



Roj: **STSJ CANT 954/2016 - ECLI: ES:TSJCANT:2016:954**

Id Cendoj: **39075340012016100655**

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

Sede: **Santander**

Sección: **1**

Fecha: **01/07/2016**

Nº de Recurso: **425/2016**

Nº de Resolución: **635/2016**

Procedimiento: **Recursos de Suplicación**

Ponente: **RUBEN LOPEZ-TAMES IGLESIAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA nº 000635/2016

En Santander, a 1 de julio del 2016.

PRESIDENTA

Ilma. Sra. D^a. Mercedes Sancha Saiz

MAGISTRADOS

Ilmo. Sr. D. RUBEN LOPEZ-TAMES IGLESIAS (ponente)

Ilma. Sra. D^a. M^a Jesús Fernández García

EN NOMBRE DE SU MAJESTAD EL REY, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el recurso de suplicación interpuesto por D. Abilio y D. Amador contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. uno de Santander, ha sido Ponente el Ilmo. Sr. D. RUBEN LOPEZ-TAMES IGLESIAS, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Según consta en autos se presentó demanda por D. Abilio y por D. Amador , siendo demandado Tejerías la Covadonga S.A., Klinker Covadonga S.L., Valdehogar Servicios Generales para la Construcción y Promoción, sobre Ordinario, y en su día se celebró el acto de la vista, habiéndose dictado sentencia por el Juzgado de referencia en fecha 22 de febrero de 2016 , en los términos que se recogen en su parte dispositiva.

SEGUNDO .- Como hechos probados se declararon los siguientes:

1º.- Los actores han prestado sus servicios profesionales para la empresa demandada TEJERÍAS LA COVADONGA S.A., declarada en concurso de acreedores e incurso en proceso de liquidación por auto del Juzgado de lo Mercantil de Santander, de fecha 24 de marzo de 2014 con las siguientes características:

Don Abilio , antigüedad de 1 de abril de 1999, categoría de oficial de 2ª y salario de 45,64 euros.

Don Amador , antigüedad de 25 de octubre de 1989, categoría de oficial de 2ª y salario de 74,93 euros.

2º.- Durante el transcurso del citado proceso, la empresa VALDEHOGAR SERVICIOS GENERALES PARA LA PROMOCIÓN Y CONSTRUCCIÓN S.L., actualmente denominada KLINKER COVADONGA S.L. adquirió con fecha 29 de agosto de 2014 la unidad productiva de la anterior empresa y subrogó parte de los trabajadores de su plantilla.

3º.- Los demandantes, a los que se les extinguió su relación laboral con fecha 30 de junio de 2014, no fueron subrogados por la nueva empresa propietaria que explota la instalación fabril.



4º.- El plan de liquidación de la empresa aprobado por el Juzgado de lo Mercantil, de fecha 26 de junio de 2014, consta aportado a autos y se da por reproducido.

5º.- La deuda no abonada a los actores por la empresa TEJERÍAS LA COVADONGA S.A., -reconocida en acto de conciliación judicial por la administración concursal con fecha 16 de junio de 2014- asciende a 16.086,67 euros, adeudando a Don Abilio la cantidad de 4.523,94 euros y a Don Amador la cantidad de 11.562,73 euros.

6º.- Constan aportadas a autos las sentencias dictadas por los Juzgados de lo Social números Cinco y Uno de Santander, de fechas 24 de junio y 2 de julio de 2015 respectivamente, por las que se declaró la existencia de una sucesión empresarial entre todas las empresas demandadas.

7º.- La empresa KLINKER COVADONGA S.L. no hubiera podido continuar con la actividad empresarial si no hubiera llevado a cabo tanto el cambio de estrategia comercial focalizada en la exportación y la búsqueda de nuevos proyectos, como las inversiones imprescindibles para poder iniciar la actividad industrial, dado que a la fecha de la entrada no contaba con la infraestructura básica, ni con los elementos esenciales para llevar a cabo su actividad con un funcionamiento normal y racional, no siendo viable la producción en la situación en que se encontraban las instalaciones en el momento de arranque de la actividad, sin acometer inversiones con el fin de reparar, sustituir e incorporar maquinaria o elementos productivos.

8º.- Se ha celebrado el preceptivo acto de conciliación, sin avenencia.

