



Roj: **STS 3856/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:3856**

Id Cendoj: **28079140012018100880**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **03/10/2018**

Nº de Recurso: **3664/2017**

Nº de Resolución: **890/2018**

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

Ponente: **MARIA LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 3327/2017,**
AATSJ M 272/2017,
STS 3856/2018

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 3664/2017

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. 890/2018

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D.^a. Maria Milagros Calvo Ibarlucea

D.^a. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

D.^a. Rosa María Virolés 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 la letrada D.^a Elena Rodríguez Albares, 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 Madrid, de fecha 27 de marzo de 2017, recaída en el recurso de suplicación núm. 662/2016, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 13 de los de Madrid, dictada el 20 de mayo de 2016, en los autos de juicio núm. 1274/14, iniciados en virtud de demanda presentada por D. Carlos , contra Grupo M.G.O., S.A., ampliada posteriormente contra MGO BY WESTFIELD SA, S.L.U., sobre despido nulo o subsidiariamente improcedente y reclamación de salarios.

Ha sido parte recurrida D. Carlos representado por el letrado D. Fernando de Noriega Rodríguez.

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

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Con fecha 20 de mayo de 2016, el Juzgado de lo Social nº 13 de los de Madrid, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Desestimando la demanda interpuesta por D. Carlos frente a GRUPO M.G.O. SA, MGO BY WESTFIELD, LEXAUDIT CONCURSAL SLP y FONDO DE GARANTIA SALARIAL debo:

1º- Declarar procedente la decisión extintiva de la empresa demandada.

2º.- Declarar extinguido el contrato de trabajo de D. Carlos .

3º.- Absolver en consecuencia a la empresa GRUPO MGO SA y al administrador concursal LEXAUDIT CONCURSAL SLP de las pretensiones de nulidad e improcedencia del despido formuladas en su contra.

4º.- Condenar a la empresa GRUPO MGO SA a que abone a D. Carlos la cantidad de 39.953 euros en concepto de indemnización, y la de 12.916,25 euros por los conceptos detallados en el hecho probado 3º.

5º.- Condenar al administrador concursal LEXAUDIT CONCURSAL SLP a estar y pasar por la anterior declaración.

6º.- Absolver a la codemandada MGO BY WESTFIELD SA de todos los pedimentos formulados en su contra.

7º.- Absolver al FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, sin perjuicio de sus obligaciones legales."

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes: "PRIMERO .- La parte actora, D. Carlos , ha prestado servicios por cuenta de la empresa GRUPO MGO SA con una antigüedad del 28/04/2003, categoría profesional de Director Médico y con un salario anual de 53.365,20 euros con inclusión de prorrata de pagas extraordinarias. SEGUNDO.- Mediante carta de fecha 23/10/2014 la indicada empresa comunicó al actor la extinción de su contrato de trabajo al amparo del art. 51.1 ET en relación con el art. 52.c) ET y con efectos del 26/10/2014, carta cuyo tenor damos aquí por reproducido. En esa carta la empresa cifró la indemnización en 39.953 euros. La empresa no puso a disposición del actor el importe de la indemnización alegando para ello "la situación económica de la Empresa y el estado de iliquidez en que se encuentra". TERCERO.- La empresa no ha abonado a la parte actora las cantidades y por los conceptos que se detallan a continuación, ascendiendo la cantidad total a 12.916,25 euros:

-Pendiente nómina de diciembre/2013: 3312,81 €

-Pendiente nómina enero/2015: 3162,46 €

-Pendiente nómina mayo/2015: 2992,15 €

-Preaviso fin contrato: 1831,71 €

-Vacaciones no disfrutadas (10 días): 1617,12 €

CUARTO .- La evolución del importe neto de la cifra de negocio de la empresa ha sido la siguiente en el período de 2011 a 2014 (enero a septiembre):

- 2011: 52.861.879,18 €

- 2012: 45.606.580,14 €

- 2013: 36.606.625,32 €

- 2014: 21.850.421,37 €

QUINTO.- La evolución del resultado de explotación de la empresa ha sido la siguiente en el período de de 2011 a 2014 (enero a septiembre):

