



Roj: **STS 561/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:561**

Id Cendoj: **28079140012019100075**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **09/01/2019**

Nº de Recurso: **3823/2016**

Nº de Resolución: **10/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación para la unificación de doctrina**

Ponente: **MIGUEL ANGEL LUELMO MILLAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 3823/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Miguel Angel Luelmo Millan

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Escudero Cinca

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Social**

#### **Sentencia núm. 10/2019**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D<sup>a</sup>. María Luisa Segoviano Astaburuaga

D<sup>a</sup>. María Lourdes Arastey Sahun

D. Miguel Angel Luelmo Millan

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Angel Blasco Pellicer

En Madrid, a 9 de enero de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Ruperto , D. Sebastián , D. Segundo , D. Severiano , y D. Sixto , representados y asistidos por el letrado D. José Antonio González Espada, contra la sentencia de fecha 28 de junio de 2016 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el recurso de suplicación núm. 2241/2016 , formulado frente a la sentencia de fecha 7 de mayo de 2015, dictada en autos 111/2013 por el Juzgado de lo Social núm. 4 de Barcelona , seguidos a instancia de dichos recurrentes, contra la empresa PROTA, S.A. y su administración concursal formada por Doña Delia , D. Luis Carlos y D. Jose Pedro , la empresa NEW PREFERENTIAL HOLMES, S.L. y su administrador concursal D. Adrian y contra la empresa ACOUSTICS & INSULATION TECHNIQUES, S.L. y el Fondo de Garantía Salarial, sobre despido.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de parte recurrida New Preferential Homes, S.L., representada por el Procurador D. Miguel Angel Montero Reiter, PROTA, S.A., y la Administración Concursal, representados por el Letrado D. Daniel Más Alarcón y Acoustics & Insulation Techniques, S.L. representada por el Procurador D. Anibal Bordallo Huidobro y defendida por la Letrada Doña Cristina Salido Bellmunt.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Miguel Angel Luelmo Millan.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 7 de mayo de 2015, el Juzgado de lo Social núm. 4 de Barcelona, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "FALLO: Que desestimando las excepciones de cosa juzgada y



falta de legitimación pasiva y estimando la demanda interpuesta por D. Ruperto , D. Sebastián , D. Sixto , D. Segundo y D. Severiano , frente a la empresa PROTA, S.A., y su administración concursal formada por Da Delia , D. Luis Carlos y D. Jose Pedro , contra la empresa NEW PREFERENTIAL HOLMES, S.L. y su administrador concursal D. Adrian y contra la empresa ACOUSTICS & INSULATION TECHNIQUES, S.L., y contra el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, en reclamación formulada por despido, debo declarar y declaro improcedente el despido acordado en fecha 31/12/12 y, en consecuencia, condeno a ACOUSTICS & INSULATION TECHNIQUES, S.L., a la inmediata readmisión de los actores en las mismas condiciones que regían con anterioridad a producirse el despido o, a su elección, a que le abone una indemnización 45 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios anterior a dicha fecha, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, y a razón de 33 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios posterior, prorrateándose igualmente por meses los períodos de tiempo inferiores a un año. El importe indemnizatorio resultante no podrá ser superior a 720 días de salario, salvo que del cálculo de la indemnización por el periodo anterior al 12 de febrero de 2012 resultase un número de días superior, en cuyo caso se aplicará éste como importe indemnizatorio máximo, sin que dicho importe pueda ser superior a 42 mensualidades, en ningún caso, cifrada en los importes siguientes:

- D. Ruperto : 80.200 euros (a razón del salario diario de 80 euros).
- D. Sebastián : 65.326,59 euros (a razón del salario diario de 96,21 euros).
- D. Sixto : 112.749,42 euros (a razón del salario diario de 119,28 euros).
- D. Segundo : 21.036,85 euros (a razón del salario diario de 65,18 euros).
- Y D. Severiano : 56.800 euros (a razón del salario diario de 80 euros).

y pudiendo la empresa y los actores D. Sebastián y D. Severiano ejercitar su derecho de opción en el plazo de cinco días siguientes a la notificación de la presente resolución, y entendiéndose que optan por la readmisión en el supuesto de no ejercitarlo, con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la presente resolución, o hasta la fecha en que el trabajador haya encontrado un nuevo empleo si el empresario prueba lo percibido por éste, si hubiera optado por la readmisión, en otro caso sólo procede el pago de la indemnización indicada. Además deberá abonar los salarios de tramitación a los actores D. Sebastián y D. Severiano tanto si estos optan por la readmisión como por la indemnización, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieran corresponder al FONDO DE GARANTÍA SALARIAL.