TERCERO .- En dicha sentencia se dictó el siguiente fallo o parte dispositiva: "Se desestima la demanda formulada por Don Abilio y Don Amador contra las empresas Tejería la Covadonga S.A., Valdehogar Servicios Generales para la Promoción y Construcción S.L. y Klinker Covadonga S.L, a las que se absuelve de las pretensiones deducidas en su contra".

CUARTO .- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte demandante, siendo impugnado por la codemandada Klinker Covadonga S.A., pasándose los autos a la ponente para su examen y resolución por la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La primera de las revisiones, para el ordinal séptimo, ha de ser estimada, ya que se justifica en virtud del informe pericial aportado el hecho cuya adición se propone: "La empresa KLINKER COVADONGA ha aplicado su estrategia comercial, así como ha realizado las oportunas acciones de mantenimiento de los elementos productivos para el buen funcionamiento de ésta".

SEGUNDO .- La revisión que se solicita en el segundo de los motivos del recurso se encuentra justificada, no solo por la prueba que se refiere sino también por los hechos probados de otras resoluciones confirmadas por la Sala. En concreto, el séptimo de nuestra sentencia de 19 de febrero del 2016 .

Se expresará en el octavo que: "por escritura de 29 de agosto de 2014 se procedió a la compraventa de la unidad productiva por parte de VALDEHOGAR SERVICIOS GENERALES PARA LA PROMOCIÓN Y CONSTRUCCIÓN S.L. (que en la actualidad ostenta la denominación social de KLINKER COVADONGA S.L.).

TERCERO .- El octavo de aquella resolución ya exponía que, en virtud de la autorización concedida por el Auto de 6 de junio de 2014, la empresa TEJERÍAS LA COVADONGA, S.A. extinguió los contratos de 27 trabajadores en fecha 30 de junio, 15 de julio y 21 de julio de 2014, y de otros 17 trabajadores en fecha 31 de agosto de 2014.

De ellos, cuatro trabajadores con cargos directivos (Director financiero, director Comercial, Jefe de Fábrica, encargado de compras), fueron dados de alta en la empresa KLINKER COVADONGA S.L. con efectos desde el 1 de septiembre de 2014. Se incorpora entonces también este contenido.

CUARTO .- Considera el recurso que se han vulnerado los artículos 44 del Estatuto de los Trabajadores , 4.1 y 5.1 de la Directiva 2011/23/CE . Lo que se suscita en el motivo de infracción jurídica es si se ha producido una sucesión de empresas como consecuencia de las operaciones de venta que tuvieron lugar en fase de liquidación de la concursada.

Sostiene la parte impugnante que no se ha producido una sucesión de empresa, dado que la transmisión de activos se produjo dentro de un procedimiento judicial concursal y no concurren los elementos necesarios para apreciarla.

Si bien no procede la efectividad del principio de cosa juzgada, en su versión positiva (art. 222.4 LEC), ya que las partes no son las mismas, la Sala, en lógica coherencia, debe resolver en concordancia con lo expuesto en sentencias de 19-2-2016. Rec. 967/2015 y 9-3-2016. Rec. 27/2016 .



El examen de esta cuestión exige recordar que la Directiva 2001/23/CE, de 12 de marzo de 2001, sobre mantenimiento de los derechos de los trabajadores en casos de traspasos de empresas, parte del mantenimiento de las relaciones laborales y de los derechos y obligaciones de los trabajadores en caso de traspaso de la empresa (arts. 3 y 4).

Esta regla general no es de aplicación a las empresas en situación de quiebra o insolvencia que estén bajo la supervisión de una autoridad pública competente, con la excepción de que el Estado miembro cuente con una "disposición en contrario" (art. 5.1).

Además, la norma comunitaria admite que en los supuestos en los que sean aplicables las garantías previstas en los artículos 3 y 4, los Estados miembros puedan limitar la responsabilidad de la cesionaria por obligaciones de la cedente anteriores a la fecha del traspaso, siempre y cuando dicho Estado cuente con una protección mínima equivalente a la que se establece para las situaciones cubiertas por la Directiva 80/987/CEE (art. 5.1.a).

Por tanto, en los casos de quiebra o insolvencia la norma comunitaria admite las siguientes posibilidades dentro de la regulación de la sucesión de empresa.