- 2011: 2.143.748,72 €

- 2012: 1.756.746,41 €

- 2013: -3.156.217,31 €

- 2014: -3.404.459,07 €

La evolución del resultado del ejercicio de la empresa ha sido la siguiente en el período de de 2011 a 2014 (enero a septiembre):

- 2011: 976.597,85 €

- 2012: 392.449,53 €

- 2013: -2.985.393,72 €

- 2014: -3.213.236 €



SEXTO.- La evolución patrimonio neto de la empresa ha sido la siguiente en el período de de 2011 a 2014 (enero a septiembre):

- 2011: 12.100.690 €

- 2012: 11.059.670 €

- 2013: 332.186 €

- 2014: -2891.049 €

La evolución del pasivo corriente de la empresa ha sido la siguiente en el período de de 2011 a 2014 (enero a septiembre):

- 2011: 18.239.982,83 €

- 2012: 20.420.729,01€

- 2013: 16.047.486,05 €

- 2014: 21.934.652,64 €

La evolución de los gastos de personal de la empresa ha sido la siguiente en el período de de 2011 a 2014 (enero a septiembre):

- 2011: 29.578.122,63 €

- 2012: 34.663.439,93 €

- 2013: 29.845.925,83 €

- 2014: 16.999.584,27 €

SÉPTIMO. - La evolución mensual de la base imponible del IVA declarada por la empresa en los ejercicios 2013 y 2014 ha sido la siguiente:

Ejercicio 2013:

Año 2013 BASE IMPONIBLE

Enero 2.585.886,14

Febrero 2.597.320,78

Marzo 2.687.701,38

Abril 3.029.474,53

Mayo 2.689.103,90

Junio 2.267.726,31

Julio 2.025.852,06

Agosto 1.440.667,47

Septiembre 1.794.592,18

Octubre 2.201708,24

Ejercicio 2014:

Año 2014 BASE IMPONIBLE

Enero 1.805.385,14

Febrero 1.810.016,86

Marzo 1.483.374,48

Abril 1.697.046,33

Mayo 1.680.567,76

Junio ---

Julio 1.539.770,67

Agosto 1.084.018,33



Septiembre 1.328.306,62

Octubre 1.365.235,54

Según el informe de la Inspección de Trabajo de fecha 30/10/2014, "las declaraciones/liquidaciones de IVA aportadas permiten valorar el descenso de la cifra de negocio 3 trimestres consecutivos". OCTAVO.- MGO es un servicio de prevención ajeno, perteneciendo a un grupo de sociedades cuya matriz es GRUPO CORPORATIVO EMPRESARIAL DE SEGURIDAD Y SALUD S.L., estando compuesto por 8 sociedades, según la Memoria de las cuentas consolidadas del Grupo. Por ERE NUM000 se procedió a reducir la jornada y salario de la totalidad de la plantilla en un 3%, de junio a diciembre de 2012. En ERE NUM001 se suspendió el contrato de 150 trabajadores y se redujo la jornada y el salario el resto de la plantilla en un 14%, de enero a diciembre de 2013. Por último, en ERE NUM002 se suspendió el contrato de 277 trabajadores y se redujo la jornada y el salario del resto de la plantilla en un 20%, de enero a diciembre de 2014. NOVENO.- El 31/07/2014 la empresa mantuvo una reunión informativa con las secciones sindicales y la RLT acerca de la situación financiera y de negocio en la que se encontraba el Grupo MGO, así como acerca de la presentación de la solicitud de **concurso** voluntario ante los Juzgados de lo Mercantil. El 17/09/2014 la empresa comunica a las secciones sindicales su intención de iniciar un proceso de despido colectivo, así como su derecho a designar la comisión representativa, con un plazo de 5 días, sin perjuicio en caso contrario del mayor plazo legalmente establecido. El día siguiente las 4 secciones sindicales (U.G.T. ; C.C.O.O.; C.S.I.F./C.T.I. y S.I.T.C.A. (Sindicato Independiente de Trabajadores de Canarias) manifiestan su intención de participar en el procedimiento como tal sección sindical. El 22/09/2014 se celebra reunión oficiosa con las secciones sindicales en la que se acuerda que la comisión representativa por la parte social estaría formada por 9 miembros distribuidos proporcionalmente según la representatividad de cada sección en la empresa. Asimismo, se les aporta la documentación económica relatada en el apartado segundo del presente informe. El 25/09/2014 se constituye la comisión negociadora formada por 9 miembros, (6 de C.C.O.O. (50% en los órganos de representación legal de los trabajadores) y uno por cada uno de los 3 sindicatos restantes S.I.T.C.A. (5,77%); C.S.I.F. (3.85%) y U.G.T. (1,92%). En dicha fecha se abre por la empresa el periodo de consultas, aportándose a los trabajadores determinada documentación. Se han celebrado reuniones del periodo de consultas a los días 25 y 30 de septiembre y 6, 9, 14, y 21 de octubre de 2014. En la reunión de cierre del periodo de consultas de 21/10/2014 la mercantil presentó la siguiente propuesta final:

