



Roj: **STS 3935/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:3935**

Id Cendoj: **28079140012018100896**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **03/10/2018**

Nº de Recurso: **3710/2017**

Nº de Resolución: **891/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **SEBASTIAN MORALO GALLEGO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 5207/2017,**
STS 3935/2018

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 3710/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Sebastian Moralo Gallego

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 891/2018

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. Carlos Ramírez Ovelar, en nombre y representación de MGO by Westfield, S.L., contra la sentencia dictada el 26 de mayo de 2017 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso de suplicación núm. 258/2017, que resolvió el formulado contra el auto dictado por el Juzgado de lo Social núm. 30 de Madrid, de fecha 1 de septiembre de 2016, aclarado por auto de 19 de octubre de 2016, recaído en ejecución 117/2015, derivado de autos núm. 1289/2014, seguidos a instancia de D.^a Ofelia frente a MGO by Westfield, S.L., Grupo MGO, S.A., Lexaudit Concursal SLP, sobre despido/ejecución.

Ha sido parte recurrida D.^a Ofelia , representada y defendida por el letrado D. Héctor Gómez Fidalgo.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Sebastian Moralo Gallego.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-1.- Con fecha 14 de junio de 2016 el Juzgado de lo Social nº 30 de Madrid dictó auto en la que se acuerda: "1) Establecer la sucesión procesal del ejecutado, en el presente proceso de ejecución 117/2015, declarando a la empresa MGO BY WESTFIELD SL, parte ejecutada, sucediendo a GRUPO MGO SA; 2) Ordenar a



MGO BY WESTFIELD SL reponer a D.ª Ofelia en el puesto de trabajo equivalente al que ocupó en GRUPO MGO SA, hasta el 26 de octubre de 2014, en los cinco días siguientes a la notificación de la citada resolución; 3) Ordena a MGO BY WESTFIELD, abonar a la ejecutante los salarios dejados de percibir desde el 9 de noviembre de 2014, a razón de 48,83 euros/día."

2.- Por la representación procesal de la parte ejecutada se presentó recurso de reposición contra la anterior resolución. El Juzgado, por auto de fecha 1 de septiembre de 2016, decidió: "DESESTIMAR EL RECURSO DE REPOSICIÓN PLANTEADO FRENTE AL AUTO DE 14 DE JUNIO DE 2016, CONFIRMANDO ESTE EN TODOS SUS EXTREMOS, con pérdida del depósito de recurso".

3º.- La precitada resolución fue aclarada, por auto de fecha 19 de octubre de 2016, en los siguientes términos: "Se acuerda subsanar el error advertido en el auto de 01/09/2016, debiendo quedar su parte dispositiva redactada de la siguiente forma: [...MODO DE IMPUGNACIÓN: Contra esta sentencia cabe la interposición de Recurso de Suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que se anunciará dentro de los CINCO DÍAS siguientes a su notificación, bastando para ello la manifestación de la parte, de su Abogado o representante en el momento de la notificación, pudiendo hacerlo también estas personas por comparecencia o por escrito ante este Juzgado en el mismo plazo...]"

SEGUNDO.- Por la representación procesal de la parte ejecutada se presentó recurso de suplicación contra el auto de fecha 1 de septiembre de 2016, aclarado por auto de 19 de octubre de 2016, ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la cual dictó sentencia en fecha 26 de mayo de 2017, en la que consta el siguiente fallo: "Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por MGO BY WESTFIELD SL contra el auto de fecha 1-9-16, aclarado por el de 19-10-16, por el que se desestima el recurso de reposición planteado frente al auto de 14-6-16 dictado por el Juzgado de lo Social núm. 30 de los de Madrid, confirmando íntegramente la resolución judicial de instancia. Condenamos en costas a la recurrente por importe de 600 euros así como a la pérdida del depósito para recurrir y de las consignaciones a los que se dará su destino legal firme esta sentencia".

TERCERO.- Por la representación de MGO by Westfield, S.L se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina. Para el primer motivo, se invoca como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en fecha 2 de noviembre de 2012 (RSU 1009/2012). Se formula por infracción de los artículos 86 ter de la LOPJ, arts. 3 h) y 237.5 de la LRJS y arts. 8, 55 y 149.2 de la Ley Concursal.

Por lo que se refiere al segundo motivo, se elige como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en fecha 19 de febrero de 2016 (RSU 3271/2015). Se formula por infracción de los artículos 146 bis, 148 y 149.2 de la Ley Concursal, así como de los arts. 44 y 57 (antes 57 bis) del ET y de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo, arts. 3, 4 y 5.

