



Roj: **STS 3729/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:3729**

Id Cendoj: **28079140012018100862**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **03/10/2018**

Nº de Recurso: **323/2017**

Nº de Resolución: **887/2018**

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

Ponente: **MARIA LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CL 4120/2016,**
STS 3729/2018

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 323/2017

Ponente: Excm. Sra. D.^a Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 887/2018

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D.^a. Maria Milagros Calvo Ibarlucea

D.^a. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

D.^a. Rosa Maria Viroles Piñol

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Sebastian Moralo Gallego

En Madrid, a 3 de octubre de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. César Navarro Contreras, en nombre y representación de la empresa MGO BY WESTFIELD,S.L., contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede Burgos, de fecha 16 de noviembre de 2016, recaída en el recurso de suplicación núm. 503/2016, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Burgos, dictada el 22 de marzo de 2016, en los autos de juicio núm. 1035/2014, iniciados en virtud de demanda presentada por D.^a Marcelina , contra la empresa Grupo MGO, S.A., ampliada posteriormente contra la Administración Concursal de la Mercantil Grupo MGO, S.A. (LEXAUDIT CONCURSAL, S.L.P.), MGO BY WESTFIELD SLU y frente al Fondo de Garantía Salarial , sobre despido nulo o, subsidiariamente, improcedente.

Ha sido parte recurrida D.^a Marcelina , representada por el letrado D. Eduardo Mozas García.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Maria Luisa Segoviano Astaburuaga.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Con fecha 22 de marzo de 2016, el Juzgado de lo Social nº 3 de Burgos, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que estimando parcialmente como estimo la demanda interpuesta por Doña Marcelina contra Grupo MGO SA, MGO by Westfield SL, Lexaudit Concursal SLP y FOGASA, debo declarar y declaro la nulidad del despido de la demandante, condenando solidariamente a las empresas demandadas a su inmediata readmisión en el mismo puesto, condiciones y efectos, con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido (26.10.14) hasta la efectividad de la readmisión. Todo ello sin perjuicio de la responsabilidad que pudiera corresponder al FOGASA en los términos y con los límites del Art. 33 ET y con absolción e LEXAUDIT Concursal SLP."

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes: "**PRIMERO.-** La actora, Doña Marcelina, ha venido prestando servicios por cuenta de la empresa Grupo MGO SA desde el 1.4.04, con categoría de auxiliar administrativo, centro de trabajo en Burgos, jornada a tiempo completo reducida al 50% por cuidado de hijo desde el 13.1.09 y salario mensual, incluida prorrata de pagas extras, de 1194.30 €, abonado mediante transferencia bancaria, en virtud de contrato indefinido. Durante el año 2012 tuvo reducida su jornada en un 13% en virtud de expediente de regulación de empleo que quedó sin efecto a partir del 1.1.13. En diciembre de 2012 la empresa instó nuevo expediente de regulación de empleo por el que la actora sufrió la reducción de su jornada y salario en un 14% en cómputo anual desde el 18-1-13 hasta el día 31-12-2013. **SEGUNDO.-** En fecha 23-12-2013 la empresa instó expediente de regulación de empleo nº NUM000, que finalizó sin acuerdo, suspendiéndose 277 contratos de trabajo y reduciendo la jornada y salario al resto de la plantilla en un 20%, desde el 10-1-14 hasta el 31-12-2014. Los motivos alegados al efecto por la empresa fueron económicos (perdidas) y productivos (descenso en la demanda de los servicios prestados por la empresa), como consecuencia de la disminución persistente de ingresos y ventas consecuencia de la caída de la actividad económica general en España y especialmente en la actividad de servicio ajeno de prevención de riesgos. A la actora se le comunicó la suspensión del contrato de trabajo con efectos del 10.1.14 al 31.12.14 en fecha 10.1.14, mediante escrito que consta como documento 3 de la parte demandada, que se da por reproducido. **TERCERO.-** En fecha 31-07-2014 Grupo MGO S.A promovió su declaración en situación de **concurso** voluntario de acreedores, el cual fue declarado por auto de 20.11.14 en el que se expone que de la documentación aportada por la empresa se desprendía su estado de insolvencia. **CUARTO.-** En fecha 25-09-2014 la empresa comunicó a la Subdirección General de Relaciones Laborales de la Dirección General de Empleo del Ministerio de Empleo y Seguridad Social el inicio de procedimiento de despido colectivo por causas económicas, productivas, organizativas y técnicas. Finalizado sin acuerdo el periodo de consultas, la empresa acordó la extinción de 395 contratos de trabajo, incluido el de la actora. **QUINTO.-** En fecha 25-10-2014 la empresa comunicó a la trabajadora la extinción de contrato con fecha de efectos desde el día siguiente, en los términos que constan en la carta de despido obrante como documento 5 de la parte actora, que se da aquí por reproducida, fijando una indemnización de 8.310,38 € que no puso a su disposición alegando falta de liquidez. **SEXTO.-** Los resultados económicos de Grupo MGO SA son los siguientes:

20112012201330.9.14 (resultados provisionales)