La regla general es la inaplicación de las garantías inherentes a la sucesión a las empresas en situación de concurso (art. 5.1).

La excepción a dicha regla es que el Estado Miembro establezca expresamente la aplicación de la normativa de la sucesión (art. 5.1). En este caso se abren dos posibilidades. Cabe que el régimen sucesorio se aplique en su totalidad o que se modalice, limitando la responsabilidad del adquirente o pactando nuevas condiciones contractuales [art. 5.2 a) y b)].

En nuestro Ordenamiento Jurídico, antes de la reforma operada por el RDL 3/2012, de 10 de febrero, el apartado undécimo del artículo 51 ET establecía que en los casos de venta judicial de la totalidad de la empresa o de parte de la misma era aplicable el artículo 44 ET si lo vendido comprendía los elementos necesarios y suficientes para la continuidad de la actividad empresarial.

La LC introdujo el artículo 57 bis ET. Este artículo dispone que "en caso de concurso, a los supuestos de modificación, suspensión y extinción colectivas de los contratos de trabajo y de sucesión de empresa, se aplicarán las especialidades previstas en la Ley Concursal".

La norma emplea la técnica de la remisión normativa. Reenvía a las "especialidades de la Ley Concursal".

Por tanto, para determinar el régimen legal que nuestro Ordenamiento otorga a los supuestos de sucesión de empresas en situación concursal, sería preciso examinar cuáles son las especialidades que la LC prevé para la fase de liquidación con plan, ya que en el supuesto que nos ocupa, la venta objeto de litigio se ha producido en la referida fase.

Antes de analizar esta cuestión, conviene apuntar que la normativa aplicable es la previa a la reforma operada por el RD 11/2014, de 5 de septiembre, dado que al tiempo de la transmisión de la unidad productiva, dicha norma no se encontraba en vigor [DT 1ª RD 11/2014, que no otorga eficacia retroactiva a la reforma; AAP Álava 26-3-2015 (Rec. 138/2015)].

Ahora bien, como veremos, al discutirse la responsabilidad derivada de una obligación laboral-salarial y no otro tipo de créditos, la nueva redacción de los preceptos aplicables apenas modifica la interpretación y la solución del litigio.

Antes de la reforma operada por el citado RD 11/2014, el apartado segundo del artículo 149 LC contenía la única referencia expresa de la LC a la posibilidad de que tuviera lugar una sucesión de empresa.

El precepto establecía que "cuando, como consecuencia de la enajenación a que se refiere la regla 1.ª del apartado anterior, una entidad económica mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesoria, se considerará, a los efectos laborales, que existe sucesión de empresa".

La redacción del artículo 149.2 LC recogía de forma literal, la definición de sucesión de empresa del artículo 44.2 ET. Ésta se produce cuando "la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesoria".

Por tanto, en las reglas supletorias se fijaba una sucesión legal, si bien modalizada, dado que el Juez de lo Mercantil podía limitar la responsabilidad solidaria del adquirente. La norma regulaba una sucesión de empresa que se producía por imperativo legal, esto es, una excepción a la norma general.



Imponía la aplicación de la sucesión de empresa, pero limitaba sus efectos en sentido prácticamente idéntico al artículo 5.2.a) de la Directiva Comunitaria .

Por su parte, el artículo 148.1 LC , que regula la liquidación con plan, se refería a la venta en globo de la empresa o de cada unidad productiva, pero no añadía calificativo alguno. Esto es, no hablaba de unidad productiva autónoma, a diferencia del artículo 149.2 LC , ni tampoco mencionaba la posible existencia de una sucesión a efectos laborales.

Esta circunstancia hacía que nos planteásemos si en los casos en los que la venta global de la empresa o de una unidad productiva independiente con continuación de actividad, producidos en fase de liquidación con plan, era aplicable o no el régimen del artículo 44 ET .

Como ya hemos dicho en pronunciamientos previos [SSTSJ de Cantabria 4-6-2015 (Rec. 300/2015) y 28-11-2014 (Rec. 708/2014) , entre otras] la falta de mención en el artículo 148 LC y en los artículos 43.2 y 100.2 LC , podía llevar a considerar que la norma especial concursal -a la que todavía remite el artículo 57 bis ET -, no contenía la "disposición en contrario", a la que alude el artículo 5.1 de la Directiva comunitaria. Por tanto, en principio, no les sería aplicable el régimen de la sucesión de empresa.

