alegaban causas económicas por cuanto así se hizo constar por el/ la inspectora actuante ( folio 112), que durante la mediación llevada a cabo por la misma entre las partes durante las reuniones existentes entre las mismas, requirió a la empresa para que aportara el organigrama del grupo de empresas y las cuentas anuales auditadas del grupo, lo que no consta hizo aquella (folio 114), lo que resulta además corroborado por el hecho de que la empresa en el inicio del período de consultas entregase a los trabajadores las cuentas anuales de los 3 últimos años y auditorías, escrituras de fusión y transformación a S.A., relación de personal afectado e informe económico y memoria técnica ( folio 125 y documento nº 4 del ramo de prueba de la actora). La recurrente considera que, existiendo grupo de empresas, se debería haber aportado, de conformidad con lo dispuesto en el art. 4.5 del RD 1483/2012 , las cuentas anuales de la sociedad PRIMEDALE PARTICIPATION S.A. o bien el informe de gestión consolidado. Dispone dicho precepto que " *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." , señalando el art. 18 del RDL 1/2010, de 2 de julio Ley de sociedades de capital, que "se considerará que existe grupo de sociedades cuando concurra alguno de los casos establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio , y será sociedad dominante la que ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras.", y el art. 42 del CComercio que "Existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. En particular, se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones: **a)** Posea la mayoría de los derechos de voto. **b)** Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración. **c)** Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto. **d)** Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. " Sentado lo anterior, consideramos que en el caso de autos, PRIMEDALE PARTICIPATION S.A., ostenta la titularidad del 100% de las acciones de INSTITUTO GERIÁTRICO FÉNIX S.A., ostentaría la condición de sociedad dominante ( según se desprende de las alegaciones de la recurrente) y teniendo nacionalidad luxemburguesa, no constando que tenga domicilio en España, no procede la aplicación del precepto que la recurrente invoca como infringido.

b) En segundo lugar, la actora invoca la falta de un período de consultas reales, pues no se ha producido una "negociación" ya que la empresa ya había tomado la determinación de cesar con la actividad, sin ofrecer ni permitir la visión de alternativas que permitieran la continuidad de al menos una parte de la plantilla, sin ofrecer alternativas que permitieran disminuir los efectos de la extinción o pagar o garantizar el pago de la indemnización mínima legal o los salarios pendientes a la fecha de la extinción. Cita la sentencia del TSJ de Madrid de 30-5-2012 y de la Audiencia Nacional de fecha 21/11/2012 .

Sobre la cuestión planteada, cabe decir que consideramos que el principio de **buena fe** durante la negociación, que supone que las partes deben negociar con vistas a alcanzar a un acuerdo, subsiste en la legislación vigente, pese a que la interpretación literal de la norma vigente tras la redacción dada por la Ley 3/2012 en una primera aproximación solo podría fundamentar el motivo de la demanda con base a la causa del **incumplimiento «total»** del período de consultas para la adopción de un despido colectivo. En este sentido, se considera que hay un **incumplimiento de dicha obligación**, cuando la empresa se limita a exponer su posición, inamovible, de proceder a la tramitación del ERE con fijación de la indemnización mínima legal y aun cuando el acuerdo sólo era posible **si los trabajadores aceptaban los términos** ofrecidos por la empresa, admitiendo su posición ( TSJ Madrid 30-5-12 ). Obviamente, tal postura no constituye una negociación caracterizada por su dinámica de concesiones recíprocas o de construcción de soluciones y opciones consensuadas. Quien se acerca a la mesa de consultas de un ERE con la única posibilidad sobre la mesa, la suya, no negocia porque no intercambia valor alguno, ni efectúa concesiones, ni ofrece opciones. Sencillamente se limita a tratar de cumplir formalmente un trámite, el de período de consultas o de negociación, y tal comportamiento no constituye una negociación de buena fe. El período de consultas se constituye, de este modo, en una de las manifestaciones típicas, de los procesos de información y consulta entre empresa y representantes de los trabajadores, regulada en el art. 64.1 ET , que contiene los derechos de información y consulta de los representantes de los trabajadores. El precepto se acomoda a los requerimientos del art. 2 de la Directiva 1998/59/CE , que obliga al empresario a realizar en tiempo hábil un período de consultas con los representantes de los trabajadores con vistas a llegar a un acuerdo, entendiéndose que dicho período debe versar, como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias. El artículo 7 del RD 1483/12 prevé, en relación con el período de consultas, que el mismo "deberá versar, como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento, tales como medidas de recolocación o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad. A tal fin los representantes de los trabajadores deberán disponer desde el inicio del período de consultas de la documentación preceptiva establecida en los artículos 3, 4 y 5 y las partes deberán negociar de buena fe". Por su parte, el artículo 8 del Reglamento, referido a las medidas sociales de acompañamiento, contempla unas tendentes a evitar o reducir los despidos colectivos -recolocación interna, movilidad funcional, movilidad geográfica, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, inaplicación de condiciones de trabajo del convenio colectivo aplicable, acciones de formación o reciclaje profesional - y otras tendentes a atenuar las consecuencias del despido entre los trabajadores afectados - derecho a reingreso preferente en vacantes, recolocación externa mediante empresas de recolocación autorizadas, acciones de formación o reciclaje profesional, promoción del empleo por cuenta propia, medidas