Absuelvo al resto de codemandados de los pedimentos en su contra formulados, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieran corresponder a los administradores concursales en su condición de tales administradores".

En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

"PRIMERO.- La parte actora:

D. Ruperto , mayor de edad, con DNI núm. NUM000 , ha venido prestando servicios, con antigüedad desde 09/07/1990, categoría profesional de Grupo 4 y salario de 80 euros diarios brutos, con inclusión de prorrata de pagas extraordinarias. D. Sebastián : mayor de edad, con DNI núm. NUM001 , ha venido prestando servicios, con antigüedad desde 30/09/1997, categoría profesional de Grupo 4 y salario de 96,21 euros diarios brutos, con inclusión de prorrata de pagas extraordinarias. (Documento 16 de la parte actora en cuanto a la antigüedad y del promedio de las 12 últimas nóminas aportadas por la parte actora y la administración concursal de PROTA, S.A.).

D. Sixto : mayor de edad, con DNI núm. NUM002 , ha venido prestando servicios, con antigüedad desde 14/10/1991, categoría profesional de Grupo 6 y salario de 119,28 euros diarios brutos, con inclusión de prorrata de pagas extraordinarias.

D. Segundo : mayor de edad, con DNI núm. NUM003 , ha venido prestando servicios, con antigüedad desde 23/08/05, categoría profesional de Grupo 2 y salario de 65,18 euros diarios brutos, con inclusión de prorrata de pagas extraordinarias. (Promedio de las 12 últimas nóminas aportadas por la parte actora y la administración concursal de PROTA, S.A.).

Y D. Severiano : mayor de edad, con DNI núm. NUM004 , ha venido prestando servicios, con antigüedad desde 10/01/1997, categoría profesional Grupo 4 y salario de 80 euros diarios brutos, con inclusión de prorrata de pagas extraordinarias. (Documento 64 de la parte actora en cuanto a la antigüedad).

Estaban contratados por la empresa PROTA, S.A., con las circunstancias laborales expuestas.



SEGUNDO.- La administración concursal de PROTA, S.A., entregó a los actores cartas de fecha 31/12/12 comunicándoles la extinción de su relación laboral con efectos desde el 31/12/12, cuyo contenido se tiene íntegramente por reproducido, concretamente por las siguientes causas: "...desde el día 19.10.2009, la Empresa se encuentra intervenida por la Administración Concursal nombrada por el Juzgado Mercantil nº 7 de Barcelona, en el expediente judicial NUM005 . A estos efectos resulta relevante indicarle que desde el mes de mayo 2012 el procedimiento concursal se encuentra en fase de liquidación, habiendo sido presentado ante el referido Juzgado, el correspondiente plan de liquidación. Asimismo, por mandato legal y judicial de la Administración social de la Empresa se encuentra, actualmente, sustituida por la Administración Concursal. A mayor abundamiento, habida cuenta de la insolvencia radical de la Empresa y su nefasta situación económica, finalmente, la única opción razonable y posible con la finalidad de minimizar los perjuicios causados a los acreedores de la compañía, incluidos los trabajadores, y, a la vez, conservar los máximos puestos de trabajo -en concreto 30 de los 35 actuales- ha sido proceder a la venta de la unidad productiva dentro del marco del Concurso, tal y como recoge el Auto dictado por el Juzgado Mercantil 7 de Barcelona en fecha 28.11.2012 ...."

A continuación la carta detalla los datos económicos como sigue:

2009 -6.099.106,42 euros

2010 -2.994.080,04 euros

2011 -3.042.219,22 euros

2012 (diciembre) -1.402.616,61 euros

Añade la carta que la fecha de efectos será la de 31/12/12 y que no puede poner a disposición de los actores la indemnización de 20 días por año ni tampoco el preaviso hasta que la empresa tenga tesorería y liquidez. (Folios 11 y siguientes).