No obstante, se advertía que el artículo 100.2 LC imponía el compromiso de continuar la actividad y además, el pago de los créditos de los acreedores en los términos establecidos en el convenio.

La referencia expresa al compromiso de pago "en los términos del convenio" no podía entenderse en sentido estricto. Esto es, como una obligación que afectaba en exclusiva, a los créditos sujetos al convenio, ya que ello determinaría que la norma fuera una mera reiteración de lo dispuesto en los artículos 135 y 136 LC .

Por tanto, parecía que la norma había querido incluir otras responsabilidades posibles a las que debía hacer frente el adquirente, dentro de las cuales se encontraría la responsabilidad solidaria derivada de una posible sucesión de empresa.

La regulación contenida en nuestra normativa especial era ciertamente compleja. La excepción a la regla general se contemplaba a través de una norma de aplicación subsidiaria. Por esta razón, un amplio sector doctrinal (Montoya Melgar, entre otros) consideró que el convenio -anticipado o de asunción- o el plan de liquidación eran los instrumentos hábiles para regular la aplicación de la sucesión de empresa. Pero si no lo hicieren así, sería aplicable el régimen del artículo 44 ET , ya sea limitando la responsabilidad solidaria de la adquirente (conforme al art. 149.2 LC) o sin limitación alguna.

Esta interpretación parece avalada por la nueva redacción de los artículos 43 , 100 y 149 LC , tras la reforma de septiembre de 2014 (y la posterior operada por Ley 9/2015, de 25 de mayo), que ha introducido una expresa regulación de los efectos de la transmisión de unidades productivas en el artículo 146 bis LC , al que, expresamente, remiten ahora los artículos 43 y 100 LC .

Dada la ubicación sistemática del precepto, parece que regula las transmisiones producidas en la fase común, en la de convenio y también en la fase de liquidación con plan.

Se mantiene el principio dispositivo. El adquirente es quien puede asumir la obligación de subrogación de derechos y obligaciones derivados de los contratos afectos a la actividad.

Ahora bien, el apartado tercero del artículo 146 bis LC exceptúa los supuestos a los que sea aplicable el artículo 44 ET "en los casos de sucesión de empresa".

Por su parte, el apartado cuarto, 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 " .

De este modo, 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 .

La reforma legal de septiembre de 2014 parece aclarar la compleja situación anterior, avalando la interpretación que anunciamos. 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 .



La sentencia de instancia no aprecia la existencia de una sucesión empresarial. Atendidos los términos del motivo de recurso articulado, es necesario examinar si en el presente caso las operaciones de liquidación determinaron la existencia o no de una sucesión de empresa.

Sobre esta cuestión el criterio decisivo para determinar la existencia 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, como ya indicamos en pronunciamientos previos [SSTSJ de Cantabria 4-6-2015 (Rec. 300/2015) y 28-11-2014 (Rec. 708/2014)], 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 Süzen).

Los datos fácticos que debemos tener en cuenta son los siguientes.

En primer lugar, la empresa fue declarada en situación de concurso, por auto de 11-1-2012.

Por sentencia de 20-6-2013 se aprobó el convenio propuesto por la empresa. Incumplido el mismo, el 24-3-2014 se acordó la apertura de la fase de liquidación, a solicitud de la concursada.

El 26-6-2014 se aprobó el plan de liquidación, con la modificación derivada del auto de la Audiencia Provincial de Cantabria, de fecha 12-1-2015.

Por escritura pública de 29-8-2014 se procedió a la venta de la unidad productiva por parte de la empresa, Valdehogar Servicios Generales para la Promoción y Construcción S.L., cuya denominación social, en la actualidad, es, Klinker Covadonga, S.L.

Consta además que la empresa ha mantenido su actividad al iniciarse la fase de liquidación.

Se debe partir de que no ha existido cese de la producción ni de la actividad de la unidad productiva objeto de enajenación.

La empresa adquirente subrogó a diecisiete trabajadores y adquirió los bienes necesarios para el mantenimiento de la producción.