Cifra de negocio

Gasto personal

Resultado explotación

Resultado ejercicio

52.861.879

34.663.439

2.143.748

976.597

45.606.580

29.578.122

1.756.746

392.449

36.606.625

26.845.925

-3.156.217

-2.985.393

21.850.421

16.999.584

-3.404.459

-3.213.236

Las bases imponibles correspondientes a las declaraciones de IVA de la empresa en los meses de enero a octubre 13 y enero a octubre 14 son las que constan en el documento 14 de la empresa demandada, que se da por reproducido. **SÉPTIMO.**- La empresa Grupo MGO SA tenía un saldo disponible de 0 € en tres cuentas de Bankia a 26.10.14, un saldo a 23.10.14 de 6.197,84 € en otra cuenta del BBVA. En sendas cuentas del Banco de Santander tenía un saldo de 18.655,69 € a 31.10.14 y menos de 3.000 € a 30.10.14. La suma total de las indemnizaciones correspondientes a todos los trabajadores despedidos asciende a 3.839.499,22 €. **OCTAVO.**- Autorizada por el juzgado de lo mercantil la apertura de los tramites en orden a una transmisión previa a la liquidación de la unidad productiva de la empresa concursada, en base a la oferta vinculante realizada en el procedimiento concursal por Klebert Properties SL, con fecha 30.9.15 Westfield Sanidad SLU adquirió la unidad productiva de Grupo MGO SA con sujeción, en cuanto a los efectos de la adjudicación a favor de la primera acordada por auto de 29.7.15, a lo establecido en dicha resolución y en el art. 146 bis, conforme al cual la entidad adquirente, Westfield Sanidad SLU, se subrogó en todas las relaciones contractuales de la transmitente afectas a la misma que continuasen en la empresa, con exclusión de aquellos cuyos contratos se hubiesen ya extinguido. Dicha oferta vinculante supone la continuación de la actividad, el mantenimiento de 617 puestos de trabajo, la asunción de pasivo laboral por mantenimiento de la antigüedad de los trabajadores, valorado a fecha uno de junio de 2015 en un total de 6, 9 millones € en el escenario de una liquidación y la inyección de efectivo por importe de 800.000 €, además de la asunción de un pasivo concursal por importe de 11,3 millones €. En el auto indicado se señala que la sucesión de empresa efectos laborales se produce en relación exclusivamente con los trabajadores subrogados, no respecto de la deuda de trabajadores que no continúan en la empresa por haberse extinguido ya sus contratos. Igualmente la responsabilidad del adquirente queda limitada a las deudas con la TGSS relativas a las relaciones laborales que efectivamente asume. Por último, la enajenación de la unidad productiva no supone subrogación en deudas tributarias, transmitiéndose al adquirente los contratos afectos a la continuidad de la actividad profesional o empresarial, y las licencias o autorizaciones administrativas afectas a la continuidad de la actividad empresarial o profesional e incluidas como parte de la unidad productiva. En igual fecha se modificó la denominación social de Westfield Sanidad SLU, que pasó a llamarse MGO by Westfield SL. **NOVENO.**- La actora no ostenta cargo de representación legal o sindical de los trabajadores. **DÉCIMO.**- Con fecha 9.12.14 se celebró acto de conciliación ante la UMAC en virtud de papeleta de 21.11.14, que concluyo sin efecto. **UNDÉCIMO.**- Con fecha 9.12.14 se interpuso demanda que fue turnada a este Juzgado."

TERCERO.- Contra la anterior sentencia, el letrado D. Carlos Ramírez Ovelar en nombre y representación de la mercantil MGO BY WESTFIELD, S.L. y el letrado D. Miguel C. Becerril Morán, en nombre y representación de GRUPO MGO, S.A., formularon recursos de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede Burgos, dictó sentencia en fecha 16 de noviembre de 2016, recurso 503/2016, en la que consta el siguiente fallo: "Que debemos desestimar y desestimamos el Recurso de Suplicación interpuesto de una parte por la Mercantil MGO BY WESTFIELD, S.L. y de otra por la Mercantil Grupo Mgo S.A., frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Burgos, en autos número 1035/2014 seguidos a instancia de DOÑA Marcelina , contra GRUPO MGO S.A., LEXAUDIT CONCURSAL SLP (DON Juan Carlos), FONDO DE GARANTIA SALARIAL, MGO BY WESTFIELD S.L., en reclamación sobre Despido y, en su consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la Sentencia recurrida. Con imposición de costas a la parte recurrente por los honorarios del Letrado de la parte impugnante, que la Sala fija en 800 Euros."

CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede Burgos, el letrado D. César Navarro Contreras, en nombre y representación de la empresa MGO BY WESTFIELD,S.L., interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó ante esta Sala mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya de fecha 19 de febrero de 2016, recurso 3271/2015.

QUINTO.- Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por la parte recurrida, D.^a Marcelina , se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de estimar procedente el recurso interpuesto.