CUARTO.- Admitido a trámite el presente recurso, se dio traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalice su impugnación en el plazo de quince días. Evacuado el traslado de impugnación, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que emitió informe en el que interesa que se declare la improcedencia del presente recurso.

QUINTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 3 de octubre de 2018, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- La cuestión a resolver en el presente recurso de casación unificadora consiste en dilucidar si una empresa que adquiere la unidad productiva de otra empresa concursada en virtud de adjudicación en el seno del procedimiento concursal, responde de las obligaciones laborales de la transmitente que se encuentran pendientes de su cumplimiento, en un supuesto en el que el Auto del Juzgado de lo Mercantil que acuerda tal adjudicación limita esa responsabilidad exclusivamente a los trabajadores en cuyos contratos de trabajo se ha subrogado, con exclusión de las obligaciones laborales pendientes de aquellos otros cuyos contratos se habían extinguido previamente.

La sentencia recurrida, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 26 de mayo de 2017, rec.258/17, desestimó el recurso de suplicación de la empresa y confirmó en sus términos la resolución del juzgado de lo social que declaró la responsabilidad solidaria de la entidad adquirente MGO by Westfield SL como sucesora de la empresa Grupo MGO, S.A, relativas al cumplimiento de la obligación de readmisión y pago de salarios de tramitación de la trabajadora demandante cuyo despido, anterior a la declaración de concurso, había sido declarado nulo.



2.- La demandante, que prestaba servicios para la empresa Grupo MGO, S.A como técnica de prevención de riesgos laborales, fue despedida el día 23 de octubre de 2014. La sentencia del juzgado de lo social de 7 de mayo de 2015 declara la nulidad del despido, que confirma la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid de 29 de octubre de 2015.

En fecha 20 de noviembre de 2014 la empresa fue declarada en situación de concurso voluntario de acreedores, y el 29 de julio de 2015 el Juzgado Mercantil dicta el Auto mediante el que acuerda la adjudicación de la unidad productiva de Grupo MGO, S.A en favor de KLEBERT PROPERTIES, S.L., pero exclusivamente respecto a los trabajadores subrogados con la relación laboral vigente, a la vez que dispone la exención de las deudas pendientes con los trabajadores cuyos contratos se habían extinguido previamente. Con posterioridad a esa fecha la sociedad recurrente adquiere la titularidad de esa unidad productiva.

Así las cosas, se trata de discernir si la nueva empresa que adquiere de la adjudicataria concursal esa unidad productiva debe asumir las obligaciones laborales que se encuentran pendientes de cumplimiento respecto a los trabajadores cuyos contratos de trabajo se habían extinguido con anterioridad al momento de la adjudicación, que en el caso de autos son las derivadas de la declaración de nulidad del despido de la actora.

3.- El recurso de casación unificadora se articula en dos motivos diferentes.

El primero invoca de contraste la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Asturias de 2 de noviembre de 2012, rec. 1009/2012, para sostener que corresponde en exclusiva al juez del concurso la competencia para resolver las cuestiones derivadas de la sucesión de empresas que trae causa de un procedimiento concursal, y no a los juzgados de lo social.

En el motivo segundo mantiene que los efectos de la sucesión de empresa deben regirse por los dispuesto en el Auto del juez del concurso que acuerda la adjudicación y los limita exclusivamente a las obligaciones laborales de los trabajadores cuyos contratos se encontraban en ese momento vigentes, a tal efecto invoca de contraste la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña de 19 de febrero de 2016, rec. 3271/2015,

4.- Respecto al motivo primero, expone el Ministerio Fiscal sus dudas sobre la concurrencia del requisito de la contradicción, pero lo cierto es que la cuestión versa sobre una materia que es de orden público procesal y atinente a la competencia del orden social de la jurisdicción, que ya ha sido objeto de diferentes pronunciamientos de esta Sala IV en la forma en que luego veremos que resulta coincidente con la sentencia recurrida- lo que determinaría la inexistencia de contenido casacional-, y que se encuentra además indisociablemente unida al pronunciamiento que haya de hacerse sobre el fondo del asunto, en tanto que se refiere a los efectos que hubiere de desplegar el Auto dictado por el Juzgado de lo Mercantil en el que se limita el alcance de la sucesión empresarial en los términos antedichos, hasta el punto que conforma en realidad una sola y única cuestión que resolveremos conjuntamente.