TERCERO.- La administración concursal de la empresa PROTA, S.A., presentó plan de liquidación que incluyó la venta productiva de bienes de la concursada como método de parte de los bienes de esa sociedad. El plan de liquidación fue aprobado mediante auto de fecha 12/07/12 dictado por el Juzgado Mercantil nº 7 de los de Barcelona . El 06/11/12 se realizó la apertura de plicas y únicamente se presentaron dos ofertas en el marco del sistema de venta diseñado por el referido plan por las sociedades GD&A BUSINESS BROKEERS WOELDWIDE, S.L. (GDA, actualmente ACOUSTICS & INSULATION TECHNICQUES, S.L.) y PHI ASSET MANAGENTE PARTNERS SGCR, S.A. (PHI).

La administración concursal presentó informe de evaluación de las ofertas decantándose por la formulada por GDA. La representación de los trabajadores también presentó escrito interesando la adjudicación en favor de la sociedad GDA.

El Juzgado Mercantil nº 7 de los de Barcelona dictó auto en fecha 28/11/12 adjudicando a GDA (actualmente ACOUSTICS & INSULATION TECHNICQUES, S.L., es decir AIT) los bienes que integran la unidad productiva de PROTA, S.A., en los términos y condiciones plasmados en la oferta realizada por BLOND EUROPE, S.L., junto con su escrito de fechas 21/11/12. (Documento 209 de la empresa PROTA, S.A., y concordantes del resto de las partes).

CUARTO.- Como consecuencia de esta adjudicación judicial, la empresa ACOUSTICS & INSULATION TECHNICQUES, S.L., ha subrogado a 30 trabajadores de los 35 de la unidad productiva de PROTA, S.A. Los cinco trabajadores que faltan son los demandantes. (Fue admitido por las partes en acto de juicio).

QUINTO.- La mercantil NEW PREFERENTIAL HOLMES, S.L. se constituyó el 23/10/06, su domicilio social, hasta el 10/01/07 estaba en la C/ Balmes, 152, 3, 2 de Barcelona, a partir de esa fecha, en C/ Ausias March, 20, piso 3, puerta 2 de Barcelona y, a partir de 28/05/07, en C/ Caravel-la niña, 12, P9, Barcelona, su objeto social es la actividad inmobiliaria y en particular la tenencia, adquisición, enajenación, arrendamiento, permuta y gravamen de toda clase- de inmuebles, solares, edificios, terrenos, obras, fincas rústicas y urbanas, sus administradores solidarios son D. Juan y D. Marcos . (Documento nº 6 de NEW PREFERENTIAL HOLMES, S.L. Y 90 a 92 de la parte actora).

Esta mercantil no tiene ni ha tenido trabajadores. (Admitido en interrogatorio por el legal representante de NEW PREFERENTIAL HOLMES, S.L.

SEXTO.- La mercantil PROTA, S.A., se inscribió en el Registro Mercantil el 19/09/1991, su domicilio está en C/ Ausias Marc, 20, 3, 2, de Barcelona, su objeto social, figuran como Consejeros D. Juan y D. Marcos .

SÉPTIMO.- Según escritura pública de 21/12/06 D. Marcos , en representación de PROTA, S.A., y D. Juan en representación de NEW PREFERENTIAL HOLMES, S.L, el primero vende al segundo tres fincas por importe de cinco millones de euros que, según consta en la escritura, se abonan mediante transferencia bancaria, que

consta adjunta a dicha escritura. ((Documento nº 1 del ramo de prueba de NEW PREFERENTIAL HOLMES, S.L.). La empresa NEW PREFERENTIAL HOLMES, S.L. se creó para la compra de las naves situadas en dichas fincas. (Testifical de la Sra. Joaquina , prueba practicada tras la finalización del juicio y como diligencia final).

OCTAVO.- D. Juan en representación de NEW PREFERENTIAL HOLMES, S.L. y D. Marcos , en representación de PROTA, S.A., en documento de fecha 30/01/07 (en ambas coincide el domicilio social) manifiestan: que NEW PREFERENTIAL HOLMES, S.L. era titular de tres naves sitas en Montcada i Reixac, por haberlas adquirido por compra de PROTA, S.A., (el documento dice que no aporta la escritura de compraventa por ser su contenido ampliamente conocido por las partes); asimismo, sigue diciendo el documento que "con ocasión de la Escritura anteriormente mencionada NEW PREFERENTIAL HOLMES, S.L., declara adeudar a PROTA, S.A., ....OCHOCIENTOS MIL EUROS) en concepto de Impuesto sobre el Valor Añadido, cantidad ésta que será devuelta a PROTA, S.A., conforme a lo que más adelante se dirá."

