



Roj: **STSJ CAT 4239/2016 - ECLI:ES:Tsjcat:2016:4239**

Id Cendoj: **08019340012016102950**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **17/05/2016**

Nº de Recurso: **490/2016**

Nº de Resolución: **3082/2016**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **SARA MARIA POSE VIDAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

SALA SOCIAL

NIG : 08279 - 44 - 4 - 2014 - 8048978

RM

Recurso de Suplicación: 490/2016

ILMO. SR. GREGORIO RUIZ RUIZ

ILMA. SRA. SARA MARIA POSE VIDAL

ILMO. SR. ADOLFO MATIAS COLINO REY

En Barcelona a 17 de mayo de 2016

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A núm. 3082/2016

En el recurso de suplicación interpuesto por Indo Optical, S.L.U. frente a la Sentencia del Juzgado Social 1 Terrassa de fecha 7 de julio de 2015 dictada en el procedimiento Demandas nº 911/2014 y siendo recurridos Fermín , Fondo de Garantía Salarial, Isidoro (Administrador Concursal), Crealux Innova, S.L. e Indo Lens Group, S.L.U. Ha actuado como Ponente la Ilma. Sra. SARA MARIA POSE VIDAL.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Reclam. derechos contrato trabajo, en la que el actor alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha 7 de julio de 2015 que contenía el siguiente Fallo:

"Que, estimando parcialmente la demanda interpuesta por D. Fermín contra INDO OPTICAL, S.L.U., CREALUX INNOVA, S.L., INDO LENS GROUP, S.L.U., D. Isidoro (Administrador concursal) y FONDO DE GARANTÍA SALARIAL.

1º.- Debo declarar, por sucesión de empresa ex art. 44 ET y 149.2 LCo, la responsabilidad solidaria de INDO OPTICAL, S.L.U. con relación a la deuda de INDO LENS GROUP, S.L.U. con el actor, de 26.764,64 euros en concepto de "diferencias de indemnización" por la extinción de su relación laboral, y de 10.971,84 euros, en



concepto de "objetivos" del año 2009, en la parte de dichos importes que no asuma el Fondo de Garantía Salarial conforme al art. 33 ET .

2º.- Que absuelvo a CREALUX INNOVA, S.L. de los pedimentos en su contra, por falta de legitimación pasiva.

3º.- Que absuelvo al FOGASA y al Administrador concursal de INDO LENS GROUP, S.L.U. de los pedimentos en su contra, sin perjuicio de que deban estar y pasar por el contenido de la presente resolución, de conformidad con sus respectivas responsabilidades legales."

SEGUNDO.- En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes:

" 1º.- D. Fermín prestó servicios para INDO ÓPTICA, S.A., desde el 18.4.1995, con categoría profesional de director corporativo de recursos humanos. El 1.10.1997 pasó a formar parte de la plantilla de Industrias de Óptica, S.A.U., por sucesión de empresa, y el 1.1.2008 pasó a tener la categoría de titulado superior para asesoría, estudios y gestiones en materia de RRHH y RRL, tras acuerdo mutuo de fecha 15.11.2007, que incluía un acuerdo de jubilación para rescindir el contrato del actor en fecha 10.1.2011 (con indemnización "acordada" de 302.500 euros para dicha fecha). En el pacto 3º de dicho acuerdo, se pactó un salario, para 2009 de 113.700 euros fijos y 32.225 euros como retribución variable -sobre base 100 de objetivos-, haciéndose lo propio con las retribuciones de 2010 y enero 2011 -fijo de 115.974 euros y variable de 33.031 euros sobre base 100 de objetivos-. El 12.6.2009, el actor pasó a formar parte de la plantilla de INDO INTERNACIONAL, S.A., por sucesión de empresa (no controvertido).