SEXTO.- Se señaló para la votación y fallo el día 3 de octubre de 2018, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-1.- El Juzgado de lo Social número 3 de los de Burgos dictó sentencia el 22 de marzo de 2016, autos número 1035/2014, estimando en parte la demanda formulada por DOÑA Marcelina contra GRUPO MGO SA, MGO BY WESTFIELD SLU, LEXAUDIT CONCURSAL SLP y FONDO DE GARANTÍA SALARIAL sobre DESPIDO, declarando la nulidad del despido de la demandante, condenando solidariamente a las empresas demandadas a su inmediata readmisión en el mismo puesto, condiciones y efectos, con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido -26-10-2014- hasta la efectividad de la readmisión, sin perjuicio de la responsabilidad del FOGASA en los términos del artículo 33 y con absolucón de LEXAUDIT CONCURSAL SLP.

Tal y como resulta de dicha sentencia, la actora ha venido prestando servicios para la demandada GRUPO MGO SA, desde el 1 de abril de 2004, como auxiliar administrativa, con reducción de jornada del 50% por cuidado de hijo desde el 13 de enero de 2009 y reducción del 13% de la jornada durante el año 2012, en virtud de ERE. Mediante carta de 25 de octubre de 2014, la empresa comunicó a la actora la extinción de su contrato, al amparo del artículo 51.1 ET, en relación con el 52 c) ET y con efectos del 26 de octubre de 2014, no poniendo a su disposición la indemnización, alegando falta de iliquidez.

Los resultados económicos del Grupo MGO SA durante el periodo 2011 a 2013 son los siguientes:

2011 2012 2013 30.9.14 (Resultados provisionales)

Cifra de negocio 52.861.879 45.606.580 36.606.625 21.850.421

Gasto Personal 34.663.439 29.578.122 26.845.925 -16.999.584

Resultado Explotación 2.143.748 1.756.746 -3.156.217 -3.404.459

Resultado ejercicio 976.597 392.449 -2.985.393 -3.213.236

El Juzgado de lo Mercantil número 3 dictó auto el 20 de noviembre de 2014, declarando en **concurso** a GRUPO MGO SA. El 29 de julio de 2015 dictó auto en el que acordó la adjudicación de la unidad productiva en virtud de la oferta vinculante realizada por la entidad KLEBER PROPERTIES SLU, siendo adquirida por WESTFIELD SANIDAD SLU, actualmente denominada a MGO BY WESTFIELD SL. En el auto se hace constar que la sucesión de empresa efectos laborales se produce en relación exclusivamente con los trabajadores subrogados -617 trabajadores-, no respecto de la deuda de trabajadores que no continúan en la empresa por haberse extinguido ya sus contratos. Igualmente la responsabilidad del adquirente queda limitada a las deudas con la TGSS, relativas a las relaciones laborales que efectivamente asume. Por último, la enajenación de la unidad productiva no supone subrogación en deudas tributarias, transmitiéndose al adquirente los contratos afectos a la continuidad de la actividad profesional o empresarial, y las licencias o autorizaciones administrativas afectas a la continuidad de la actividad empresarial o profesional e incluidas como parte de la unidad productiva.

2.- Recurrida en suplicación por el Letrado D. Carlos Ramírez Ovelar, en representación de MGO BY WESTFIELD SL, y por el Letrado D. Miguel Becerril Morán, en representación de GRUPO MGO SA, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Burgos, dictó sentencia el 16 de noviembre de 2016, recurso número 503/2016, desestimando el recurso formulado y confirmando la sentencia recurrida.

La sentencia, en el extremo que ahora interesa, con abundante cita de sentencias del TJUE y de esta Sala Cuarta del Tribunal Supremo, entendió que existe sucesión de empresas ya que: "lo adquirido es una explotación viva que mantiene su actividad, se adquieren los contratos, licencias y autorizaciones afectos a la actividad empresarial con la subrogación de 617 puestos de trabajo, en definitiva, una unidad productiva autónoma que determina la responsabilidad solidaria de MGO by Westfield, siendo de aplicación lo establecido en la ley concursal según hemos reseñado en relación con el art. 3 y 5 de la directiva comunitaria por cuanto se aplica a los procedimientos concursales la transmisión de derechos y obligaciones."

3.- Contra dicha sentencia se interpuso por el Letrado D. César Navarro Contreras, en representación de MGO BY WESTFIELD SL, recurso de casación para la unificación de doctrina aportando, como sentencia contradictoria, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya el 19 de febrero de 2016, recurso número 3271/2015.

El Letrado D. Eduardo Mozas García, en representación de DOÑA Marcelina, ha impugnado el recurso, habiendo informado el Ministerio Fiscal que el mismo ha de ser declarado procedente.

SEGUNDO.-1.- Procede el examen de la sentencia de contraste para determinar si concurre el requisito de la contradicción, tal y como lo formula el artículo 219 de la LRJS, que supone que ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, las sentencias comparadas han llegado a pronunciamientos distintos.