El documento añade que por lo anterior "es voluntad de ambas partes suscribir el presente Acuerdo en virtud del cual NEWPREFERENTIAL HOLMES, S.L. se compromete desde ahora para entonces a pagar la suma anteriormente indicada a PROTA, S.A., en el plazo de cinco (5) días naturales siguientes a aquél en que NEW PREFERENTIAL HOLMES, S.L. obtenga la devolución íntegra por parte de la Administración Tributaria.

No obstante lo anterior, si llegado el día 1 de enero de 2008, ño le ha sido devuelta a NEW PREFERENTIAL HOLMES, S.L., la suma de OCHOCIENTOS MIL EUROS..., las partes se comprometen a adoptar los acuerdos que resulten necesarios y pertinentes para lograr que a PROTA, S.A., le sea pagado el citado importe, y ello, en los términos y condiciones que libremente convengan..." (Documento nº 93 de la parte actora).

NOVENO.- Consta en el ramo de prueba de la parte actora que las mismas partes, con los mismos representantes e idéntico domicilio suscriben un contrato de novación parcial, con carácter no extintivo del contrato de arrendamiento de uso distinto del de vivienda suscrito el 21/12/06, a efectos de aumentar la renta anual y prorrogar el plazo de duración.

En dicho pacto se acuerda que el precio del alquiler pasará de 29.000 euros mensuales a 45.061 euros mensuales. (Documento 94 de la parte actora).

NOVENO.- En un documento dirigido a la Agencia Tributaria, la empresa PROTA, S.A., con domicilio en C/ Ausias March designa como domicilio a efectos de notificaciones la C/ Caravela la Niña, 12, 9ª planta, domicilio de NEW PREFERENTIAL HOLMES, S.L. (Documento nº 97 de la parte actora).

DÉCIMO.- Los miembros del Comité de empresa de PROTA, S.A., formularon, el día 19/02/10, demanda de conflicto colectivo contra las empresas NEW PREFERENTIAL HOLMES, S.L., y PROTA, S.A. Dichas empresas fueron citadas por el Tribunal Laboral de Cataluña. (Documento nº 94 de la parte actora). Dicho comité comité de empresa presentaron demanda en el Juzgado Decano de Barcelona en reclamación por el mismo conflicto colectivo el día 24/02/10, contra las mismas empresas. (Documento nº 100 del ramo de prueba de la parte actora). En fecha 06/05/10, ante el Juzgado de lo Social nº 21 de los de Barcelona, el comité de empresa y las empresas mencionadas suscribieron acta de conciliación en los siguientes términos: "La demandada NEW PREFERENTIAL HOLMES, S.L., es compromet a abonar a les persones especificades a l'annexe adjunt, les concretes quantitats que en el mateix es señalen per a cada una d'elles. El pagament d'aquestes sumes s'efetuarà tan aviat com l'administració concursal de Prota SAU aboni a D. Juan i a D. Marcos els primers QUARANTA MIL...euros que acrediten, de Prota SAU, en concepte de honoraris de gestió meritats i no abonats des del passat dia 19.10.09 en que es va declarar a la dita empresa en concurs voluntari de creditors. En qualsevol cas, els Srs. Juan i Marcos es fan personalment responsables tabé de l'abonament d'aquests QUARANTA MIL...euros a les persones relacionades a l'anexe..." (Documento nº 101 de la parte actora que se tiene íntegramente por reproducido).

DECIMOPRIMERO.- En correo electrónico de fecha 17/05/07 enviado por el Sr. Marcos consta la decisión de cambio de domicilio fiscal de la empresa NEW PREFERENTIAL HOLMES, S.L. al de PROTA, S.A., y de "Regularizar los gastos de constitución de NPH que pagó Protasa". (Documento nº 102 de la parte actora).

DECIMOSEGUNDO.- PROTA, S.A., tiene la condición de fiadora en un préstamo hipotecario concedido por SA NOSTRA a NPH. (Documento nº 103, página 17 del ramo de prueba de la parte actora).