compensatorias de los gastos derivados de movilidad geográfica o de las diferencias salariales con un nuevo empleo -.

En nuestro caso, no se acredita que la empresa haya aportado medida alguna tendente a evitar o reducir los despidos, sino que en la comunicación que la misma hizo al comité de empresa y representación de los trabajadores del centro, se hacía referencia a la imposibilidad de reducir o evitar los efectos del ERE al haber cesado la total actividad del centro por la no prórroga del contrato de plazas concertadas con el centro y no disponer de otros centros residenciales, ofreciendo tan sólo el derecho preferente de reingreso en caso de que el centro reactivase su actividad ( folio 124), sin que conste acreditado que hubo opciones o concesiones en las reuniones existentes, como podría haber sido que el despido hubiera afectado tan sólo a parte de los trabajadores, continuando la actividad con éstos, o que se hubiera intentado la movilidad geográfica a otros centros ( en la memoria explicativa de las causas que la empresa presentó a la autoridad laboral consta que la actividad del INSTITUTO GERIÁTRICO FÉNIX consiste en prestar servicios residenciales para personas mayores con diferentes grados de dependencia en plazas residenciales en régimen de concierto y/ o colaboración con administraciones públicas, plazas residenciales privadas, plazas de centros de Día, y que pare ello contaba con 4 centros productivos : PACS DEL PENEDÉS, MONTEMAR, MAYORES y RGS, sin que conste acreditados que están cerrados estos 3 centros) presentando servicio de residencia asistida dirigido a posibles usuarios en régimen privado. Consideramos que hubo por ello un incumplimiento del período de consultas de suficiente entidad como para estimar la concurrencia del incumplimiento invocado por la actora, determinando su incumplimiento la nulidad del despido.

c) En tercer lugar, la actora alega que, una vez finalizado el período de consultas sin acuerdo, no se ha comunicado formalmente la decisión final de despido colectivo adoptada por la empresa, a los representantes de los trabajadores, como establece el art. 51 del ET , habiendo tenido conocimiento por los despidos que de forma individual se han producido. Cita la sentencia del TSJ de Madrid de 14/09/2012 que declara la nulidad del despido.

No consta acreditado en autos que la comunicación a los representantes de los trabajadores sobre la decisión final de la empresa de despedir a todos los trabajadores se haya efectuado, y tampoco ha comparecido la empresa ni los codemandados al acto de juicio para acreditarlo, debiendo tenerse por ciertos los hechos alegados en cuanto a tal incumplimiento, de conformidad con lo dispuesto en el art. 91.2 de la LRJS en relación con el art. 304 de la LEC . Y en relación a dicho incumplimiento, dispone el art. 12 del RD 1483/2012 en la redacción aplicable al caso de autos que "1. A la finalización del periodo de consultas, el empresario comunicará a la autoridad laboral competente el resultado del mismo. Si se hubiera alcanzado acuerdo, trasladará a la autoridad laboral copia íntegra del mismo. En todo caso, comunicará a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral la decisión sobre el despido colectivo que realiza, actualizando, en su caso, los extremos de la comunicación a que se refiere el artículo 3.1. La comunicación que proceda se realizará como máximo en el plazo de quince días a contar desde la fecha de la última reunión celebrada en el periodo de consultas. 2. La comunicación a que se refiere el apartado anterior incluirá la documentación correspondiente a las medidas sociales de acompañamiento que se hubieran acordado u ofrecido por la empresa y el plan de recolocación externa en los casos de empresas obligadas a su realización. 4. Transcurrido el plazo a que se refiere el apartado 1 sin que el empresario haya comunicado la decisión de despido colectivo indicada en dicho apartado, se producirá la caducidad del procedimiento de despido colectivo, lo que impedirá al empresario proceder conforme a lo señalado en el artículo 14( notificación individual de los despidos colectivos), sin perjuicio, en su caso, de la posibilidad de iniciar un nuevo procedimiento.". *La caducidad del procedimiento supone que el empresario **no puede proceder a ejecutar** la decisión extintiva mediante la notificación individual a los trabajadores afectados. De hacerlo, la decisión extintiva empresarial debería calificarse como nula en la medida en que el periodo de consultas desarrollado no se considera eficaz, y por lo tanto debería considerarse inexistente a efectos de dar por cumplidas las exigencias legales. En su caso, el empresario debería iniciar un **nuevo procedimiento** , cumpliendo nuevamente todas las exigencias documentales y de consultas que exigen el ET art.51 y el RD 1483/2012 . En el caso de autos, acreditado el incumplimiento invocado por la actora, procedería la declaración de nulidad del despido.*