2.- La sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya el 19 de febrero de 2016, recurso número 3271/2015, desestimó los recursos de suplicación interpuestos por Doña Josefina y Doña Laura y estimó el formulado por Áptima Centre Clinic SL frente a la sentencia dictada el 5 de diciembre de 2014 por el Juzgado de lo Social número 1 de Terrassa, autos 28/2014, seguidos a instancia de las recurrentes frente a Centre Medic Fuster SL, Clifac Center SL, Copresac SL, Explomed Plus SL, Forum Carmes SL, Gepro XXI SL, Salus XXI Med Group SL, Portia XXI, Europea de Reproducción Asistida SLU, Institut Medic Fresnadillo SL, Espai Medic San Cugat SL, Colter Krup SL, Mabex Center SL, Doña Milagrosa, D. Felicísimo, E Y U Despatx Juridic i Tributari SLP (Administración concursal) Aptima Centre Clinic SL y Fondo de Garantía Salarial, revocando en parte dicha resolución, absolviendo a Aptima Centre Clinic SL de todos los pedimentos en su contra formulados.

Consta en dicha sentencia que a partir del año 2010 las actoras pasaron a prestar servicios a Centre Medic Fuster SL, habiendo prestado servicios con anterioridad para otras empresas. El Grupo Salus XXI, vinculado al sector de la salud, está integrado al menos por seis empresas: Centre Medic Fuster SL, Europea de Reproducción Asistida SLU, Institut Medic Fresnadillo SL, Espai Medic San Cugat SL, Colter Krup SL y Mabex Center SL. El 16 de enero de 2014 las actoras recibieron carta de Centre Medic Fuster SL comunicándoles su despido objetivo por causas económicas y organizativas, manifestando la empresa que no puede abonar la indemnización legal por falta de liquidez. Las empresas Centre Medic Fuster SL, Europea de Reproducción Asistida SLU, Institut Medic Fresnadillo SL, Espai Medic San Cugat SL, Colter Krup SL y Mabex Center SL han sido declaradas en **concurso** por el Juzgado de lo Mercantil número 3 de Barcelona, autos 305/2014 a 310/2014, mediante auto de declaración conjunta de **concursos** abreviados de 28 de marzo de 2014, siendo la administradora concursal la sociedad E y U Despatx Juridic y Tributari SLP.

El 16 de mayo de 2014 se adjudica a Aptima Centre Clinic SL la unidad productiva Grupo Salus XXI (Centre Medic Fuster SL, Europea de Reproducción Asistida SLU, Institut Medic Fresnadillo SL, Espai Medic San Cugat SL, Colter Krup SL) tras oferta vinculante en trámite de liquidación del **concurso**, mediante auto de 20 de mayo de 2014, aclarado el 27 de mayo de 2014. El auto excluye a Mabex Center SLU de la unidad productiva transmitida y fija la obligación de subrogación laboral de 46 trabajadores a Aptima Centre Clinic SL. En el punto 4º de su parte dispositiva señala que Aptima Centre Clinic SL no queda subrogada en las deudas laborales o de Seguridad Social de la concursada anteriores a la enajenación de la unidad productiva o de las que pudieran existir a favor del FOGASA.

La sentencia consigna que la cuestión litigiosa queda referida al alcance de la subrogación laboral cuando se produce una transmisión de la unidad productiva empresarial en el marco de un procedimiento de **concurso** al que se halla sometida la empresa.

La sentencia, tras reproducir la normativa aplicable -en especial el artículo 5 de la Directiva 2001/23/CE y los artículos 148 y 149 de la Ley Concursal contiene el siguiente razonamiento: "De la consideración del conjunto de dichas normas, debe destacarse a los efectos de la resolución del presente asunto, la previsión del supuesto en que en la fase de liquidación la administración concursal hubiera presentado al juez un plan para la realización de los bienes y derechos integrados en la masa activa del **concurso** (que habrá de procurar contemplar la enajenación unitaria del conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes y servicios del concursado o de alguno de ellos), en cuyo caso dicho plan podrá ser aprobado mediante auto por el juez, bien en los términos exactos en que se hubiera planteado, bien introduciendo en él modificaciones o bien acordar que se siga la liquidación según las reglas supletorias del art. 149. Ha de destacarse que dicho auto solo se dictará tras haberle sido dada la publicidad correspondiente por el secretario judicial (hoy, letrado de la Administración de Justicia) al citado plan de liquidación para que deudor y acreedores concursales puedan formular observaciones o propuestas de modificación y para que se someta a informe de los trabajadores para los mismos fines; así como que este auto puede ser objeto de recurso de apelación, para cuya interposición están legitimados los trabajadores, por cuanto son titulares de un interés legítimo y, por tanto, están comprendidos dentro del art. 184. 4 y 6 de la LC.

Así, en el citado art. 148 no se menciona en absoluto que las actuaciones que regula lleven consigo la sucesión de la empresa a efectos laborales; es decir, por tanto, que no hay disposición española en sentido contrario a la previsión del art. 5.1 de la Directiva 21/2003 (que establece la exclusión de la aplicación de sus artículos 3 y 4) cuando se trata de la cesión de una empresa en el seno de un proceso concursal. Para tal caso, el art. 148 concede al juez un amplio margen de decisión, sin perjuicio de resolver tras permitir y atender las alegaciones que tuvieran por conveniente formular deudor y acreedores y recibir el informe de la representación de los trabajadores y teniendo en cuenta que tal decisión es recurrible en apelación.