DECIMOTERCERO.- En el plan de liquidación de PROTA, S.A., aparece NEW PREFERENTIAL HOLMES, S.L., como vinculada a PROTA, S.A. (Documento 104, página 3 del ramo de prueba de la parte demandante).

DECIMOCUARTO.- La mercantil NELBREL WORLD, S.L., (actual ACOUSTICS & INSULATION TECHNIQUES, S.L.) estaba domiciliada inicialmente en el Paseo Bonanova, nº 77 de Barcelona y, a partir de la escritura pública de fecha 21/12/12, en C/ Narcís Monturiol, 3C, P.I. Foinsava de Montcada i Reixac. (Documento nº 1 de ACOUSTICS & INSULATION TECHNIQUES, S.L.).





DECIMOQUINTO.- La mercantil ACOUSTICS & INSULATION TECHNIQUES, S.L., entregó a trabajadores de PROTA, S.A., unos cuestionarios de "conocimiento y valoración del puesto de trabajo" (Grupo de documentos nº 7 del ramo de prueba de ACOUSTICS & INSULATION TECHNIQUES, S.L.).

DECIMOSEXTO.- La mercantil NEW PREFERENTIAL HOLMES, S.L. y ACOUSTICS & INSULATION TECHNIQUES, S.L., suscribieron, en fecha 18/01/13 contrato por el cual ésta última alquila las naves propiedad de NEW PREFERENTIAL HOLMES, S.L. por la cuantía de 12.892 euros más IVA mensuales. (Documento nº 8 del ramo de prueba de ACOUSTICS & INSULATION TECHNIQUES, S.L.).

En dicho contrato las partes pactaron: "La renta pactada comenzará a satisfacerse a partir del próximo mes de septiembre, estableciéndose hasta entonces un período de carencia para que la arrendataria pueda efectuar en las naves objeto de arrendamiento las obras de adecuación imprescindibles a lo largo de los próximos 24 meses para que éstas puedan servir al fin y a la actividad que se está desarrollando en la misma."

La primera cuota fue pagada por ACOUSTICS & INSULATION TECHNIQUES, S.L., en julio 2013, la segunda en noviembre 2013, otra en 12/13 y así sucesiva y mensualmente consta hasta abril de 2015 inclusive. (Grupo de documentos nº 9 del ramo de prueba de ACOUSTICS & INSULATION TECHNIQUES, S.L.).

DECIMOCUARTO.- Los actores D. Sebastián y D. Severiano ostentaban la condición de delegados de personal en el momento de la extinción del contrato de trabajo. (Documento 77 a 84 del ramo de prueba de la parte actora).

DECIMOQUINTO.- Presentada papeleta de conciliación ante la SC en 29/01/13, se celebró acto conciliatorio el día 18/06/13, finalizando sin efecto por incomparecencia de las demandadas. (Folio 39)".

**SEGUNDO.-** Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, dictó sentencia con fecha 28 de junio de 2016, en la que consta la siguiente parte dispositiva: "FALLAMOS: Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por ACOUSTICS & INSULATION TECHNIQUES, S.L. y desestimando el formulado por Don Ruperto, Don Sebastián, Don Segundo, Don Severiano y Don Sixto, contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 4 de los de Barcelona de fecha 7 de mayo de 2015, dictada en los autos nº 111/2013, sobre extinción del contrato de trabajo por causas objetivas, revocamos parcialmente dicha resolución en el sentido de absolver a la parte recurrente de las consecuencias derivadas de la calificación del despido objetivo como improcedente y, estimando parcialmente la demanda, debemos condenar a las codemandadas PROTA, S.A., y a su Administración Concursal, y a NEX PREFERENTIAL HOLMES, S.L., y a su Administración Concursal, a las consecuencias derivadas de dicha calificación, que se establecen en la sentencia de instancia. Todo ello sin perjuicio de las responsabilidades del Fondo de Garantía Salarial. Sin costas. Firme que sea esta resolución devuélvase a la empresa recurrente el depósito y aseguramientos constituidos para recurrir".

**TERCERO .-** Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó, por la representación procesal de Don Ruperto y otros, el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias de fecha 10 de mayo de 2016, así como la infracción de lo dispuesto en el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores en relación con el art. 149 de la Ley Concursal.