**TERCERO** .- Al amparo de la letra a) del apartado 2 del art. 124 de la LRJS , se alega por la actora la falta de concurrencia y/o acreditación de las causas del despido.

En primer lugar, la actora manifiesta que en el escrito de comunicación que la empresa presenta al Departamento de Empresa y Ocupación se alega causa productiva, que si bien no se niega pues en fecha 21 de enero de 2013 se comunica la no renovación por parte del Departamento de Bienestar i Familia, del contrato de plazas concertadas del centro de Pacs del Penedés, no puede considerarse como causa justificativa del despido colectivo cuando el cese de una contrata o la finalización de una concesión administrativa es imputable al contratista por voluntad propia o culpa o negligencia, pues la causa de la no renovación del



contrato fue que la sociedad estaba incurso en la causa de prohibición de contratar con la administración pública del art. 60.1.b) del RDL 3/2011, de 14 de noviembre, por no hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o de seguridad social impuestas por la legislación vigente. En segundo lugar, sobre la causa económica, siendo aplicable el art. 51 del ET en la redacción dada por la ley 3/2012, considera que teniendo en cuenta la documentación aportada por la empresa ( que no aporta la documentación del ejercicio 2012) la evolución de los resultados de la sociedad presenta una marcada tendencia creciente en el último ejercicio 2011 tanto en el Resultado de Explotación como en el final, sólo presentó pérdidas en el año 2008 y en los restantes ejercicios beneficios. Considera que pese a la reforma laboral, no sólo debe analizarse la medida de la empresa velando por la concurrencia de la causa, sino también por la justificación de la medida extintiva, y que no cabe duda de que el cese de la actividad y la extinción de la totalidad de los contratos de trabajo es la medida más drástica y que no se ajusta a la realidad de las causas alegadas.

Sobre las cuestiones invocadas, cabe decir que ninguna incidencia tiene su resolución en este pleito, pues se ha considerado nulo el despido por incumplimiento de los requisitos analizados, pero se va a entrar a resolver por esta Sala a mayor abundamiento sobre la concurrencia de tales causas alegadas. En relación con la causa productiva alegada, la **pérdida de una contrata** se ha considerado como causa productiva que justifica el despido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Así, la Sentencia de 26 de abril de 2015 Rec. 2396/2012 proclama que "(así, en las STS de 7 de junio de 2007 (LA LEY 52389/2007) -rcud. 191/2006-, de 31 de enero de 2008 (LA LEY 18053/2008) -rcud. 1719/07-, 12 de diciembre de 2008 (LA LEY 226113/2008) -rcud. 4555/2007- y 16 de mayo de 2011 (LA LEY 83328/2011) -rcud. 2727/2010-).