El hecho de que durante la liquidación se produjera una reducción de actividad no implica que la misma pueda calificarse como residual, pues, de hecho, como adecuadamente, el elevado importe de los bienes y elementos productivos transmitidos, permite concluir, precisamente, lo contrario.

Es cierto que en supuestos de empresas declaradas en situación de concurso, cuando han cesado en su actividad productiva al tiempo del nacimiento de las nuevas y los elementos productivos subsistentes no son suficientes para afirmar la continuidad de la actividad, no se produce sucesión [STS 25-2-2002 (Rec. 4293/2000)]. Pero, como decimos, en el presente caso, consta probada tanto la continuidad como la adquisición de activos necesarios y suficientes para su mantenimiento.

No estamos ante una transmisión que solo comprende el bien inmueble en el que se venía realizando la actividad, dejando al margen los elementos materiales necesarios en los que aquella descansaba, en el sentido en el que se pronuncian las SSTS 24-9-2012 (Rec. 3252/2011) y 26-9-2012 (Recs. 3661/2011, 3666/2011 y 4150/2011), sino ante una transmisión de elementos materiales y personales que constituyen una unidad productiva autónoma, en el sentido del artículo 44 ET.

Con tales datos, la Sala no comparte la valoración efectuada por el Magistrado de instancia. Como ya se apuntó, el elemento fundamental que debemos considerar de cara a determinar si se ha producido una sucesión empresarial es la explotación continúe o se reanude (SSTJCE 18-3-1986 (Asunto Spijkers) y de 11-3-1997 (Asunto Süzen). Así lo establece la STS 27-5-2013 (Rec. 825/2012), al indicar que es necesaria la continuidad de la actividad para que la venta de una unidad productiva pueda ser considerada sucesión de empresa a efectos jurídico-laborales.

La continuidad en la actividad supone mantener una explotación empresarial "viva", que es lo que permitiría considerar la permanencia de su identidad. Así lo recoge la STS 5-3-2013 (Rec. 988/2012).

En el caso que examinamos, se deduce la concurrencia de los elementos necesarios para apreciar la existencia de sucesión empresarial, lo que determina que deba confirmarse el pronunciamiento de la sentencia recurrida en su integridad.

De este modo, se confirma la imposición de la responsabilidad solidaria a la empresa adquirente, en consonancia con la doctrina legal derivada de las SSTS de 15-7-2003 (Rec. 3442/2001) y 4-10-2003 (Rec. 585/2003), que interpretan el alcance del artículo 44.3 ET. Doctrina que parece avalada por el auto del TJUE de 28 de enero de 2015 (asunto C-688/13), que resolvió la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona (Auto de 11 de diciembre de 2013). Entre otros extremos, se cuestionaba el



alcance de la exoneración de responsabilidad previsto en el art. 149.2 LC, respecto a las obligaciones laborales y de Seguridad Social de contratos ya extinguidos al tiempo de la transmisión. El Tribunal resuelve que la Directiva comunitaria no se opone a que la legislación nacional establezca la transferencia de tales cargas.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que estimamos el recurso interpuesto D. Abilio y D. Amador contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº Uno, de 22 de febrero de 2016, autos 67/2015, dictada en virtud de demanda seguida por D. Abilio y D. Amador contra Tejerías la Covadonga S.A., Kilnker Covadonga S.L. y Valdehogar Servicios Generales para la Construcción y promoción, revocando íntegramente dicha resolución condenando solidariamente a las empresas demandadas a abonar a D. Abilio la cantidad de 4.523,94 euros y a D. Amador, la cantidad de 11.562,73 euros, con el interés por mora correspondiente.

Notifíquese esta Sentencia a las partes y a la Fiscalía de la Comunidad Autónoma, previniéndoles de su derecho a interponer contra la misma, recurso de casación para la unificación de doctrina, que podrá prepararse ante esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, dentro de los diez días hábiles contados a partir del siguiente a su notificación.

Devuélvanse, una vez firme la sentencia, el proceso al Juzgado de procedencia, con certificación de esta resolución, y déjese otra certificación en el rollo a archivar en este Tribunal.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha, por el Ilmo/a. Sr/a. Magistrado Ponente que la suscribe, en la sala de audiencia de este Tribunal. Doy fe.