**CUARTO.-** Por providencia de esta Sala de fecha 25 de abril de 2017, se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del mismo a las partes recurridas para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

**QUINTO .-** Evacuado el trámite de impugnación, pasó todo lo actuado al Ministerio Fiscal para informe, dictaminando en el sentido de considerar que el recurso debe ser desestimado, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el 8 de enero de 2019, fecha en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El recurso sometido a la consideración de la Sala versa sobre un despido de 5 trabajadores (dos de ellos delegados de personal) de una empresa de 35. La empleadora se hallaba en concurso desde el 19/10/2009 y la administración de éste entregó cartas de 31/12/2012 y efectos de ese día comunicando la extinción de la relación laboral a los actores por hallarse en situación de concurso en fase de liquidación, con un plan al efecto y por "la insolvencia radical de la empresa y su nefasta situación económica", sin poder poner a disposición de dichos trabajadores ni la indemnización ni el preaviso correspondiente hasta que tuviera tesorería y liquidez. El Juzgado de lo Mercantil competente había aprobado mediante auto un plan de liquidación el 12/07/2012 y dictado otro auto el 28/11/2012 adjudicando a otra empresa los bienes que



integraban la unidad productiva de aquélla en los términos y condiciones de la oferta realizada en su día, con la que estaba de acuerdo la representación de los trabajadores y la administración concursal. Como consecuencia de la adjudicación judicial, la empresa cesionaria se subrogaba en el lugar de la cedente (en concurso) respecto de 30 de los 35 trabajadores de la plantilla de ésta.

La sentencia de instancia estima la demanda de los cinco trabajadores no insertos en la plantilla de la cesionaria -que tenían antigüedades en la cedente comprendidas entre julio de 1997 y agosto de 2005- y condena exclusivamente a ésta -absolviendo a los demás codemandados- a la inmediata readmisión de los actores o a abonarles una indemnización en los términos que establece, con la especialidad correspondiente a los dos representantes de los trabajadores también demandantes.

En suplicación, a la que acudieron ambas partes instando la empresa su absolucón y los referidos trabajadores la declaración de improcedencia de sus despidos por no haberse estimado las causas de pedir deducidas en los motivos del propio recurso (acreditación de la causa justificativa y no haberse cumplido el requisito formal de poner a disposición de los mismos la indemnización correspondiente) y, subsidiariamente, la nulidad de la sentencia de instancia por no haberse examinado el derecho de dos de ellos -representantes de los trabajadores- a su prioridad de permanencia en la empresa, el TSJ acoge el recurso de la entidad demandada y desestima el de los actores y revocando parcialmente dicha resolución, absuelve a la cesionaria.

Recurren en casación unificadora los trabajadores instando que se declare su derecho "*a que sus créditos por salarios e indemnizaciones (con exclusión de la parte garantizada por el FGS) sea transmitido a la empresa que hubiere adquirido la unidad productiva de la antigua empleadora concursada si dicha adquisición se ha producido de acuerdo con los arts 148 y 149 de la LC, a pesar de que sus contratos de trabajo se hayan extinguido con anterioridad a la transmisión (en este caso, en realidad, la extinción es posterior, como se verá) y a pesar de que la transmisión se haya producido de conformidad con un plan de liquidación de la empresa concursada aprobado por auto del Juzgado de lo Mercantil que no fue impugnado por ninguna de las partes en su momento...*". Citan de contradicción STSJ Asturias 10/05/2016 (RS 849/2016), que contempla un caso de ampliación de la ejecución de la sentencia de despido -que condenaba a la entidad concursada- a una empresa que posteriormente a ello presentó solicitud de adjudicación de la unidad productiva, quedándose con la plantilla e inyectando liquidez para continuar la misma actividad empresarial, sin aportar, sin embargo, medios materiales a tal fin, razonando, en resumen, la Sala de suplicación que "el fenómeno sucesorio es posterior a la constitución del título, lo que legitima a las trabajadoras ejecutantes a dirigir la acción ejecutiva contra la empresa sucesora - art 240.2 LRJS -".

Impugna la empresa cesionaria, que sostiene, en primer lugar, que existen diferencias fácticas sustanciales entre las sentencias comparadas y también diferencias en los momentos procesales en los que se produce el debate jurídico, por lo que entiende que no existe contradicción entre las mismas.

El Mº Fiscal alega falta de contradicción.