En la doctrina mencionada se ha venido afirmando que "... la reducción de actividad de servicios a la finalización de la contrata inicial ha generado dificultades que impiden el buen funcionamiento de la empresa; como tal hay que considerar el exceso de personal resultante de tal reducción. A estas dificultades se puede hacer frente mediante amortizaciones de los puestos de trabajo sobrantes, de forma que se restablezca la correspondencia entre la carga de trabajo y la plantilla que la atiende. Y el ámbito de apreciación de la causaproductiva sobrevenida puede ser el espacio o sector concreto de la actividad empresarial afectado por el exceso de personal, que es en el caso la contrata finalizada y renovada con menor encargo de servicios y consiguientemente de ocupación" ( STS de 16 de septiembre de 2009 ( LA LEY 218039/2009) -rcud. 2027/2008 -, reiterando doctrina anterior). Por consiguiente, la pérdida o disminución de encargos de actividad ha de ser considerada por su origen una causaproductiva, en cuanto que significa una reducción del volumen de producción contratada, y por el ámbito en que se manifiesta una causa organizativa, en cuanto que afecta a los métodos de trabajo y a la distribución de la carga de trabajo entre los trabajadores (ya se sostuvo así en la STS 14 de junio de 1996 (LA LEY 7804/1996) -rcud. 3099/1995-)." Pero, tal y como sostiene la recurrente debe distinguirse si la causa de extinción es *imputable* a la empresa o a causas objetivas y dependiendo de ello el *despido* merecerá la calificación que corresponda. Consta acreditado que en fecha 21 de enero de 2013 InstitutCatalà d'Assistència i Serveis Socials de la Generalitat de Catalunya comunica a INSTITUTO GERIÁTRICO FÉNIX S.A. como titular del centro "Residencia Penedès" ubicado en el municipio de Pacs del Penedès, donde se prestaba el servicio de residencia asistida con capacidad registral de 87 plazas, en virtud de contrato administrativo de gestión de servicio público en régimen de concierto, suscrito con aquél el 14 de diciembre de 2009 con 81 plazas concertadas, que al estar la empresa incurso en la causa de prohibición de contratar con la Administración Pública prevista en el art. 60.1.d) del RDL 3/2011, de 14 de noviembre de la Ley de Contratos del Sector Público, no se procedería a suscribir la nueva prórroga del contrato ( doc. nº 6 de la actora), precepto que se refiere a no hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o de Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes, en los términos que reglamentariamente se determinen. La justificación de la causa dependerá entonces de la acreditación de la causa económica, pues su concurrencia podría venir a justificar la pérdida del contrato administrativo de gestión de servicio público en régimen de concierto.

Sobre la causa económica, el art. 51 del ET en la redacción aplicable a fecha de inicio del ERE dispone que "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 disminución es persistente si durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior.". La empresa no compareció al acto de juicio para acreditar la concurrencia de la causa, por el contrario la actora presentó informe de experto, que fue ratificado en el acto de juicio, en el que se manifestaba que de los ejercicios 2008 a 2011 ( pues no constaban presentadas cuentas ni documentación del ejercicio 2012) la sociedad había presentado una evolución económica creciente, tan sólo presentando pérdidas en el año 2008 y beneficios en los restantes ejercicios. La prueba practicada, impide tener por acreditadas la causa económica, y con ella la productiva



alegada por la empresa, si bien como se ha expuesto consideramos que procede la nulidad del despido por incumplimientos analizados en el fundamento de derecho anterior.

**CUARTO.** - Sentado lo anterior, procede entrar a analizar los sujetos responsables de la declaración de nulidad del despido colectivo. La actora dirige su acción contra las empresas *INSTITUTO GERIÁTRICO FÉNIX S.A.-sociedad irregular- INSTITUTO GERIÁTRICO FÉNIX S.L. y PRIMEDALE PARTICIPATION S.A. y sus administradores Jose María , Marco Antonio y Camilo* alegando que la empresa que actúa comunicando el despido colectivo y entregando las cartas de despido a los trabajadores ha sido INSTITUTO GERIÁTRICO FÉNIX S.A., fruto de la transformación en S.L. de la sociedad INSTITUTO GERIÁTRICO FÉNIX S.L, no inscrita en el Registro Mercantil. Por ello, considera que debe aplicarse la normativa mercantil referente a las sociedades en formación, declarando la responsabilidad de socios y administradores, que deben responder de los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento de presentación e inscripción de la misma en el Registro. Considera que la falta de inscripción en el Registro (que determina que no tiene personalidad jurídica) durante 1 año, la convierte en sociedad irregular y que deben aplicarse las normas de la sociedad civil, ya que la sociedad en formación ha continuado las operaciones jurídicas, siendo responsables solidarios los administradores y la sociedad luxemburguesa. Se añade en el escrito de fecha 1 de octubre de 2013 que deben responder también al amparo del art. 14 de la Ley de Sociedades de Capital .