Por su lado, el art. 149, en su número 2, sí nos dice que "se considerará, a los efectos laborales, que existe sucesión de empresa", pero se trata de una previsión supletoria, esto es, para el caso de no aprobarse un plan de liquidación o en lo que no hubiere previsto el aprobado (de ahí su expresivo epígrafe: "reglas legales



supletorias"). Con lo cual, esta norma estatal se halla en consonancia con la previsión del número 2 del art. 5 de la Directiva 21/2003, cuando permite que la legislación de un Estado miembro establezca determinadas limitaciones a las consecuencias de la subrogación prevista en términos generales en sus artículos 3 y 4, cuando se transmite una unidad productiva que mantenga su identidad para poder desarrollar una actividad económica, garantizando en todo caso la protección mínima que se establece en la Directiva 80/987.

Por último, merece ser añadido que cuando el Juez de lo Mercantil decide sobre el alcance de la subrogación por parte del adquirente en los derechos y obligaciones de la empresa concursada no estamos ante una cuestión prejudicial de las previstas en el art. 9 de la LC ("1. La jurisdicción del juez se extiende a todas las cuestiones prejudiciales civiles, con excepción de las excluidas en el artículo 8, las administrativas o las sociales directamente relacionadas con el **concurso** o cuya resolución sea necesaria para el buen desarrollo del procedimiento concursal. 2. La decisión sobre las cuestiones a las que se refiere el apartado anterior no surtirán efecto fuera del proceso concursal en que se produzca"); no se trata de una cuestión que resuelva incidenter tantum o de modo accesorio sino un extremo que, en virtud del art. 148, entra plenamente dentro de su competencia y vincula a este orden social; de modo que no sería aceptable que esta Sala resolviera sobre el alcance de la responsabilidad de la adquirente en términos diferentes a los fijados en el auto del Juez de lo Mercantil que aprobó el plan de liquidación. Por tanto, esta Sala no comparte los razonamientos de la sentencia nº78/2014, de 22 de abril, de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional -que alega una de las trabajadoras recurrentes-, ya que conforme a tal resolución el auto del Juzgado Mercantil carecería de efectos vinculantes por carecer de los efectos de la cosa juzgada positiva, conforme al art. 222.4 de la LEC". Concluye señalando que por lo tanto no son aplicables las reglas previstas en el artículo 149.2 de la LC ni en el artículo 44 del ET, no estando incluidas las actoras en la lista de los 46 trabajadores que asume Aptima.

3.- Entre la sentencia recurrida y la de contraste concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS.

Hay que poner de relieve que el objeto del recurso se ciñe única y exclusivamente a determinar si se produce sucesión de empresa y, en consecuencia, se aplica el artículo 44 ET, cuando la empresa adquiere la unidad productiva de la concursada en la fase de liquidación del **concurso**, haciendo constar el Juez de lo Mercantil en el auto de adjudicación que la sucesión de empresa, a efectos laborales se produce exclusivamente respecto de aquellos trabajadores que continúan, no con los que no continúan en la empresa, por lo que no impide la existencia de contradicción las diferencias que puedan existir entre ambas sentencias, que apunta el impugnante en su escrito de impugnación, como son, que en la sentencia recurrida la extinción se produce en el seno de un ERE, en la de contraste al amparo del artículo 52 c) ET, que en la recurrida se declarara el despido nulo y en la de contraste improcedente, que en la recurrida existen salarios de trámite, que en la recurrida la empresa se subroga en determinado número de trabajadores y no en la de contraste, que en la sentencia recurrida la responsabilidad es solidaria y en la de contraste subsidiaria...

Lo relevante, a efectos de la contradicción es, como ya ha quedado indicado, si se produce sucesión de empresa, con las consecuencias establecidas por el artículo 44 ET, cuando una empresa adquiere la unidad productiva de una mercantil concursada en la fase de liquidación del **concurso**, haciendo constar el Juez de lo Mercantil en el auto de adjudicación, que la adquirente no se subroga en los derechos y obligaciones que tenía la concursada con sus trabajadores -en la sentencia recurrida no se subroga respecto a los trabajadores que no continúan en la empresa (continúan 617), en tanto en la sentencia de contraste se subroga respecto a 46 trabajadores que continúan en la empresa (hecho probado 22)-

En efecto, si bien es cierto, tal y como apunta el Letrado D. Eduardo Mozas García, en representación de DOÑA Marcelina, en su escrito de impugnación del recurso, que el **concurso** del Grupo MGO SA se declaró por auto de 20 de noviembre de 2014 y el de la sentencia de contraste fue declarado por auto de 16 de enero de 2014, por lo que al primero se le aplica la regulación introducida por el RD 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal, normativa que no es de aplicación al segundo, y el auto de adjudicación de la unidad productiva en la sentencia recurrida se dictó el 29 de junio de 2015, en tanto en la de contraste se dictó el 20 de mayo de 2014, por lo que en el primer supuesto se aplica la Ley 9/2015, de 25 de mayo, la distinta normativa de aplicación no acarrea la falta de identidad de las sentencias comparadas, como a continuación se expondrá.