**SEGUNDO.**- En el recurso de casación para la unificación de doctrina, el art 219.1 de la LRJS exige que exista contradicción entre la sentencia recurrida y la/s que fuera/n objeto de comparación con la misma, de modo que sobre la base de hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales "se hubiere llegado a pronunciamientos distintos".

Tal y como apuntan la empresa impugnante y el informe del Mº Fiscal, no puede apreciarse la concurrencia de dicho requisito en el presente caso y así ha de convenirse, porque, aunque según se expresa en el propio motivo del recurso, "la cuestión a dilucidar es si la empresa que hubiese adquirido una unidad productiva de la empresa concursada en las condiciones establecidas en la Ley Concursal, debe subrogarse como deudora de los créditos laborales devengados con anterioridad a la adjudicación respecto de aquellos trabajadores despedidos antes de dicha adjudicación..." (primer párrafo de su pág. 13), lo cierto es que, en primer lugar, se trata de un procedimiento de despido donde se dilucida la procedencia, o no, de los mismos y sus consecuencias y no otra cosa.

Ello sentado y conforme se desprende del hecho segundo de los declarados probados, la extinción de las relaciones laborales de los actores y recurrentes se produjo el 31/12/2012, cuando ya hacía varios meses que se había aprobado el plan de liquidación del concurso y más de un mes que se habían adjudicado a la empresa cesionaria los bienes que integran la unidad productiva de la empleadora (hecho tercero), habiéndose subrogado aquélla a continuación y como consecuencia de dicha adjudicación, en el lugar de la concursada respecto de 30 de los 35 trabajadores de la plantilla, tras lo que la administración concursal procedió a la referida extinción, todo lo cual se relaciona y pormenoriza numeradamente en el sexto fundamento de la sentencia recurrida, a lo que cabe añadir concretando lo inicialmente precisado, que se trata ahora de un recurso contra dicha sentencia, que revocaba la de instancia declaratoria de la improcedencia de los despidos



con la condena referida de la empresa cesionaria, entidad que ha quedado absuelta en la alzada de toda responsabilidad al respecto.

Se está, por otra parte, ante un caso en que el concurso se había liquidado con la aprobación de un plan en que la adjudicación contaba con la aceptación previa de los propios representantes de los trabajadores, que no se habían limitado a dar su consentimiento sino que habían presentado un escrito interesándola (hecho tercero de los declarados probados), sin que se haya apuntado ni, sobre todo, demostrado, la existencia de fraude o abuso empresarial en dicho procedimiento concursal ni en el modo de su resolución, por todo lo cual la sentencia de suplicación ha entendido que "la responsabilidad de la adquirente no puede extenderse más allá de lo establecido en el auto del Juzgado de lo Mercantil, que no incluye la declaración de responsabilidad de la adquirente ni tampoco la responsabilidad solidaria de ésta y de la anterior titular", y, en consecuencia y como ya ha quedado reflejado, la exonera de la condena efectuada en la instancia, producida en los concretos términos igualmente referidos, congruentes con la declaración de despido improcedente en cada caso.

Por el contrario, en la referencial lo que se combate, tras una sentencia de 10 de julio de 2015 que declaraba improcedente el despido el 26 de octubre de 2014 de las dos actoras, es un auto de 21 de enero de 2016 desestimando la ampliación de la ejecución de dicha sentencia -solicitada el 17 de diciembre de 2015 - a una empresa que había realizado en enero de 2015 una oferta -ratificada en junio de ese año- para la adquisición de la unidad productiva de un grupo empresarial, lo que se aprobó por auto de fecha 29 de julio de 2015 del Juzgado de lo Mercantil competente en el concurso correspondiente, suponiendo ello el mantenimiento de 617 puestos de trabajo (lo que considera dato suficiente para concluir la existencia de sucesión empresarial: fundamento tercero), la asunción del pasivo laboral por mantenimiento de la antigüedad de los trabajadores, la inyección de efectivo a la empresa concursada y la asunción de un pasivo de varios millones de €. La actividad que realizaba el grupo había sido asumida, sin solución de continuidad, por la empresa adquirente, que incorporó a los trabajadores para seguir con la misma actividad, declarándose, en fin, (precitado tercer fundamento de derecho) que no consta que para tal continuación la adquirente aportase medios materiales de ninguna clase, de manera que únicamente se quedaba con la plantilla y aportaba liquidez continuando la actividad, no apareciendo que dicha adjudicación hubiese sido apoyada previamente por la representación de los trabajadores.