En primer lugar, respecto a *PRIMEDALE PARTICIPATION S.A. nada se ha acreditado en este acto de juicio, salvo que es socia titular del 100% de las acciones de INSTITUTO GERIÁTRICO FÉNIX S.L. y anteriormente del 99% de las participaciones sociales de FIAZ FUERZA GESTORA S.L. .* Ni siquiera se alega que pueda formar un grupo de empresas a efectos laborales con alguna demandada, único título que de haberse acreditado, la haría responsable de las consecuencias del despido enjuiciado. La imputación que la actora pretende en base a los preceptos que invoca de la LSC no tiene cabida en este orden jurisdiccional por falta de jurisdicción ( art. 2 de la LRJS en relación con el art. 9.2 de la LOPJ ), ni resultaría extensible a tenor de sus alegaciones pues manifiesta que la empresa INSTITUTO GERIÁTRICO FÉNIX S.A. es una sociedad que carece de personalidad jurídica, lo que no se corresponde ni con lo dispuesto en la ley 3/2009, de 3 de abril , sobre modificaciones estructurales de sociedades mercantiles - pues la transformación societaria es la operación jurídica en virtud de la cual una compañía cambia el ropaje societario para adoptar un tipo social diferente. Entraña un cambio tipológico, pero se mantiene intacta la personalidad jurídica del ente social ( art. 3 Ley 3/2009, de 3 de abril ) - ni con lo que se establece en la propia escritura de transformación en cuanto a que conserva su personalidad jurídica.

En segundo lugar, respecto de los administradores sociales por incumplimiento de deberes mercantiles, tampoco es competente esta jurisdicción, por cuanto de forma reiterada lo ha declarado la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Así, entre otras la sentencia Rec. 601/1999 establece que "el conocimiento de las pretensiones relativas a la responsabilidad de los administradores por incumplimiento de las obligaciones de su cargo -en general observar la diligencia de un ordenado comerciante y cumplir las normas legales y estatutarias-- no constituyen, en el proceso laboral, una cuestión prejudicial de la que puede conocer conforme al artículo 10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , el orden social, aunque no le esté atribuido orgánicamente. Como afirmó nuestra sentencia citada de 28 Feb. 1997 : Cuando no se trata de identificar sujetos de la relación laboral, sino de extender a otros sujetos responsabilidades de cualquier naturaleza, que les alcanzan por títulos jurídicos no laborales, no se puede calificar la cuestión como prejudicial, porque su decisión no impide y ni siquiera condiciona, la de la pretensión principal. Siendo evidente que para extender la deuda salarial de la compañía a su administrador único, primero ha de establecerse la obligación de la empresa, y, después analizar si la conducta social del Administrador le hace responsable de aquella deuda, ha de concluirse que falta el componente de «necesidad previa», propio de las cuestiones así calificadas. Al no tratarse de una cuestión previa o prejudicial, está bien negada la competencia del Orden Social de la Jurisdicción.»". Tampoco la recurrente efectúa alegación alguna sobre la aplicación a los mismos de la teoría del levantamiento del velo, ni se han acreditado los requisitos que la jurisprudencia exige para que se extienda a ellos las consecuencias de la declaración de nulidad, pues no se ha acreditado ninguna de las situaciones que caracterizadamente autorizan el levantamiento, destacando entre ellas la confusión de patrimonios, la infracapitalización, el fraude, la *persona jurídica* ficticia y la conclusión de contratos entre la *persona física* y «su» sociedad.

En tercer lugar, respecto a la empresa INSTITUTO GERIÁTRICO FÉNIX S.L. procede su condena por cuanto se ha acreditado que en fecha 30 de diciembre de 2011 la sociedad **FIAZ FUERZA GESTORA S.L.** absorbió las sociedades INSTITUTO GERIÁTRICO FÉNIX S.L. y NOU MODERN MARKET S.L., pasando a adquirir la denominación de la extinguida INSTITUTO GERIÁTRICO FÉNIX S.L.. En fecha 30 de julio de 2013 la operación se publica en el Registro Mercantil. En fecha 23 de febrero de 2012, se otorga escritura de transformación de sociedad y unipersonalidad de la sociedad INSTITUTO GERIÁTRICO FÉNIX S.L. en una sociedad anónima, pasando a denominarse INSTITUTO GERIÁTRICO FÉNIX S.A. sin cambio alguno en su domicilio, objeto, duración, ni en su personalidad jurídica, que no se acredita conste inscrita en el Registro Mercantil . Dispone el art. 14 de la Ley 3/2009 , que la eficacia de la transformación quedará supeditada a la inscripción de la



escritura pública en el Registro Mercantil, teniendo, por tanto, carácter constitutivo ( art. 19 Ley 3/2009, de 3 de abril ), y como se ha acreditado que la empleadora que ha llevado a cabo la decisión final del despido colectivo impugnado ha sido INSTITUTO GERIÁTRICO FÉNIX S.A., que aquella se ha transformado en ésta y que la transformación no se ha inscrito, la falta de eficacia de la misma, determina que deba responder de las consecuencias de la calificación de la decisión de despido colectivo aquella sociedad existente con anterioridad a la transformación y que conserva la misma personalidad jurídica, domicilio, objeto y duración que la resultante de la transformación, sin que esta Sala pueda entrar a valorar si existe grupo de empresas a efectos laborales al no haber sido alegado por la actora.