La sentencia de esta Sala de 27 de febrero de 2018, recurso 112/2016, seguida de las de 26 de abril de 2018, recurso 2004/2016 y 5 de junio de 2018, recurso 471/2017, en las que se examina el alcance de la subrogación laboral cuando se produce una transmisión de la unidad productiva empresarial en el marco de un procedimiento de **concurso** al que se halla sometida la empresa, habiéndose declarado el **concurso** y la adjudicación de la unidad productiva con anterioridad a la entrada en vigor de la modificación introducida por el RD 11/2014 de 5 de septiembre, ha concluido que en los supuestos de adquisición de la unidad productiva efectuada en el seno de un **concurso** se produce sucesión de empresa en el sentido del artículo 44 del ET. Por



lo tanto, aunque en el texto de la LC entonces en vigor no se encontrara el artículo 146 bis, la interpretación de los preceptos aplicables conducía al mismo resultado, a saber, se produce sucesión de empresa en los términos del artículo 44 del ET.

La sentencia de 27 de febrero de 2018, recurso 112/2016 contiene el siguiente razonamiento:

"El artículo 148 de la Ley Concursal, en su apartado 1, contempla la posibilidad de enajenación unitaria del conjunto de establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes y servicios del concursado o de cualquiera de ellos, sin hacer referencia alguna a si se produce o no sucesión de empresa respecto al adquirente, a diferencia de lo que sucede en el artículo 149.2 de la propia Ley al fijar las reglas legales supletorias -"Cuando como consecuencia de la enajenación una entidad económica mantenga su identidad...se considerará a efectos laborales que existe sucesión de empresa"-.

La clave para la solución del supuesto aparece en el apartado 4 del propio artículo 148, que dispone: "En el caso de que las operaciones previstas en el plan de liquidación supongan la modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, incluidos los traslados colectivos, o la suspensión o extinción colectivas de las relaciones laborales, previamente a la aprobación del plan, deberá darse cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 64" -procedimiento para la modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo, incluidos los traslados colectivos y de suspensión o extinción colectivas de las relaciones laborales, una vez declarado el **concurso**-. Tal exigencia obedece a que se trata de evitar que la totalidad de los trabajadores de la empleadora, con las condiciones de trabajo que tenían, pasen a la adjudicataria con todos sus derechos. Si la adquisición de una unidad productiva autónoma en el seno del **concurso** no supusiera que existe sucesión de empresa, esta previsión normativa sería superflua, ya que la adquisición de la unidad productiva autónoma no conllevaría la asunción de los trabajadores de la empleadora, por lo que el plan de liquidación habría de limitarse a contemplar las condiciones de la realización de bienes y derechos del concursado, pero sin previsión alguna respecto a la situación de los trabajadores. Si del precepto resultare que no hay sucesión de empresa sería única y exclusivamente la empleadora la responsable de adoptar las medidas legales para la modificación sustancial de condiciones de trabajo, extinciones colectivas... de sus trabajadores, pero estas medidas no tendrían que aparecer ligadas a la aprobación del plan de liquidación de los bienes de la masa activa ya que la adquirente sería por completo ajena a la suerte de los trabajadores de la empleadora.

La dicción del apartado 4 del artículo 148 de la Ley Concursal nos conduce a la conclusión de que la norma no ha excluido que la adquisición de una unidad productiva en el seno del **concurso** suponga sucesión de empresa sino, al contrario, de forma indirecta está admitiendo que en dicho supuesto se produce sucesión de empresa.

Por otra parte hay que señalar que en el preámbulo de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, concursal, se consigna:

"En definitiva, esta ley aporta al instituto del **concurso** una mayor seguridad jurídica, la apertura de nuevas vías alternativas que buscan el equilibrio entre la viabilidad de la empresa y la necesaria garantía judicial, el impulso de los medios electrónicos, así como la simplificación y la agilización procesal, sin olvidarse de efectuar una notable mejora de la posición de los trabajadores".

La finalidad de la reforma es, por tanto, mejorar la posición de los trabajadores en el **concurso**, finalidad que se consigue aplicando la subrogación en los supuestos de adjudicación de una unidad productiva en los términos anteriormente consignados.

3.- No se opone a la anterior conclusión que el apartado 2 del precitado artículo 148 disponga que "...el juez, según estime conveniente para el interés del **concurso**, resolverá mediante auto aprobar el plan en los términos en que hubiera sido presentado..." ya que el interés del **concurso** no puede erigirse en la norma suprema que rija la adjudicación de los bienes pues habrán de respetarse las normas imperativas de nuestro ordenamiento jurídico, entre las cuales se encuentra el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores".

Continúa razonando: " **6.-** Por último hay que poner de relieve que la adición a la Ley Concursal, por la Ley 9/2015, de 25 de mayo del artículo 146 bis, no supone que con anterioridad no se produjera sucesión de empresa en los supuestos de adjudicación de una unidad productiva en fase de convenio.

A este respecto procede señalar que el Preámbulo de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, en su apartado IV establece:

"En materia de liquidación se modifican determinados preceptos del Capítulo II del título V de la Ley Concursal con el objeto de facilitar el desarrollo de esta fase de procedimiento concursal. Se trata, como se ha expuesto previamente, de garantizar en lo posible la continuación de la actividad empresarial, facilitando,



fundamentalmente, la venta del conjunto de los establecimientos y explotaciones del concursado o de cualesquiera otras unidades productivas.