Lo que se pretende, pues, en el presente caso es la condena de la empresa adjudicataria mientras que en el de la sentencia de contradicción es la ampliación de la ejecución a la de igual condición en ese procedimiento, manteniéndose, por tanto, la de la empresa cedente, a la que ninguna responsabilidad se exige en la sentencia recurrida ahora.

A diferencia de ésta, la sentencia referencial sostiene en su fundamento cuarto y en aplicación de los arts 44 del ET y 146 bis de la Ley Concursal que "el fenómeno sucesorio es posterior a la constitución del título, lo que legitima a las trabajadoras ejecutantes a dirigir la acción ejecutiva contra la empresa sucesora - art 240.2 LRJS -, siendo responsable la empresa sucesora de las consecuencias indemnizatorias de los referidos despidos improcedentes conforme al art 149.4 de la repetida Ley Concursal y 3 y 5 de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, y evitándose así, conforme a este último precepto, que se abuse de los procedimientos de insolvencia para privar a los trabajadores de los derechos resultantes de la aplicación de dicha norma comunitaria.

El "tempo" o momento procesal determinante en cada caso es, evidentemente, distinto, al tratarse en uno (sentencia recurrida) de despidos posteriores a la adjudicación de la unidad productiva y en otro (sentencia referencial) de despidos anteriores a la misma, instándose en el primero la condena de la empresa adjudicataria en el procedimiento de despido y en el caso de la sentencia de contradicción la ampliación de la ejecución (que también se había despachado antes) de la sentencia ya pronunciada, a la empresa posteriormente sucesora, con lo que de ello se sigue a la luz de los nº3 y 4 del art 44 del ET en que se prevé la responsabilidad del cesionario (solidaria con la del cedente, que es ajena a este recurso) en las obligaciones nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubiesen sido satisfechas (3) y sólo esa misma responsabilidad en las obligaciones nacidas con posterioridad a dicha transmisión "cuando la cesión fuese declarada delito" (segundo párrafo de ese mismo número y precepto), precisión excluyente de cualquier otro caso de cesión posterior.

En la sentencia ahora recurrida aparece, por otra parte, la solicitud no sólo de la administración concursal, sino también, como se ha anticipado, de la propia representación de los trabajadores en el procedimiento de tal índole de que se adjudicase la unidad productiva a la empresa que resultó después adjudicataria, mientras que no figura este dato en la sentencia comparada, de lo que cabe inferir que en aquella se entiende, siquiera sea tácitamente, que no existe indicio de posible abuso o fraude empresarial que la Sala de la sentencia de contradicción, por el contrario, parece al menos intuir o presumir en función de los hechos que contempla en ese concreto caso, de ahí su genérica pero significativa observación de que "se ha de ser especialmente



cauteloso con los derechos de los trabajadores que se ventilan en los procedimientos concursales", al referirse y transcribir textualmente el mencionado art 5 de la Directiva 2001/23 (fundamento cuarto) en el que, en parte, o a mayor abundamiento, basa su decisión y conforme al cual (nº4) se han de adoptar en cada Estado miembro *"las medidas oportunas para evitar que se abuse de los procedimientos de insolvencia para privar a los trabajadores de los derechos resultantes que en virtud de la presente Directiva les asisten"*, según se anticipaba.

En definitiva, por tanto, no es posible entrar en el examen del recurso, al apreciarse previamente falta de contradicción entre las sentencias comparadas.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido :

Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Ruperto , D. Sebastián , D. Segundo , D. Severiano , y D. Sixto , contra la sentencia de fecha 28 de junio de 2016 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el recurso de suplicación núm. 2241/2016 , formulado frente a la sentencia de fecha 7 de mayo de 2015, dictada en autos 111/2013 por el Juzgado de lo Social núm. 4 de Barcelona , seguidos a instancia de dichos recurrentes, contra la empresa PROTA, S.A. y su administración concursal formada por Doña Delia , D. Luis Carlos y D. Jose Pedro , la empresa NEW PREFERENTIAL HOLMES, S.L. y su administrador concursal D. Adrian y contra la empresa ACOUSTICS & INSULATION TECHNIQUES, S.L. y el Fondo de Garantía Salarial, sobre despido.

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

Así se acuerda y firma.