2º. - El 5.11.2010, la dirección de INDO INTERNACIONAL, S.A., le comunica al actor la situación concursal seguida ante el JM nº 6 de Barcelona, autos nº 562- 2010/D, declarada mediante Auto de fecha 2.7.2010. El día 4.1.2011, INDO INTERNACIONAL, S.A., comunica al actor que la extinción contractual no se produciría el 10.1.2011, sino en la fecha que fijase el JM nº 6 de Barcelona. El 20.1.2011, INDO INTERNACIONAL, S.A., comunica al actor la extinción de su contrato de trabajo, abonándole la indemnización fijada en el procedimiento de despido colectivo concursal, conforme a Auto de 9.1.2011, que fija la indemnización por despido en el importe de 111.677,88 euros (n controvertido).

3º. - El 8.11.2011, el actor interpuso demanda en reclamación de cantidad (que no reclamaba los objetivos del año 2009), que se tramitó ante el JS nº 2 de Terrassa, autos nº 884/2011, señalándose para vista oral el 11.10.2012. En dicha fecha, se llegó a una total avenencia, dictándose Decreto nº 569/2012, aprobándose la conciliación, tras desistir el actor de los conceptos salariales reclamados en la demanda (incentivos del año 2010), en los siguientes términos: diferencia de indemnización por despido a favor del demandante, de fecha 20.1.2011, a abonar por INDO INTERNACIONAL, S.A. y por la Administración concursal de importe 75.000 euros, aceptada por el actor en su cuantía y en los plazos pactados. De los importes pactados, quedan por abonar los correspondientes a los meses de septiembre de 2013 a marzo de 2014, en importe mensual de 3.823,52 euros, lo que reporta un total de 26.764,64 euros pendientes de pago (folios nº 16, 17, 19, 72 y 73).

El 16.10.2013, el actor interpuso solicitud de ejecución dineraria del acta de conciliación, por el importe de 26.764,64 euros, (folios nº 69 a 71). El 31.10.2013, se dictó Auto por el JS nº 2 de Terrassa, que es firme, mediante el cual se dictaba orden general de ejecución, quedando en suspenso su curso por no constar efectivamente embargados bienes con anterioridad a la declaración de concurso, remitiendo a la jurisdicción mercantil (folios nº 76 a 78).

4º. - Los objetivos del año 2009 pendientes de abono por parte de INDO INTERNACIONAL, S.A., ascienden a 10.971,94 euros, habiendo sido incluidos expresamente, como "crédito privilegiado" y en la lista de acreedores por el JM nº 6 de Barcelona (folios nº 18 y 74). También el importe de 26.764,64 euros ha sido reconocido en el seno del proceso concursal (folios nº 19 y 75).

5º.- En fecha 17.12.2012, el Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Barcelona aprobó, mediante sentencia, el convenio de acreedores, acordando la salida de INDO INTERNACIONAL, S.A., de la situación de concurso. En fecha 25.9.2013, se presenta solicitud de apertura de la fase de liquidación por parte de INDO INTERNACIONAL, S.A., con propuesta de transmisión, ex art. 148 LCo, de las tres sociedades del GRUPO INDO como unidad productiva autónoma. En fecha 3.12.2013, se presentó oferta por parte de la empresa CREALUX INNOVA, S.L., para la adquisición de las tres empresas concursadas INDO LENS GROUP, S.L.U., INDO EQUIPMENT GROUP, S.L.U. e INDO INTERNACIONAL, S.A.

En fecha 27.9.2013, el mismo Juzgado Mercantil dictó Auto de apertura de la fase de liquidación, teniendo por presentada oferta escrita vinculante de compra de la unidad productiva, formulada por CREALUX INNOVA, S.L. (la cual, previamente, había elaborado un estudio de plan industrial). Dicho Auto otorga un plazo de 15 días a la Administración concursal para que presente un plan de realización de los bienes y derechos integrados en la masa activa del concursado, que no conforman unidad productiva de enajenación, conforme a los arts. 148 y 149 LCo, lo que ésta efectúa en fecha 2.12.2013; asumiendo finalmente, tras mejora presentada por la



Administración concursal, la mercantil adjudicataria a 321 trabajadores por vía de subrogación (folios nº 130 a 148).