- Reducción del número de afectados de los 430 iniciales a 395.
- Indemnización legalmente prevista, sin que pueda ponerse a disposición de los afectados simultáneamente a la entrega de la notificación del despido debido a los problemas de liquidez de la compañía, en virtud del art.53 1 b) in fine del E.T .
- Reconocimiento expreso de la totalidad de las cantidades salariales, extrasalariales y suplidos adeudados a los trabajadores.
- Cartas de recomendación individuales.
- Esfuerzos a través de asociaciones patronales para favorecer la empleabilidad de los afectados.
- Reincorporación preferente en el plazo de dos años.
- Plan de recolocación externa.
- Convenio especial con la Seguridad social.
- Criterios de selección de los afectados:
 - 1.-servicios centrales:
 - Manifestación expresa de los afectados de su no oposición a su inclusión.
 - Externalización total/parcial de actividades y/o departamentos.
 - Reunificación de las áreas en 5 Direcciones Principales corporativas.
 - Menor polivalencia funcional y menor capacidad técnica.
 - Mayor antigüedad.
 - Colectivos especialmente protegidos: personas con discapacidad física; psíquica o sensorial.
 - 2.-servicios periféricos o estructura productiva:
 - Manifestación expresa de los afectados de su no oposición a su inclusión.
 - Adscripción a centros de trabajo antieconómicos y/o de limitada rentabilidad conforme a los términos



- contenidos en las páginas 33 a 35 de la Memoria explicativa.
- Concreción de la jornada en horario de mañana para el personal sanitario.
- Menor polivalencia funcional y menor capacidad técnica.

En ambas y en último lugar empleados en reducción de jornada por guarda legal o por atención de personas dependientes. La totalidad del banco social rechaza la oferta empresarial, cerrándose el período de consultas sin acuerdo. DÉCIMO.- El Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Madrid dictó el 20 de noviembre de 2014 auto declarando en **concurso** al deudor GRUPO MGO; nombró asimismo administrador único del **concurso** a LEXAUDIT CONCURSALES SLP. UNDÉCIMO.- El Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Madrid dictó el 29 de julio de 2015 auto en el que acordó la adjudicación de la unidad productiva de GRUPO MGO SA a favor de la entidad KLEBERT PROPERTIES SL en los términos resultantes de su oferta vinculante (en la que se estableció expresamente que la adquisición de la unidad productiva Grupo MGO sería efectuada por la entidad denominada "WESTFIELD SANIDAD SLU"). Este auto obra en autos y su tenor se tiene aquí por reproducido; en él se señaló, entre otros, el siguiente efecto: "en cuanto a sucesión de empresa a efectos laborales, se produce la misma en relación exclusivamente con los trabajadores subrogados", subrogación -añade este auto- que "sólo es posible respecto de aquellos trabajadores que continúan, no respecto de la deuda de trabajadores que no continúan en la empresa porque sus contratos ya se hubieran extinguido". DUODÉCIMO.- El 30 de septiembre de 2015 se otorgó escritura pública de compraventa de la unidad productiva "MGO PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES" DE LA SOCIEDAD "GRUPO MGO SA, EN **CONCURSO**" a favor de "WESTFIELD SANIDAD SLU". Esta última pasó luego denominarse "MGO BY WESTFIELD SL". DÉCIMO TERCERO.- En la fecha de la declaración del **concurso** el citado Juzgado de lo Mercantil nº 3 apreció que la empresa se encontraba en estado de insolvencia. DÉCIMO CUARTO.- En las cuentas bancarias de la empresa que figuran en el documento 15 de su prueba no constaba saldo disponible a 26/10/2014, si bien existía una abierta en la entidad bancaria BBVA con un saldo a fecha 23/10/2014 de 6.197,84 euros. DÉCIMO QUINTO.- El montante total al que ascienden las indemnizaciones derivadas del ERE extintivo correspondiente a los 395 trabajadores afectados asciende a 3.839.499,22 euros. DÉCIMO SEXTO.- El actor ocupaba el puesto de Director Médico y Director Técnico del Laboratorio sito en la calle Clara del Rey, 46 de Madrid. Por sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 50 de Madrid de 5 de noviembre de 2014 se declaró resuelto el contrato de arrendamiento suscrito por la demandada respecto del anterior local de la calle Clara del Rey, decretando su desahucio. El 20/11/2014 se procedió a la entrega de las llaves de ese local. Asimismo, el 23 de octubre de 2014 la empresa celebró con la entidad SEVILAB SL un contrato de prestación de servicios para la prestación por esta última de los servicios de análisis clínicos requeridos por MGO. Esta contrato obra en autos (documento 33 de la demandada) y a estos efectos su contenido se tiene aquí por reproducido."