Así, se introduce la subrogación "ipso iure" del adquirente en los contratos y licencias administrativas de que fuera titular el cedente (artículo 146 bis) y se arbitran los mecanismos de exención de responsabilidad por deudas previas, salvo en determinados casos especiales que por su singularidad siguen mereciendo una especial tutela, como es el caso de las deudas frente a la Seguridad Social o a los trabajadores".

El preámbulo consigna que no existe exoneración por deudas previas - *artículo 146 bis de la Ley Concursal* - en casos especiales, como las deudas frente a los trabajadores, que **siguen mereciendo una especial tutela**, es decir que la no exoneración en las deudas frente a los trabajadores no se ha introducido "ex novo" por vía del *artículo 146 bis añadido por la Ley 9/2015*, sino que se mantiene la tutela que se otorgaba a dichos créditos".

A la vista de tales datos forzoso es concluir que, aunque los preceptos aplicados en una y otra sentencia presenten diferente redacción, su contenido en esencia es el mismo por lo que concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS lo que supone que, habiéndose cumplido los requisitos establecidos en el artículo 224 de dicho texto legal, procede entrar a conocer del fondo del asunto.

TERCERO.- 1.- El recurrente alega que la sentencia impugnada realiza una interpretación errónea de los artículos 146 bis, 148, 149.4 de la Ley Concursal, en relación con el auto del Juzgado de lo Mercantil número 3 de Madrid de 29 de julio de 2015.

2.- Cuestión similar a la ahora sometida a la consideración de la Sala ha sido resuelta por la Sentencia de 26 de abril de 2018, recurso 2004/201 -aplicando por razones cronológicas la LC en la redacción introducida por la Ley 38/2011, de 10 de octubre- en la que se resuelve que existe sucesión empresarial cuando una empresa adquiere la unidad productiva en el seno de un **concurso** y se ha declarado la nulidad del despido de uno de los trabajadores incluidos en el despido colectivo, concluyendo que ha de condenarse a la readmisión a la empresa concursada y a la adjudicataria.

La sentencia contiene el siguiente razonamiento:

"Para la solución del recurso, debemos empezar recordando que la cuestión ya ha sido resuelta por *la Sala en su reciente sentencia de 27 de febrero de 2018, Rec. 112/2016*, en la que, tras reiterar que el orden jurisdiccional es competente para resolver si se produce una subrogación en un supuesto en el que una empresa adquiere una unidad productiva en virtud de la liquidación efectuada en el seno de un procedimiento concursal, ha establecido la plena aplicación del *art. 44 ET* en un supuesto en el que auto de adjudicación de aquella el Juez Mercantil hizo constar que no existía sucesión de empresa, concluyendo que la adquirente de la unidad productiva debía hacerse cargo de la responsabilidad derivada del despido. Las razones que avalaron la decisión están contenidas en dicha sentencia de la siguiente forma:

En primer lugar, porque con la adjudicación en realidad se había producido el cambio de titularidad de una entidad económica que mantiene su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesorio; lo que, en principio, acarrea las consecuencias previstas en el apartado 3 del precitado artículo 44 en orden a la responsabilidad de cedente y cesionario respecto a las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la cesión.

En segundo lugar, porque el *artículo 44 ET* es una norma de carácter imperativo por lo que, únicamente en el supuesto en el que existiera una disposición que estableciera que en estos particulares supuestos de empresas en situación de **concurso** no se produce la sucesión de empresa, habría de admitirse que no opera el fenómeno de la sucesión.

En tercer lugar, porque el *apartado 4 del art. 148 LC* nos conduce a la conclusión de que la norma no ha excluido que la adquisición de una unidad productiva en el seno del **concurso** suponga sucesión de empresa sino, al contrario, de forma indirecta está admitiendo que en dicho supuesto se produce sucesión de empresa, al remitir al *artículo 64 LC* los supuestos en los que las operaciones previstas en el plan de liquidación implicasen modificaciones sustanciales colectivas, traslados colectivos, suspensiones o extinciones colectivas de contratos; porque si la adquisición de una unidad productiva autónoma en el seno del **concurso** no supusiera que existe sucesión de empresa, la remisión del *art. 148.4 LC* al procedimiento descrito en el *art. 64 LC*, sería superflua, ya que la adquisición de la unidad productiva autónoma no conllevaría la asunción de los trabajadores de la empleadora, por lo que el plan de liquidación habría de limitarse a contemplar las condiciones de la realización de bienes y derechos del concursado, pero sin previsión alguna respecto a la situación de los trabajadores. Si del precepto resultare que no hay sucesión de empresa sería única y exclusivamente la empleadora la responsable de adoptar las medidas legales para la modificación sustancial de condiciones de trabajo, extinciones colectivas... de sus trabajadores, pero estas medidas no



tendrían que aparecer ligadas a la aprobación del plan de liquidación de los bienes de la masa activa ya que la adquirente sería por completo ajena a la suerte de los trabajadores de la empleadora.