En cuanto al motivo segundo, como bien informa el Ministerio Fiscal, concurre sin duda el requisito de la contradicción respecto a la sentencia invocada como referencial, puesto que en la misma se había dictado igualmente un Auto de adjudicación por el juzgado del concurso en el que se dispuso que la empresa adjudicataria de la unidad productiva "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 FGS", lo que lleva a la Sala de lo Social a entender que no se está en presencia de una sucesión empresarial del art. 44 ET, sino ante una sucesión de activos autorizada judicialmente con exclusión de responsabilidad para la adquirente respecto de las deudas laborales de la transmitente, por lo que no son aplicables las reglas previstas en el art. 149.2 LC (en redacción dada por Ley 37/2011 y por lo tanto sin tener en cuenta los cambios incorporados por el RD Ley 1172014 y Ley 9/2015) ni el art. 44 ET.

Es de apreciar de esta forma la existencia de contradicción en los términos que exige el artículo 219 LRJS, ya que, a pesar de algunas diferencias de matiz totalmente irrelevantes a estos efectos, en ambos casos se trata del enjuiciamiento de despidos producidos con anterioridad a la situación de concurso en los que se produce la adquisición por tercera empresa de la unidad productiva, dictándose por los respectivos Juzgados de lo Mercantil sendos Autos en los que se determina la exención de la adquirente de las obligaciones derivadas de los contratos laborales extinguidos, quedando limitada la responsabilidad, en lo tocante a los efectos laborales derivados de la sucesión, únicamente los trabajadores "subrogados", con exclusión de los contratos que se hubieran extinguido con anterioridad, tal como sucede en el caso de la trabajadora de autos y también en el de las trabajadoras de la sentencia de contraste, a pesar de lo cual ambas alcanzan soluciones distintas en relación a la responsabilidad de la empresa adquirente, pues mientras la recurrida entiende que comprende la totalidad de las obligaciones laborales que se mantienen pendientes con la actora, la referencial llega a una conclusión contraria.



SEGUNDO. 1.- Para la solución del recurso debemos empezar recordando que la cuestión ya ha sido resuelta por la Sala en sus recientes SSTs de 27 de febrero de 2018, Rec. 112/2016, de 26 de abril de 2018, Rcd. 2004/2018; de 12 de julio de 2018, Rcd. 3525/2016 y 12 de septiembre de 2018, Rcd. 1549/2017; en las que, tras reiterar que el orden social de la jurisdicción es competente para resolver si se produce subrogación cuando una empresa adquiere una unidad productiva en virtud de la liquidación efectuada en el seno de un procedimiento concursal, han establecido la plena aplicación del art. 44 ET y concluido que la adquirente de la unidad productiva debía hacerse cargo de la responsabilidad derivada del despido, en un supuesto en el que auto de adjudicación el Juez Mercantil hizo constar que no existía sucesión de empresa, respecto a los trabajadores cuyos contratos de trabajo ya se habían extinguido previamente.

2.- Las razones que avalaron la decisión están contenidas en dichas sentencias de la siguiente forma:

a) 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 ET en orden a la responsabilidad de cedente y cesionario respecto a las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la cesión.

b) 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.

c) 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... etc. 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.

d) Por último, nuestras aludidas sentencias remarcan 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.

3.- A lo que ahora añadimos, que esta interpretación es la que resulta la más conforme con la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, en cuyo 3. 1 se dispone que "Los derechos y obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de trabajo o de una relación laboral existente en la fecha del traspaso, serán transferidos al cesionario como consecuencia de tal traspaso".

Es cierto que el art. 5 de esa misma Directiva establece posteriormente que tales garantías "no serán aplicables a los traspasos de empresas, centros de actividad, o partes de empresas o centros de actividad, cuando el cedente sea objeto de un procedimiento de quiebra o de un procedimiento de insolvencia análogo abierto con vistas a la liquidación de los bienes del cedente y éstos estén bajo la supervisión de una autoridad pública competente".

Pero no lo es menos, que esa previsión decae si el legislador nacional así lo considera oportuno, tal y como se dice en ese mismo precepto al disponer que esta regla general no es de aplicación si hay una disposición en contrario por parte de los Estados miembros, y en el apartado 2 del mismo precepto que permite a los Estados



regular el alcance de esas obligaciones dentro de determinados límites y siempre bajo la supervisión de una autoridad pública.