TERCERO.- Contra la anterior sentencia, el Letrado D. Fernando de Noriega Rodríguez, en nombre y representación de D. Carlos, formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictó sentencia en fecha 27 de marzo de 2017, recurso 662/2016, en la que consta el siguiente fallo: "Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por Carlos contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 13 de Madrid, 20 de mayo de 2016, en los autos nº 1274/2014, seguidos a instancia de Carlos contra MGO BY WESTFIELD SA, GrupoMGO SA, Lexaudit Concursal SLP como administradora concursal de GrupoMGO SA, y el Fondo de Garantía Salarial, declarando nulo el despido de Carlos, condenando solidariamente a GrupoMGO SA, asistido de la administración concursal Lexaudit Concursal SLP, y a MGO BY WESTFIELD S.A., a la readmisión de la demandante en su puesto de trabajo y en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta que la readmisión tenga lugar a razón."

CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la letrada D.ª Elena Rodríguez Albares, 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 Castilla y León, sede Burgos, el 16 de noviembre de 2016, recurso 503/2016.

QUINTO.- Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por la parte recurrida, D. Carlos, 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 13 de los de Madrid dictó sentencia el 20 de mayo de 2016, autos número 1274/2014, desestimando la demanda formulada por D. Carlos contra GRUPO MGO SA, MGO BY WESTFIELD SLU, LEXAUDIT CONCURSAL SLP y FONDO DE GARANTÍA SALARIAL sobre DESPIDO y SALARIOS declarando procedente la decisión extintiva de la empresa demandada, declarando extinguido el contrato del actor, condenando a la empresa GRUPO MGO SA a que abone al actor la cantidad de 39.953 E, en concepto de indemnización y 12.916,25 €, por los conceptos detallados en el hecho probado tercero, condenando al administrador concursal LEXAUDIT CONCURSAL SLP a estar y pasar por esta declaración, absolviendo a MGO BY WESTFIELD y FONDO DE GARANTÍA SALARIAL de las pretensiones contenidas en la demanda en su contra formulada, sin perjuicio de las obligaciones legales del FONDO DE GARANTÍA SALARIAL.

Tal y como resulta de dicha sentencia el actor ha venido prestando servicios para la demandada GRUPO MGO SA, desde el 28 de abril de 2003, como director médico. Mediante carta de 23 de octubre de 2014, la empresa comunicó al actor 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 "la situación económica de la empresa y el estado de iliquidez en que se encuentra". La empresa no ha abonado al actor la cantidad de 12.916,25 €, correspondientes a salarios, vacaciones y preaviso. La evolución neta de la cifra de negocio, de los resultados de explotación y de los resultados de los ejercicios 2011 a 2014, así como de la evolución del patrimonio neto y del pasivo de la empresa revelan una situación económica negativa que consiste en la existencia de sustanciosas pérdidas económicas a partir del ejercicio 2013, las cuales se han ido incrementando significativamente en el ejercicio 2014, así como la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas (hechos probados 4º y 7º), según establece el art. 52 c) en relación con el art. 51.1 ET.