6º.- Mediante Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Barcelona, de fecha 17.12.2013 , se adjudican provisionalmente los bienes y derechos que integran la unidad productiva de las compañías INDO LENS GROUP, S.L.U., INDO EQUIPMENT GROUP, S.L.U. e INDO INTERNACIONAL, S.A. a la sociedad CREALUX INNOVA, S.L., debiendo el adjudicatario, en el plazo de 2 meses, adoptar las medidas necesarias para adecuar la unidad productiva a los requisitos de la oferta adjudicataria, declarando que no concurre sucesión de empresa con respecto a las deudas de las concursadas respecto a la Agencia Tributaria, Seguridad Social y trabajadores de las concursadas (folios nº 79 a 85 y 152 a 154).

El Juzgado Mercantil nº 6 de Barcelona, mediante Auto de fecha 21.2.2014 , desestimó los recursos de reposición contra el Auto de 17.12.2013 (folios nº 86 a 93). En fecha 6.3.2014, el Juzgado Mercantil nº 6 de Barcelona aclaró el Auto de 21.2.2014 , señalando la exclusión de sucesión de empresa a efectos laborales así como que la entidad adquirente de la unidad productiva, CREALUX INNOVA, S.L., no debe responder de las deudas por salarios o indemnizaciones con trabajadores no incluidos en las unidades productivas definida por la oferta adjudicataria que no sean asumidas por el FOGASA, conforme al art. 33 ET (folios nº 94 a 96).

Conforme a escritura pública de fecha 20.6.2014, se produce la transmisión de los activos titularidad de INDO LENS GROUP, S.L.U., INDO EQUIPMENT GROUP, S.L.U. e INDO INTERNACIONAL, S.A. CREALUX INNOVA, S.L. (constituida el 14.5.2013), designó a INDO OPTICAL, S.L.U. para adquirir la unidad productiva, atendiendo a la facultad que se reservó en la oferta definitiva de adjudicación, siendo ésta la adjudicataria final (hecho conforme).

7º.- Interpuesta la correspondiente papeleta de conciliación en fecha 30.10.2014, se agotó la vía administrativa previa con resultado de sin avenencia respecto a INDO OPTICAL, S.L.U. y CREALUX INNOVA, S.L. y de sin efecto respecto al resto de demandados, tras el acto celebrado en fecha 19.12.2014 (folio nº 28)."

TERCERO.- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte demandada, Indo Optical S.L.U., que formalizó dentro de plazo, y que la parte contraria, a la que se dió traslado impugnó, Fermín , elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antes de entrar a resolver sobre el recurso formulado debemos pronunciarnos sobre la pretensión de incorporación de documental efectuada por el recurrido, Don Fermín , relativa a la unión, a efectos ilustrativos, de la Sentencia nº 78/2014, de 22 de abril, de la Sala Social de la Audiencia Nacional , y al respecto conviene recordar que , dispone el vigente artículo 233 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , que la Sala no admitirá a las partes documento alguno ni alegaciones de hechos que no resulten de los autos; no obstante "si alguna de las partes presentara alguna sentencia o resolución judicial o administrativa firmes o documentos decisivos para la resolución del recurso que no hubiera podido aportar anteriormente al proceso por causas que no le fueran imputables, y en general cuando en todo caso pudiera darse lugar a posterior recurso de revisión por tal motivo o fuera necesario para evitar la vulneración de un derecho fundamental, la Sala, oída la parte contraria dentro del plazo de tres días, dispondrá en los dos días siguientes lo que proceda, mediante auto contra el que no cabrá recurso de reposición, con devolución en su caso a la parte proponente de dichos documentos, de no acordarse su toma en consideración. De admitirse el documento, se dará traslado a la parte proponente para que, en el plazo de cinco días, complemente su recurso o su impugnación y por otros cinco días a la parte contraria a los fines correlativos".

La doctrina del Alto Tribunal, al interpretar el artículo 231 de la anterior Ley de Procedimiento Laboral (equivalente, si bien con matizaciones, al artículo 233 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social), estableció, en sentencia dictada en Pleno de fecha 5 de diciembre de 2.007 , que "en los recursos extraordinarios de suplicación y casación, incluido el de casación para unificación de doctrina, los únicos documentos que podrán ser admitidos durante su tramitación serán los que tengan la condición formal de "sentencias o resoluciones judiciales o administrativas" firmes y no cualesquiera otros diferentes de aquellos", condicionándose tal admisión asimismo a que: a) la sentencias o resoluciones hayan sido dictadas o notificadas en fecha posterior al momento en que se llevaron a cabo las conclusiones en el juicio laboral de instancia, b) que serán admisibles si, además, por su objeto y contenido aparecieran como condicionantes o decisivas para resolver la cuestión planteada en la instancia o en el recurso, y c) en el caso de que no se trate de documentos de tal naturaleza o calidad, deberán ser rechazados de plano, y serán devueltos a la parte que los aportó, sin que puedan por lo tanto ser tenidos en cuenta para la posterior resolución que haya de dictar la Sala". La sentencia invocada establece asimismo que "los documentos que por reunir aquellos requisitos previos hayan sido admitidos y unidos a los autos producirán el efecto pretendido por la parte sólo en el caso



de que la producción, obtención o presentación de los mismos no tenga su origen en una actuación dolosa, fraudulenta o negligente de la propia parte que pretende aportarlos; lo cual será valorado en la resolución (auto o sentencia) que proceda adoptar en definitiva".

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2012 concluyó, al referirse a los documentos decisivos a efectos de recurso de revisión, que "tal causa "no debe ser entendida como una «nueva oportunidad probatoria» que añadir a la ya disfrutada en la instancia y en el recurso extraordinario de Suplicación, sino que el carácter «decisivo» del documento ha de manifestarse en el sentido de que el mismo «ha de ser de tal naturaleza que por sí solo ponga en evidencia que el fallo de la sentencia impugnada se hubiera visto afectado con su presencia en el litigio» (con cita de resoluciones anteriores, SSTS 28/05/98 -rec. 709/97 ; 14/03/06 -rec. 17/05 ; y 28/06/07 -rec. 10/04 -), de manera que «su sola presencia procesal hubiera determinado un signo distinto para el pronunciamiento» (STS 05/06/07 -rec. 15/05), por poner en «en evidencia la equivocación del juzgador» (STS 03/03/06 -rec. 19/04) " (ATS/IV 18-septiembre- 2008 -rec 21/2007)".

En aplicación de la doctrina expuesta, procede inadmitir la documental aportada por la parte recurrida, por cuanto no constituye medio probatorio, ni, consecuentemente, resulta determinante en aras a dirimir sobre el objeto del recurso.

SEGUNDO.- Recurre en suplicación la representación de la empresa INDO OPTICAL S.L.U, frente al pronunciamiento de la sentencia de instancia, que con estimación parcial de la demanda rectora de las actuaciones, declara la responsabilidad solidaria de la recurrente en relación con la deuda reclamada, y con amparo procesal en el apartado c.) del artículo 193 de la LRJS , denuncia la infracción por la sentencia de instancia de los artículos 8 y 9 de la Ley Concursal y de una STSJ País Vasco nº 1878/2014 de 14 de octubre y la de 10 de junio de 2014, dictada en RS 900/14.

En primer término debemos recordar a la recurrente que las Sentencias dictadas por Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas no tienen el carácter de jurisprudencia a los efectos del artículo 1 del CC , por lo que carecen de virtualidad en relación con la censura jurídica amparada en el artículo 193 c) de la LRJS , no teniendo más trascendencia que la puramente ilustrativa del criterio de otra Sala, no vinculante para este Tribunal.

La cuestión planteada por la recurrente viene referida a la supuesta incompetencia de jurisdicción para conocer de la demanda rectora de las presentes actuaciones, alegando que lo que se pretende es la ejecución del contenido del acuerdo alcanzado el 11 de octubre de 2012 ante el Juzgado de lo Social nº 2 de Terrassa, ante cuyo incumplimiento se remitió a las partes a la jurisdicción mercantil; no existe la infracción denunciada, dado que, como acertadamente señala el Juez "a quo", la pretensión contenida en la demanda no se dirige a una extensión de la ejecución del Decreto referido, sino ante la petición de declaración de responsabilidad solidaria en el abono de las indemnizaciones pendientes de pago, siendo plenamente competente para el enjuiciamiento este orden jurisdiccional.

La cuestión debatida ha sido abordada y examinada por esta Sala en Sentencia dictada por el Pleno de la misma el 19 de febrero de 2016, en el recurso de suplicación nº 3271/2015 , recordando que el antiguo art. 51.11 de la versión original del ET establecía que "en el supuesto de venta judicial de la totalidad de la empresa o de parte de la misma únicamente será aplicable lo dispuesto en el art. 44 de esta Ley cuando lo vendido comprenda los elementos necesarios y por sí mismos suficientes para continuar la actividad empresarial. Si, no obstante la concurrencia del supuesto anterior, el nuevo empresario decide no continuar o suspender la actividad del anterior, deberá fundamentarlo en expediente de regulación de empleo incoado al efecto". Ahora bien, tal previsión quedó suprimida con la reforma de 2012 aunque la ley Concursal 22/03, de 9 de julio, ya había añadido al ET el art. 57 bis, para disponer que "en caso de concurso, a los supuestos de modificación, suspensión y extinción colectivas de los contratos de trabajo y de sucesión de empresa, se aplicarán las especialidades previstas en la Ley Concursal". Desapareció, por tanto, la previsión legal que inequívocamente imponía la aplicabilidad de la normativa sobre subrogación laboral en el caso de venta judicial de la empresa para quedar solamente la remisión hecha por el ET a las especialidades previstas en la ley Concursal.

De otro lado, se ha de tener presente que la Directiva 2001/23/CE, alegada por todos los recurrentes, no exige en todo caso el respeto de las garantías relativas a la subrogación en los contratos de trabajo en los supuestos de transmisión de la empresa ya que su art. 5.1 dispone: "Salvo disposición en contrario por parte de los Estados miembros, los arts. 3 y 4 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 estos estén bajo la supervisión de una autoridad pública competente (que podrá ser un interventor de empresas autorizado por una autoridad pública competente)."



Los arts. 3 y 4 de la Directiva constituyen el núcleo básico del régimen de protección establecido por dicha norma al establecer y regular la conservación de los contratos de trabajo y el mantenimiento de los derechos y obligaciones tras la cesión o traspaso (3."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"; 4. "El traspaso de una empresa, de un centro de actividad o de una parte de éstos no constituirá en sí mismo un motivo de despido para el cedente o para el cesionario. Esta disposición no impedirá los despidos que puedan producirse por razones económicas, técnicas o de organización que impliquen cambios en el plano del empleo"); pero el art. 5.1 establece que, salvo previsión en contrario por un Estado miembro, no será aplicable "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 estos estén bajo la supervisión de una autoridad pública competente".

Además, y continuando en el ámbito europeo, el auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de enero de 2015 que aduce una de las recurrentes, resolviendo cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona, concluía que la citada Directiva permite que las obligaciones del cedente derivadas de los contratos o de las relaciones laborales que puedan existir antes de la fecha de la transmisión o antes de la apertura del procedimiento de insolvencia no se transfieran al cesionario cuando se asegura una protección como mínimo equivalente a la que garantiza la Directiva 80/987 sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario. Sus términos eran los siguientes:

"En estas circunstancias, ha de entenderse que las siete cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional remitente, que procede examinar conjuntamente, preguntan, en esencia, si la Directiva 2001/23 debe interpretarse en el sentido de que se opone a que una normativa nacional como la controvertida en el asunto principal prevea o permita que, con ocasión de una transmisión de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, cuando el cedente sea objeto de un procedimiento de insolvencia, se autorice al cesionario a no asumir las cargas del cedente en relación con los contratos o las relaciones laborales, incluidas las relativas al régimen de la seguridad social, por cuanto estas deudas son anteriores a la fecha de transmisión de la unidad productiva. Dicho órgano jurisdiccional pregunta asimismo si la circunstancia de que las relaciones laborales se hubieran extinguido antes de la mencionada fecha es relevante al respecto."

"Cuando un Estado miembro hace uso de esta aplicación facultativa, dicho artículo 5, apartado 2, le permite, no obstante, bajo ciertas condiciones, no aplicar determinadas garantías recogidas en los artículos 3 y 4 de la Directiva 2001/23, siempre que se abra un procedimiento de insolvencia y este se encuentre bajo la supervisión de una autoridad pública competente (sentencia Comisión/Italia, EU:C:2009:363, apartado 38).

Así, como excepción al artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/23, ese Estado miembro puede disponer, con arreglo al artículo 5, apartado 2, letra a) y b), de esta, que las obligaciones del cedente derivadas de los contratos o de las relaciones laborales que puedan existir antes de la fecha de la transmisión o antes de la apertura del procedimiento de insolvencia no se transfieran al cesionario, siempre que dicho procedimiento asegure, en virtud de la legislación de ese Estado miembro, una protección como mínimo equivalente a la que garantiza la Directiva 80/987, y que, en la medida en que la normativa o la práctica en vigor lo permitan, puedan pactarse cambios en las condiciones contractuales de empleo, con la finalidad de mantener las oportunidades de empleo al garantizar la supervivencia de la empresa."

(...)

"Cuando un Estado miembro hace uso de esta facultad, el apartado 2, letra a), del mismo artículo 5 dispone que dicho Estado puede establecer una excepción al artículo 3, apartado 1, de esta Directiva en el sentido de que no se transfieran al cesionario las cargas correspondientes al cedente en la fecha de la transmisión o de la apertura del procedimiento de insolvencia, en virtud de los contratos o de las relaciones laborales, siempre y cuando exista en ese Estado miembro una protección al menos equivalente a la establecida por la Directiva 80/987, que exige que se instaure un mecanismo de garantía del pago de los créditos adeudados a los trabajadores conforme a los contratos o relaciones laborales acordados con el empresario insolvente. Esta posibilidad de establecer una excepción permite no sólo garantizar el pago de los salarios de los trabajadores afectados, sino también mantener el empleo garantizando la supervivencia de la empresa en dificultad".

TERCERO.- Por lo que respecta a nuestro Derecho español, la Ley Concursal, en sus arts. 148 y 149 (atendiendo a su redacción vigente al tiempo de los hechos enjuiciados, dada por ley 38/11; y, por tanto sin atender a los cambios introducidos en estos y otros artículos que, en su caso, serían relevantes para un asunto posterior, introducidos por el RD-Ley 11/14, de 5 de septiembre y la Ley 9/2015, de 25 de mayo) disponían lo siguiente:



"Artículo 148. Plan de liquidación

1. En el informe al que se refiere el art. 75 o en un escrito que realizará dentro de los quince días siguientes al de notificación de la resolución de apertura de la fase de liquidación, la administración concursal presentará al juez un plan para la realización de los bienes y derechos integrados en la masa activa del concurso que, siempre que sea factible, deberá contemplar la enajenación unitaria del conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes y servicios del concursado o de algunos de ellos. Si la complejidad del concurso lo justificara el juez, a solicitud de la administración concursal, podrá acordar la prórroga de este plazo por un nuevo período de igual duración.

El secretario acordará poner de manifiesto el plan en la Oficina judicial y en los lugares que a este efecto designe y que se anunciarán en la forma que estime conveniente.

2. Durante los quince días siguientes a la fecha en que haya quedado de manifiesto en la oficina judicial el plan de liquidación, el deudor y los acreedores concursales podrán formular observaciones o propuestas de modificación. Transcurrido dicho plazo, el juez, según estime conveniente para el interés del concurso, resolverá mediante auto aprobar el plan en los términos en que hubiera sido presentado, introducir en él modificaciones o acordar la liquidación conforme a las reglas legales supletorias. Contra este auto podrá interponerse recurso de apelación.

3. Asimismo, el plan de liquidación se someterá a informe de los representantes de los trabajadores, a efectos de que puedan formular observaciones o propuestas de modificación, aplicándose lo dispuesto en el apartado anterior, según que se formulen o no dichas observaciones o propuestas.

4. 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 art. 64."

"Artículo 149. Reglas legales supletorias

1. De no aprobarse un plan de liquidación y, en su caso, en lo que no hubiere previsto el aprobado, las operaciones de liquidación se ajustarán a las siguientes reglas:

1ª El conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes o de servicios pertenecientes al deudor se enajenará como un todo, salvo que, previo informe de la administración concursal, el juez estime más conveniente para los intereses del concurso su previa división o la realización aislada de todos los elementos componentes o sólo de algunos de ellos. La enajenación del conjunto o, en su caso, de cada unidad productiva se hará mediante subasta y si ésta quedase desierta el juez podrá acordar que se proceda a la enajenación directa.

Las resoluciones que el juez adopte en estos casos deberán ser dictadas previa audiencia, por plazo de quince días, de los representantes de los trabajadores y cumpliendo, en su caso, lo previsto en el apartado 3 del art. 148. Estas resoluciones revestirán la forma de auto y contra ellas no cabrá recurso alguno.

2ª En el caso de que las operaciones de liquidación supongan la modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, incluidos los traslados colectivos y la suspensión o extinción colectivas de las relaciones laborales, se estará a lo dispuesto en el art. 64.

3ª Los bienes a que se refiere la regla 1ª, así como los demás bienes y derechos del concursado se enajenarán, según su naturaleza, conforme a las disposiciones establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil para el procedimiento de apremio. Para los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial se estará a lo dispuesto en el apartado 4 del art. 155 .

En caso de enajenación del conjunto de la empresa o de determinadas unidades productivas de la misma se fijará un plazo para la presentación de ofertas de compra de la empresa, siendo consideradas con carácter preferente las que garanticen la continuidad de la empresa, o en su caso de las unidades productivas, y de los puestos de trabajo, así como la mejor satisfacción de los créditos de los acreedores. En todo caso serán oídos por el juez los representantes de los trabajadores.

2. 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, 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 art. 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.

(...)"

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 la parte demandante-, 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 .

TERCERO.- Aplicando las anteriores consideraciones al caso que examinamos, se observa que en fase de liquidación, se presenta una oferta escrita vinculante de compra de la unidad productiva, aprobada por el Juzgado de lo Mercantil, declarando que no existe sucesión de empresa respecto de las concursadas a efectos laborales, no debiendo responder por las deudas por salarios o indemnizaciones que no sean asumidas por el FOGASA; por tanto, no estamos en presencia de una sucesión empresarial del art. 44 del ET ni de un cambio de titularidad, denominación o domicilio social sino ante una sucesión de activos autorizada judicialmente con exclusión de responsabilidad para la adquirente respecto a las deudas laborales de la transmitente, lo cual viene autorizado por el art. 148 de la LC y, en último lugar, por el art. 5.1 de la Directiva 21/2003 .

Por tanto, no son aplicables al presente caso las reglas previstas en el art. 149.2 de la LC ni en el art. 44 del ET ; tal y como resolvió esta Sala en el recurso de duplicación nº 3271/2014, sentencia nº 5869/2014, de 12 de septiembre , y en las sentencias de 19.10.2010, recurso 2838/2010 y 28.12.2012, recurso 1830/2012 ;



y a diferencia de nuestra sentencia de 16.10.2104, nº 6847/2014 , recurso 4556/2014, en que no consta la existencia de tal plan de liquidación.

La solución acordada por la sentencia recurrida, y pretendida por los actores, crearía una grave inseguridad jurídica a las empresas compradoras de los activos cuando efectúan estas operaciones, que lo hacen partiendo de las condiciones entonces estipuladas y conscientes del alcance de sus responsabilidades, que resultan avaladas por una resolución firme del Juzgado de lo Mercantil -no apelada por ningún interesado- dictada en el ámbito de su competencia (art. 8 de la LC), y que, además, fueron supervisadas por los representantes de los trabajadores.

Y tal conclusión es conforme a la alegada Directiva, puesto que es de aplicación su art. 5 y no sus artículos 3 y 4; y al alegado auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea puesto que el art. 148 de la Ley Concursal permite, de conformidad con el artículo 5, apartado 2, letra a) y b), de la citada Directiva, que las obligaciones del cedente derivadas de los contratos o de las relaciones laborales que puedan existir antes de la fecha de la transmisión o antes de la apertura del procedimiento de insolvencia no se transfieran al cesionario.

Todo ello comporta la estimación parcial del recurso formulado y revocación de la sentencia de instancia.

VISTOS los preceptos citados y por las razones expuestas

FALLAMOS

Estimamos en parte el recurso de suplicación formulado por INDO OPTICAL S.L.U. y, en consecuencia, debemos revocar y revocamos la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de los de Terrassa, de 7 de julio de 2015 , en el procedimiento nº 911/2014, sustituyendo el pronunciamiento de su parte dispositiva por el de **desestimación de la demanda formulada por Don Fermín , con libre absolució de INDO OPTICAL S.L.U., CREALUX INNOVA S.L., INDO LENS GROUP S.L.U, Don Isidoro (Administrador Concursal) y FONDO DE GARANTÍA SALARIAL** . No procede condena en costas.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y expídase testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia se devolverán los autos al Juzgado de instancia para su debida ejecución.

La presente resolución no es firme y contra la misma cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. El recurso se preparará en esta Sala dentro de los diez días siguientes a la notificación mediante escrito con la firma de Letrado debiendo reunir los requisitos establecidos en el Artículo 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 229 del Texto Procesal Laboral, todo el que sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o no goce del beneficio de justicia gratuita o no se encuentre excluido por el artículo 229.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , depositará al preparar el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, la cantidad de 600 euros en la cuenta de consignaciones que tiene abierta esta Sala, en BANCO SANTANDER, Oficina núm. 6763, sita en Ronda de Sant Pere, nº 47, cuenta Nº 0965 0000 66, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se realizará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 230 la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , con las exclusiones indicadas en el párrafo anterior, y se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANCO SANTANDER (oficina indicada en el párrafo anterior), cuenta Nº 0965 0000 80, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos. La parte recurrente deberá acreditar que lo ha efectuado al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

Podrá sustituirse la consignación en metálico por el aseguramiento de la condena por aval solidario emitido por una entidad de crédito dicho aval deberá ser de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento.

Para el caso que el depósito o la consignación no se realicen de forma presencial, sino mediante transferencia bancaria o por procedimientos telemáticos, en dichas operaciones deberán constar los siguientes datos:

La cuenta bancaria a la que se remitirá la suma es IBAN ES 55 0049 3569 920005001274. En el campo del "ordenante" se indicará el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y el



NIF o CIF de la misma. Como "beneficiario" deberá constar la Sala Social del TSJ DE CATALUÑA. Finalmente, en el campo "observaciones o concepto de la transferencia" se introducirán los 16 dígitos indicados en los párrafos anteriores referidos al depósito y la consignación efectuados de forma presencial.

Así por nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Publicación.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada en el día de su fecha por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente, de lo que doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