Finalmente, la sociedad INSTITUTO GERIÁTRICO FÉNIX S.A. se ha acreditado que es la sociedad que opera en el tráfico jurídico actuando como empleadora de los trabajadores afectados por el despido colectivo impugnado ( folios 50 a 128), y a falta de inscripción en el Registro Mercantil, y de alegación por la actora de que constituye un grupo de empresas con la codemandada anterior a efectos laborales, su responsabilidad deriva de lo dispuesto en el art. 6.4 del CC en cuanto a que "Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir.", debiendo ser responsable también de las consecuencias de la calificación del despido como si su inscripción se hubiera practicado, pues opera como verdadera empleadora en el tráfico jurídico sin que la falta de inscripción pueda perjudicar a los trabajadores que han prestado servicios para la misma confiando en dicha ficción.

**QUINTO** .- Por todo las razones expuestas, considera la Sala que debe proceder a la estimación parcial de la demanda y declaramos la nulidad del mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 124.11 de la Ley de la Jurisdicción Social en la redacción vigente a la fecha de inicio del ERE, condenando solidariamente a las codemandadas *INSTITUTO GERIÁTRICO FÉNIX S.A.*, *INSTITUTO GERIÁTRICO FÉNIX S.L.* ( anteriormente denominada **FAIAZ FUERZA GESTORA S.L.** ) a la readmisión inmediata de los trabajadores afectados por la medida, con condena solidaria al pago de los salarios dejados de percibir desde la fecha de la extinción efectiva hasta la notificación de la sentencia; y *absolviendo a PRIMEDALE PARTICIPATION S.A.* y los administradores Jose María , Marco Antonio y Camilo .

Vistos los preceptos legales y demás de general aplicación,

## FALLAMOS

**Estimamos parcialmente la demanda interpuesta** por el COMITÉ DE EMPRESA de la misma compuesto por Diana , Luz , Sonsoles y Ariadna en reclamación de despido colectivo (ERE NUM001 ) y declaramos la nulidad de la decisión extintiva empresarial impugnada, condenando solidariamente a las codemandadas *INSTITUTO GERIÁTRICO FÉNIX S.A.*, y *INSTITUTO GERIÁTRICO FÉNIX S.L.* ( anteriormente denominada **FAIAZ FUERZA GESTORA S.L.** ) a estar y pasar por esta declaración y a la readmisión inmediata de los trabajadores afectados por la medida, con condena solidaria al pago de los salarios dejados de percibir desde la fecha de la extinción efectiva hasta la notificación de la sentencia; y *absolviendo a PRIMEDALE PARTICIPATION S.A.* y a Jose María , Marco Antonio y Camilo .

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y expídase testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.

La presente resolución no es firme y contra la misma puede interponerse Recurso de Casación, para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, el cual deberá prepararse mediante escrito con la firma de Abogado, Graduado Social colegiado o representante y dirigido a ésta Sala en donde habrá de presentarse dentro de los cinco días siguientes a la notificación, con los requisitos establecidos en el Art. 208 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 229 del Texto Procesal Laboral, todo el que sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o no goce del beneficio de justicia gratuita o no se encuentre excluido por el art. 229.4 de la Ley de Procedimiento Laboral , consignará como depósito, al preparar el Recurso de Casación, la cantidad de 600 euros en la cuenta de consignaciones que tiene abierta esta Sala, en El Banco Español de Crédito -BANESTO-, Oficina núm. 2015, sita en Ronda de Sant Pere, nº 47, Nº 0965 0000 66, añadiendo a continuación los números indicativos del número de actuaciones de este Tribunal.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANESTO (oficina indicada en el párrafo anterior), Nº 0965 0000 80, añadiendo a continuación los





números indicativos del Recurso en este Tribunal, y debiendo acreditar el haberlo efectuado, al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

Así por nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**Publicación.-** La anterior sentencia ha sido leída y publicada en el día de su fecha por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente, de lo que doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