El Juzgado de lo Mercantil número 3 dictó auto el 20 de noviembre de 2014, declarando en **concurso** a GRUPO MGO SA, y nombrando administrador único a LEXAUDIT CONCURSAL SLP. El 29 de julio de 2015 dictó auto en el que acordó la adjudicación de la unidad productiva a favor de la entidad KLEBER PROPERTIES SL, en los términos resultantes de su oferta vinculante, en la que se establece expresamente que la adquisición de la unidad productiva sería efectuada por la entidad WESTFIELD SANIDAD SLU, actualmente denominada a MGO BY WESTFIELD SL. En el auto se hace constar que "en cuanto a sucesión de empresa a efectos laborales, se produce la misma en relación exclusivamente con los trabajadores subrogados", subrogación que "sólo es posible respecto de aquellos trabajadores que continúan, no respecto de la deuda de trabajadores que no continúan en la empresa porque sus contratos ya se hubieran extinguido".

2.- Recurrida en suplicación por el Letrado D. Fernando de Noriega Rodríguez, en representación de D. Carlos, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó sentencia el 27 de marzo de 2017, recurso número 662/2016, estimando el recurso formulado, declarando nulo el despido del actor, condenando solidariamente a GRUPO MGO SA, asistido de la administración concursal LEXAUDIT CONCURSAL SLP, y a MGO BY WESTFIELD SL a la readmisión del actor en su mismo puesto de trabajo y en las mismas condiciones que regían antes de su despido, con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta que la readmisión tenga lugar.

Dicha sentencia fue aclarada por auto de 2 de junio de 2017.

La sentencia, en el extremo que ahora interesa, invocando lo resuelto por sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 10 de mayo de 2016, recurso número 849/2016, entendió que el hecho de que el despido se haya llevado a cabo por la empresa GRUPO MGO SA el 26 de octubre de 2014, no exime de sus obligaciones a la empresa MGO BY WESTFIELD SL, que se convierte en sucesora por auto de adjudicación de 29 de julio de 2015 por lo que, siendo posterior el fenómeno sucesorio a la constitución del título, los trabajadores ejecutantes están legitimados para dirigir la acción ejecutiva contra la empresa sucesora, artículo 240.2 LRJS. De las consecuencias indemnizatorias de dichos despidos improcedentes, fijados en auto de extinción de 24 de agosto de 2015, que no han sido satisfechos por la empleadora, responde la sucesora, sin que el hecho de que se haya adjudicado la unidad productiva en el seno de un **concurso** de acreedores le exima de dicha obligación, tal y como resulta del tenor literal del artículo 149.4 de la Ley Concursal.

3.- Contra dicha sentencia se interpuso por la Letrada Doña Elena Rodríguez Albares, 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. Fernando de Noriega Rodríguez, en representación de D. Carlos, 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 Paulina y Doña Ruth 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 Aida, D. Cornelio, 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 incluídas 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.

En efecto, si bien es cierto, tal y como apunta el Letrado D. Fernando de Noriega Rodríguez, en representación de D. Carlos, 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 las empresas a las que se refiere 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, norma que no se aplica en el segundo, 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 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.- El recurrente alega que la sentencia impugnada realiza una interpretación errónea de los artículos 146 bis, 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 y abono de los correspondientes salarios de tramitación 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 accesorio, 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."

Las anteriores consideraciones así como el tenor literal del apartado 3 del artículo 146 bis de la LC permite 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 del actor, a saber la readmisión y el abono de los salarios de tramitación, así como respecto del abono de la cantidad de 12.916'25 €

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 la Letrada Doña Elena Rodríguez Albares, en representación de MGO BY WESTFIELD SL, frente a la sentencia dictada el 20 de diciembre de 2016 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso de suplicación número 662/2016, interpuesto por el Letrado D. Fernando de Noriega Rodríguez, en representación de D. Carlos, frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 13 de Madrid, autos número 1274/2014, seguidos a instancia de D. Carlos contra GRUPO MGO SA, MGO BY WESTFIELD SLU, LEXAUDIT CONCURSAL SLP y FONDO DE GARANTÍA SALARIAL sobre DESPIDO y SALARIOS, 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.