Por último, nuestra aludida sentencia remarca que a la conclusión alcanzada no se opone, por un lado, el contenido del *art. 148.2 LC* ya que el interés del **concurso** no puede erigirse en la norma suprema que rija la adjudicación de los bienes pues habrán de respetarse las normas imperativas de nuestro ordenamiento jurídico, entre las cuales se encuentra el *artículo 44 ET* ; ni, por otro lado, por el *artículo 5 de la Directiva 2001/23* porque tal y como prevé el *artículo 8 de la misma*, su contenido no afectará a la facultad de los Estados miembros de aplicar o adoptar disposiciones legales, reglamentarias o administrativas más favorables para los trabajadores, que es, en definitiva, lo que resulta del *artículo 148 de la Ley Concursal* .

2.- La transcrita doctrina debe ser aplicada al presente supuesto, no sólo por razones de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la ley, sino, también, por ser la que responde a una correcta aplicación de los preceptos en cuestión. En efecto, en el supuesto examinado no cabe duda de que con la adjudicación de la unidad productiva autónoma se ha producido una auténtica transmisión de una entidad económica que mantiene su identidad, a través de la asunción por la adjudicataria de un conjunto de medios organizados que permiten llevar a cabo la actividad económica que se venía desarrollando con anterioridad. Estamos, por tanto, ante una transmisión de empresa a la que deben aplicarse las consecuencias previstas en el *artículo 44 ET* y, especialmente, por lo que a los presentes efectos interesa, las concernientes a la subrogación en la posición empresarial y la consiguiente asunción de responsabilidades en las obligaciones derivadas de la calificación de nulidad del despido"

3.- A los anteriores argumentos hay que añadir la clarificación de los preceptos aplicables introducida por el RD 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal y por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, aplicables por razones cronológicas, pues en contra de lo que alega el recurrente, tales preceptos resultan de aplicación ya que, en primer lugar el RD 11/2014, de 5 de septiembre entró en vigor con anterioridad a que el adquirente realizara su oferta de compra y, en segundo lugar la nueva normativa se aplica a la fecha del auto acordando la adjudicación de la unidad productiva.

En efecto tales normas añadieron a la LC el artículo 146 bis, que en su apartado 3 dispone:

"Lo dispuesto en los dos apartados anteriores no será aplicable a aquellas licencias, autorizaciones o contratos en los que el adquirente haya manifestado expresamente su intención de no subrogarse. Ello sin perjuicio, a los efectos laborales, de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores en los supuestos de sucesión de empresa".

Asimismo modificaron el artículo 149 de la LC, "Reglas legales supletorias", pasando su apartado 2 a ocupar el ordinal 4, con la siguiente redacción:

"Cuando, como consecuencia de la enajenación a que se refiere la regla 1ª 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 y de seguridad social, que existe sucesión de empresa. En tal caso, el juez podrá acordar que el adquirente no se subroge en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por el Fondo de Garantía Salarial de conformidad con el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores . Igualmente, para asegurar la viabilidad futura de la actividad y el mantenimiento del empleo, el cesionario y los representantes de los trabajadores podrán suscribir acuerdos para la modificación de las condiciones colectivas de trabajo."

El tenor literal del apartado 3 del artículo 146 bis de la LC, así como lo razonado en el apartado anterior, permiten concluir que se produce sucesión de empresa en los supuestos de adquisición de la unidad productiva de la concursada que se realiza en el seno de un procedimiento concursal, procediendo la aplicación del artículo 44 del ET y, por lo tanto, la subrogación de la adquirente en los derechos y obligaciones que la concursada tenía con sus trabajadores.

CUARTO.- Aplicando la anterior doctrina al supuesto examinado, procede la desestimación del recurso formulado, confirmando la sentencia impugnada por lo que se mantiene la condena solidaria de la empresa concursada y de la adquirente de la unidad productiva, actualmente denominada MGO BY WESTFIELD, respecto a las responsabilidades derivadas de la declaración de nulidad del despido de la actora, a saber la readmisión y el abono de los salarios de tramitación.

Procede la condena en costas de la recurrente, en virtud de lo establecido en el artículo 235.1 de la LRJS, incluyendo el importe de la minuta de honorarios del Letrado de la recurrida que impugnó el recurso, con el límite cuantitativamente establecido.



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 el Letrado D. César Navarro Contreras, en representación de MGO BY WESTFIELD SL, frente a la sentencia dictada el 16 de noviembre de 2016 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Burgos, en el recurso de suplicación número 503/2016, interpuesto por el Letrado D. Carlos Ramírez Ovelar, en representación de MGO BY WESTFIELD SL y por el Letrado D. Miguel Becerril Morán, en representación de GRUPO MGO SA, frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 3 de Burgos, autos número 1035/2014, seguidos a instancia de DOÑA Marcelina contra GRUPO MGO SA, MGO BY WESTFIELD, SLU, LEXAUDIT CONCURSAL SLP y FONDO DE GARANTÍA SALARIAL sobre DESPIDO, confirmando la sentencia impugnada.

Se condena en costas al recurrente, incluyendo en las mismas la minuta de honorarios del Letrado de la recurrida que impugnó el recurso, con el límite cuantitativo legalmente establecido.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