Y eso es justamente lo que hace el legislador nacional en la Ley Concursal, en cuyo art. 148 bis, que regula las especialidades de la transmisión de unidades productivas, ha incluido un apartado cuarto en el que dispone: "La transmisión no llevará aparejada obligación de pago de los créditos no satisfechos por el concursado antes de la transmisión, ya sean concursales o contra la masa, salvo que el adquirente la hubiera asumido expresamente o existiese disposición legal en contrario y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.4".

De esa exención de créditos no satisfechos por el concursado se deja a salvo lo dispuesto en el art. 149. 4 LC, y en este precepto lo que se señala es que "Cuando, como consecuencia de la enajenación a que se refiere la regla 1.ª del apartado 1, 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 subrogue 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".

Se califica esta situación jurídica como sucesión de empresas a efectos laborales, y esto conlleva la aplicación en todos sus términos de lo dispuesto en el art. 44 ET, de manera que - en uso de aquella facultad que concede el art. 5. 2 de la referida Directiva-, tan solo se autoriza al juez del concurso para excluir de la responsabilidad del adquirente la parte de salarios o indemnizaciones asumidas por el FOGASA, con lo que claramente se evidencia que no cabe eximirle del cumplimiento de otras distintas obligaciones laborales que siga pendiente en la fecha de la adjudicación.

En este punto debemos recordar que el art. 149.4 LC fue objeto de modificación por el RDL 11/2014, de 9 de septiembre, precisamente para incluir de forma expresa que la sucesión de empresa opera igualmente a efectos de Seguridad Social -para poner fin a la práctica habitual de muchos juzgados mercantiles de eximir de ese tipo de deudas al adjudicatario-, en lo que constituye clara manifestación de la voluntad del legislador de aplicar en todo su integridad el régimen legal de la sucesión de empresas en esta materia, con la única excepción de las deudas asumidas por el FOGASA.

4.- 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.

Recordemos que el art. 44.3 ET impone al cedente y al cesionario la responsabilidad solidaria durante tres años "de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieren sido satisfechas", lo que abarca todo tipo de obligaciones laborales con independencia de su naturaleza, e incluye a todos los trabajadores de la empresa cedente que mantengan créditos contra la misma, incluso aquellos en cuyos contratos de trabajo no se subroga la cesionaria por haberse extinguido previamente conforme a derecho.

Además, por lo que hace referencia a la aplicación temporal de la normativa concursal, la aplicación del artículo 44 ET no ha sido nunca ignorada y, lo que resulta más relevante, es -sin duda- que la adjudicación de la unidad productiva por parte del Juez del Concurso es un acto de liquidación, al que le resulta de aplicación las normas que disciplinan la misma y, especialmente a los presentes efectos, las consideraciones normativas expuestas en el apartado anterior.

5.- Sin que sea óbice para alcanzar esa solución la circunstancia de que el Auto de adjudicación dictado por el Juez Mercantil hubiere ganado firmeza al no ser recurrido por ninguna de las partes, lo que no puede operar en contra de los trabajadores individuales no personados en el procedimiento concursal que carecen de la posibilidad de impugnar esa resolución, que por este motivo no despliega efectos de cosa juzgada frente a los mismos conforme al art. 222.4 LEC, lo que les habilita para accionar ante el orden social de la jurisdicción en solicitud del reconocimiento de los efectos jurídicos derivados de una situación de sucesión de empresa conforme a lo dispuesto en el art. 44 ET.



TERCERO.- Consecuentemente, de conformidad con el Ministerio Fiscal, procede la desestimación del recurso y el mantenimiento íntegro de la sentencia recurrida por ser la que contiene la buena doctrina. Ello lleva consigo la pérdida de los depósitos y consignaciones efectuadas para recurrir, así como la condena en costas a la entidad recurrente.

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 MGO by Westfield, S.L., contra la sentencia dictada el 26 de mayo de 2017 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso de suplicación núm. 258/2017, que resolvió el formulado contra el auto dictado por el Juzgado de lo Social núm. 30 de Madrid, de fecha 1 de septiembre de 2016, aclarado por auto de 19 de octubre de 2016, recaído en ejecución 117/2015, derivado de autos núm. 1289/2014, seguidos a instancia de D.^a Ofelia frente a MGO by Westfield, S.L., Grupo MGO, S.A., Lexaudit Concursal SLP. Con imposición de costas a la recurrente y pérdida del depósito constituido para recurrir.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENJES