



Roj: **STSJ M 3276/2017 - ECLI:ES:TSJM:2017:3276**

Id Cendoj: **28079340052017100163**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **06/03/2017**

Nº de Recurso: **26/2017**

Nº de Resolución: **162/2017**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MARIA BEGOÑA HERNANI FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

R. S. 26/17 TP

**Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 05 de lo Social**

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta 2 - 28010

Teléfono: 914931935

Fax: 914931960

34002650

**NIG** : 28.079.00.4-2015/0012537

**Procedimiento Recurso de Suplicación 26/2017**

**ORIGEN:**

Juzgado de lo Social nº 39 de Madrid Despidos / Ceses en general 278/2015

**Materia** : Despido

**Sentencia número: 162**

**Ilmos. Sres**

D. /Dña. MARIA AURORA DE LA CUEVA ALEU

D. /Dña. MARIA BEGOÑA HERNANI FERNANDEZ

D. /Dña. ALICIA CATALA PELLON

En Madrid a seis de marzo de dos mil diecisiete habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección 5 de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

**EN NOMBRE DE S.M. EL REY**

**Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE**

**EL PUEBLO ESPAÑOL**

ha dictado la siguiente

**S E N T E N C I A**

En el Recurso de Suplicación 26/2017, formalizado por el LETRADO D. OSCAR TORRES VALVERDE en nombre y representación de Dña. María Consuelo , contra la sentencia de fecha once de octubre de dos mil dieciseis dictada por el Juzgado de lo Social nº 39 de Madrid en sus autos número Despidos / Ceses en general 278/2015, seguidos a instancia de Dña. María Consuelo frente a BECARA SL , FOGASA, TEILER INVESTMENTS, SA y ha comparecido el MINISTERIO FISCAL, en reclamación por Despido, siendo Magistrado-

Ponente la Ilma. Sra. Dña. MARIA BEGOÑA HERNANI FERNANDEZ, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO:** Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

**SEGUNDO:** En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados:

PRIMERO.- La actora Dña. María Consuelo , provista de DNI NUM000 , ha venido prestando servicios retribuidos con contrato por tiempo indefinido y jornada completa, desde el 1 de octubre de 2002, para la demandada Becara S.L., dedicada a la actividad económica de importación, exportación y venta al por mayor de mobiliario, artículos de regalo y decoración, con categoría profesional de oficial 1ª y salario bruto mensual con prorrata de pagas extraordinarias de 1.551,17 euros.

SEGUNDO.- El 29 de enero de 2013 recayó auto del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de los de Madrid , autos 8/13, por el que se declara a Becara S.L. en situación de concurso voluntario de acreedores. Por sentencia de fecha 03-09-13, se aprobó el convenio que refleja un pasivo concursal de 13.698.893,48 euros.

TERCERO.- El 27 de marzo de 2014, Becara S.L. inició periodo de consultas para la extinción de 30 contratos de trabajo, que finalizó con acuerdo el 12 de mayo de 2014 (folios 941 al 944).

CUARTO.- Nuevamente, en fecha 19 de diciembre de 2014, inició la empresa un segundo proceso de extinción colectiva de contratos de trabajo que afectaba a la totalidad de la plantilla, presentando ese mismo día ante la Dirección General de Trabajo de la Comunidad de Madrid la comunicación de inicio del proceso de despido colectivo. En el marco de dicho proceso, la empresa abrió un periodo de consultas con los representantes de los trabajadores al amparo de lo que establece el art. 51 del ET , para la extinción colectiva de 113 contratos de trabajo que conformaban la plantilla de la entidad demandada. Tras tres reuniones celebradas (23 y 29 de diciembre y 5 de enero), en las que también participaba la actora como representante de los trabajadores formando parte de la comisión negociadora, el 8 de enero de 2015 concluyó con acuerdo cuyo contenido se tiene por reproducido en aras a la brevedad (folios 945 al 948). Concluido el trámite de consultas, la empresa decidió la extinción colectiva de 113 contratos de trabajo, sujeta a la indemnización calculada a razón de 20 días de salario por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades, a llevar a efecto en el periodo de doce meses, que deberá ser puesta a disposición en la fecha de entrega de la comunicación de extinción. La aplicación del ERE se establece que se llevará a cabo entre el día 19/01/15 y el 18/01/16. A la finalización de la negociación no se estableció un calendario de desvinculación de los trabajadores afectados, se efectuará en función de las necesidades organizativas de la empresa, constituyéndose no obstante una comisión de seguimiento integrada por dos de los representantes de los trabajadores.

QUINTO.- Ante la imposibilidad de hacer frente al cumplimiento de los pagos previstos en el convenio, por auto de 3 de febrero de 2015, se decretó la disolución de la sociedad a solicitud de la Junta Extraordinaria y Universal de fecha 20 de enero de 2015, siendo nombrado liquidador D. Alejandro .

SEXTO.- En fecha 10 de febrero de 2015, antes de iniciar la comunicación de los primeros despidos, la empresa llegó a un acuerdo con los trabajadores para aplazar el abono de las indemnizaciones derivadas de la extinción de los contratos a fin de favorecer la liquidación de la sociedad y la presentación de un plan de liquidación que incluyese las indemnizaciones de los trabajadores (folios 997 al 1001). La actora firmó en el documento de aceptación del aplazamiento de la indemnización (folio 998 vuelta).

SEPTIMO.- Por carta fechada el 10 de febrero de 2015, el administrador concursal y liquidador de Becara S.L. comunicó a la actora la extinción del contrato de trabajo derivada de su inclusión en el ERE, con efectos del 11 de febrero de 2015, alegando causas objetivas -económicas-, del tenor que en la misma consta, que se tiene por reproducida en aras a la brevedad (folios 12 al 18). En dicha comunicación se manifiesta que la indemnización calculada a razón de 20 días por año de servicio con el tope de 12 mensualidades que corresponde a la trabajadora percibir asciende a la cantidad de 12.619,36 euros, suma que señala no puede poner a su disposición en ese momento debido a la falta de liquidez. La actora firmó el documento de finiquito, que incluye la indemnización por despido.



OCTAVO.- Por escrito de 26 de marzo de 2015, la administración concursal de Becara S.L., solicitó la autorización judicial para la venta de la unidad productiva de Becara S.L., en los términos señalados en el citado escrito a favor de D. Desiderio y D. Fulgencio en su propio nombre o a través de sociedad de nacionalidad española de nueva creación participada por ellos mismos, lo que fue acordado en auto de fecha 9 de junio de 2015. Igualmente, se acuerda la subrogación de la adquirente en los contratos de trabajo señalados en los anexos. La compradora se ha comprometido a asumir y subrogar a un total de 31 trabajadores procedentes de Becara S.L. que figuran en los anexos, no admitiendo como condición de la oferta, la existencia de sucesión empresarial en el resto de la plantilla (folio 202). La venta se consumó el 30.06-15 con la mercantil Teiler Investments S.A. de la cual son socios D. Desiderio (4% del capital social) y D. Fulgencio (96% del capital social). Esta sociedad fue constituida el 18-06-15. Los trabajadores que han sido subrogados por la adquirente se encuentran relacionados en el folio 205 de las actuaciones, operando la subrogación el 15 de junio de 2015. Entre los 31 trabajadores subrogados se encuentra uno de los miembros del antiguo comité de empresa de Becara S.L. -D. Nicolas - y también uno de los oficiales 1ª destinado en almacén - D. Teofilo -. Hay un total de ocho oficiales 1ª subrogados. Teiler Investments S.A. cuenta con una plantilla de los 31 trabajadores subrogados, dos de nueva contratación y 38 trabajadores contratados a través de ETT. Ninguno de los trabajadores de nueva contratación ostenta la categoría de oficial 1ª.

NOVENO.- Desde las elecciones sindicales celebradas en 2004, la actora ostenta la condición de miembro del comité de empresa. El comité está integrado por siete miembros. En febrero de 2015, además de la actora, también fueron despedidos otros dos miembros del Comité de Empresa, permaneciendo cuatro miembros del comité sin despedir, que lo fueron entre mayo y junio, a excepción de uno de ellos que pasó subrogado a Teiler Investments S.A. -D. Nicolas -.

DECIMO.- El 11 de febrero de 2015 además de la actora, también fueron despedidos un total de 48 trabajadores de una plantilla de 106 empleados, existente en ese momento. En marzo fueron despedidos 8 trabajadores más (total 57 trabajadores) -folio 1023-. Los 11 trabajadores que aún continuaban en la empresa fueron despedidos entre el 3 de mayo y el 30 de junio de 2015 (folio 205).

UNDECIMO.- El almacén, lugar donde prestaba servicios la actora, cuenta con un total de tres trabajadores: la demandante, D. Teofilo y D. Agustín. El Sr. Teofilo fue incluido en el anexo de 31 trabajadores que pasaron a Teiler Investments S.A. Tras la extinción de los contratos de trabajo por ERE, en enero y febrero de 2016 han sido contratados por Teiler, además, al menos siete trabajadores procedentes de Becara S.L., algunos con contrato temporal y otros con contrato indefinido.

DUODECIMO.- El 27 de marzo de 2015, 16 trabajadores afectados por el expediente interpusieron demanda por despido, habiendo recaído sentencia del Juzgado de lo Social nº 31 de los de Madrid, autos 347/15, por la que declara la procedencia de los despidos y condena al propio tiempo a la demandada al abono de cantidad en concepto de indemnización legal y preaviso no cumplido; con los fundamentos que en la misma constan, que se tienen por reproducidos (folios 882 al 891). Este pronunciamiento fue confirmado por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en sentencia del de fecha 16 de marzo de 2016 (folios).

DECIMOTERCERO.- Se interpuso la preceptiva papeleta de conciliación ante el órgano competente, el 10 de marzo de 2016, celebrándose el acto el día 1 de abril, con el resultado de "intentado y sin efecto". El 10 de marzo de 2015 tuvo entrada en este Juzgado de lo Social demanda por despido que ha sido turnada a este Juzgado el 12 de marzo.

**TERCERO:** En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: . Desestimando la demanda presentada por Dña. María Consuelo, frente a las mercantiles Becara S.L., D. Alejandro en su condición de liquidador de la citada sociedad, Teiler Investments S.L. y el Fondo de Garantía Salarial, debo declarar y declaro procedente la extinción del contrato de que fue objeto la actora con efectos de 11 de febrero de 2015, con absolución a las codemandadas de los pedimentos de la demanda.

**CUARTO:** Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte Dña. María Consuelo, formalizándolo posteriormente; tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

**QUINTO:** Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta Sección en fecha 13/01/2017, dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

**SEXTO:** Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de los autos al mismo para su conocimiento y estudio, señalándose el día 01/03/2017 para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- La sentencia de instancia desestima la demanda formulada por despido declarando el mismo como procedente y frente a la misma se alza en suplicación la representación letrada de la parte actora, solicitando en un primer motivo, la revisión de los hechos probados y en concreto la modificación del hecho probado decimo proponiendo la siguiente redacción :

Decimo " : El 11 de febrero de 2.015 además de la actora, también fueron despedidos un total de 48 trabajadores de una plantilla de 106 empleados existentes en ese momento. De los restantes trabajadores que no habían sido despedidos el 11 de febrero de 2.015 y que continuaron trabajando en la empresa, eso es 58 empleados, 11 de ellos tenían la Categoría Profesional de Oficial de Primera. En Marzo fueron despedidos otros 8 trabajadores más ( total 56 trabajadores)- folio 1023-. Los 11 trabajadores que aún continuaban en la empresa fueron despedidos entre el 3 de Mayo y el 30 de Junio de 2.105 (folio 202)."

La jurisprudencia viene exigiendo con reiteración, hasta el punto de constituir doctrina pacífica, que para estimar este motivo es necesario que concurren los siguientes requisitos:

1º.- Que se señale con precisión cuál es el hecho afirmado, negado u omitido, que el recurrente considera equivocado, contrario a lo acreditado o que consta con evidencia y no ha sido incorporado al relato fáctico.

2º.- Que se ofrezca un texto alternativo concreto para figurar en la narración fáctica calificada de errónea, bien sustituyendo a alguno de sus puntos, bien complementándolos.

3º.- Que se citen pormenorizadamente los documentos o pericias de los que se considera se desprende la equivocación del juzgador, sin que sea dable admitir su invocación genérica, ni plantearse la revisión de cuestiones fácticas no discutidas a lo largo del proceso; señalando la ley que el error debe ponerse de manifiesto precisamente merced a las pruebas documentales o periciales practicadas en la instancia.

4º.- Que esos documentos o pericias pongan de manifiesto, el error de manera clara, evidente, directa y patente; sin necesidad de acudir a conjeturas, suposiciones o argumentaciones más o menos lógicas, naturales y razonables, de modo que sólo son admisibles para poner de manifiesto el error de hecho, los documentos que ostenten un decisivo valor probatorio, tengan concluyente poder de convicción por su eficacia, suficiencia, fehaciencia o idoneidad.

5º.- Que la revisión pretendida sea trascendente a la parte dispositiva de la sentencia, con efectos modificadores de ésta, pues el principio de economía procesal impide incorporar hechos cuya inclusión a nada práctico conduciría, si bien cabrá admitir la modificación fáctica cuando no siendo trascendente es esta instancia pudiera resultarlo en otras superiores.

Sentado lo anterior, las revisiones solicitada, no pueden tener favorable acogida careciendo de trascendencia para la resolución del pleito al tratarse de datos, ya valorados por la Magistrada de instancia, cuyo conocimiento directo del asunto, garantiza el principio de inmediación del proceso laboral, a quien corresponde apreciar los elementos de convicción -concepto más amplio que el de medios de prueba- para establecer la verdad procesal intentando su máxima aproximación a la verdad real, valorando, en conciencia y según las reglas de la sana crítica, la prueba practicada en autos, conforme a las amplias facultades que a tal fin le otorga el artículo 97.2 de la LRJS . De manera tal que en el Recurso de Suplicación, dado su carácter extraordinario, el Tribunal Superior no puede efectuar una nueva ponderación de la prueba, sino realizar un control de la legalidad de la sentencia recurrida en la medida que le sea pedido, y, sólo de excepcional manera, puede hacer uso de la facultad de revisar las conclusiones fácticas, facultad reservada para cuando los documentos o pericias citados por el recurrente - artículos 193.b ) y 196 de la LRJS - pongan de manifiesto de manera patente e incuestionable el error en que el Juzgador "a quo" hubiera podido incurrir, o cuando los razonamientos que le han llevado a éste a su conclusión fáctica, a los que debes referirse en los fundamentos de derecho -artículo 97.2 de la citada Ley de Ritos-, carezcan de la más elemental lógica.

El fracaso de la revision factica lleva aparejada la desestimación de este motivo del recurso, quedando el relato de hechos probados inmodificado.

**SEGUNDO**. - En el apartado destinado a las infracciones jurídicas, al amparo del art.193 apartado c)LRJS , se denuncia `por la recurrente la infraccion de los arts. 51.5 y 68 b)ET , en relación con el art. 28.1 CE asi como los arts. 55 apartados 5 y 6 ET , art. 181 LRJS en relación con el art. 24 CE sobre tutela judicial efectiva.

La intención del legislador al establecer la reglamentación del despido nulo no es otra que la de proteger los legítimos derechos del trabajador cuando el despido se sustenta en la infracción de derechos fundamentales, privando en este caso a la empresa de la posibilidad de optar por la resolución indemnizada del contrato de trabajo, con lo que no puede volverse en contra del propio trabajador una norma jurídica cuya única finalidad es la de reconocerle mayores derechos frente al empresario y establecer un ámbito superior de protección de



su situación jurídica. Si lo que se quiere con el despido nulo es proteger a ultranza los derechos fundamentales del trabajador, es inadmisibile que el resultado final del proceso sea precisamente el contrario, vulnerando con ello de hecho la tutela judicial efectiva que consagra el art. 24 de la Constitución Española que constituye el fundamento jurídico que ha llevado al legislador a imponer la readmisión obligatoria en los despidos nulos frente al régimen ordinario del desipo improcedente.

La institución de la " inversión de la carga de la prueba" que prevé el art. 181 apartado 2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , en aquellos procesos en lo que se alegue la vulneración de un drechos fundamental ( como ocurre en el presente caso en el que se alega la existencia de un despido discriminatorio por vulneración del derecho de indemnidad ),s upone que, una vez constatada- como en éste caso- la concurrencia de indicios de que se ha producido la violación de un derecho fundamental ( Art. 24 Constitución Española de 1978 ), corresponderá entonces al demandado, la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adosptadas y de su proporcionalidad.

No puede existir la inversión de la carga de la prueba, cuando la parte actora no aporta un indicio razonable de que el acto emprearial lesiona su derecho fundamental.

La actora en calidad de miembro del comité de empresa formó parte de la Comisión que negocio el ERE por el que se extinguió su contrato de trabajo, firmando personalmente la aprobación de dicho ERE extintivo de la totalidad de la plantilla.

No se vulnera el derecho de prioridad de permanencia de la trabajadora, el ERE extintivo de la totalidad de la plantilla se inició el 18/12/2014 y se finalizó con acuerdo por unanimidad de los miembros de la comisión negociadora el 08/01/2015. Se acordó extinguir todos los contratos de trabajo entre el día 19/01/2015 y el 18/01/2016 y se constituyo una comisión paritaria de seguimiento y control de la ejecución de los acuerdos reflejados, sin que exista ninguna queja de dicha comisión de seguimiento y control. En el expositivo nº 4 del acuerdo del ERE ( documento 5 de la prueba de Becara SL) se acuerda " que cada trabajador podrá manifestar a la empresa su deseo de ser despedido en un momento determinado, solicitud que la empresa tendrá en cuenta a la hora de realizar los despidos",pues bien, no costa, porque no la realizó, ninguna solicitud de la actora manifestando su deseo de ser despedida en un determinado momento.

El 18/02/2015 la administración concursal procedió a comunicar al Juzgado Mercantil nº 6 de Madrid, que con anterioridad a la reapertura de la situación concursal, Becará presentó escrito ante la autoridad laboral comunicando el ERE NUM001 , poniendo de manifiesto la finalización con acuerdo unánime de los miembros de la comisió negociadora en fecha 08/01/2015, para la extinción de la totalidad de la plantilla. El día 18/02/2015 la administración concursal en el marco de lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 64.1 de la Ley Concursal , comunica que se está procediendo a la ejecución del ERE en los términos acordados, y comunica que se ha producido el despido de la actora en fecha 11/02/2015. Por consiguiente, se está cumpliendo escrupulosamente con la legislación concursal. La administración concursal no pudo solicitar la extinción de un contrato que ya estaba extinguido por el ERE colectivo, el cual tuvo lugar durante el periodo en que había cesado el concurso, por lo que el administrador concursal, una vez que asumió de nuevo el cargo, se limitó a ponerlo en conocimiento del Juzgado de lo Mercantil, sin que tuviera ninguna otra obligación al respecto.

No es cierto que en el momento del despido quedó vacío de contenido el puesto de trabajo de la actora, según se manifiesta en el invocado hecho probado undécimo de la Sentencia, en el almacén de donde la actora prestaba sus servicios, ello era la única oficial de primera, siendo la categoría de los otros dos trabajadores Jefe de Sección (D. Teófilo ) y Oficial de Segunda (D. Agustín ).

**TERCERO** .- En el tercer motivo del recurso siguiendo al amparo del art.193 c)LRJS se denuncia la infracción de los 59.3 y 44 ET . art.103 LRJS en relación con el art. 24 CE sobre la tutela judicial efectiva .

Entiende la que recurre que, la Juzgadora a quo estima la excepción de caducidad de la acción planteada por la codemandada, TEILER INVESTMENTS SL, con respecto a la ampliación de la demanda dirigida contra ella.

Y todo ello lo hace conforme establece el fundamento jurídico tercero de la Sentencia recurrida, habida cuenta que la Juzgadora a quo, considera que ha transcurrido el plazo de 20 días de caducidad respecto a la citada codemandada, al haber ampliado la demanda, después que se produjera la autorización de venta por parte del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid mediante Auto de fecha 9 de junio de 2.015 el cual se materializó el 30 de junio de 2.105.

La juzgadora, a quo, considera que la trabajadora tenía pleno conocimiento de todo ello en su condición de acreedora en el concurso de Becara S.L.





La rigidez del plazo de caducidad, aunque no es contraria como norma general al derecho a la tutela judicial efectiva, lo podría ser excepcionalmente si su apreciación es desproporcionada, arbitraria o irrazonable como sucede en el caso que nos ocupa.

De este modo, la rigidez del plazo de caducidad, coherente en su conexión con el orden público, se encuentra enfrentada, en multitud de ocasiones, con la espiritualización de la exigencia, coherente con el derecho a la tutela judicial efectiva del trabajador.

Por todo lo expuesto, se solicita se revoque la Sentencia en el sentido de desestimar la acción de caducidad planteada por la codemandada, TEILER INVESTMENTS, SL.

Se denuncian los arts. citados para combatir con la ello la caducidad de la acción de despido de la actora frente a mi representada, muy acertadamente apreciada por la Juzgadora de Instancia en una correctísima interpretación de la doctrina jurisprudencial actual sobre la caducidad de la acción de despido, convenientemente ponderada por nuestro TS y TC en las múltiples ocasiones en las que ha tenido oportunidad de manifestarse al respecto. A lo que hay que decir, en primer lugar, que efectivamente nada tiene que ver el artículo 44 del Estatuto de los trabajadores con el instituto de la caducidad, como ya acertadamente apunta en su argumentación la recurrente, por referirse éste a la sucesión empresarial y no ser de aplicación dicho artículo al caso de autos como también ha señalado la Juzgadora de Instancia en el FD "Cuarto"; por lo que el debate jurídico interpretativo deberá referirse a lo establecido por los citados artículos 59.3 del Estatuto de los trabajadores y 103.3 de la LRJS . Así pues, respecto al fondo del asunto, la literalidad de los artículos 59.3 del Estatuto de los trabajadores y 103.3 de la LRJS , invocados por el recurrente y analizados por la Juzgadora de Instancia en el citado FD "Tercero", en el que se declara la estimación de la caducidad de la acción de despido frente a mi representada, no dejan lugar a dudas en su interpretación, lo que asimismo evidencia que la sentencia recurrida no comete ninguna infracción, y no la comete porque precisamente en dicho Fundamento Jurídico se contiene la doctrina correcta sobre el instituto de la caducidad del despido; institución de carácter sustantivo e interpretación restrictiva, que tiene por objeto el cumplimiento de un importante principio constitucional como es el de seguridad jurídica, y en la que la acción de despido, excepcionalmente, queda en suspenso por los períodos legalmente establecidos referidos exclusivamente al trámite de conciliación o reclamación previa administrativa (y por plazos estricta y legalmente tasados) y aquellos supuestos de necesidad de subsanación de defectos subsanables de la demanda, o ampliación de la misma cuando al tiempo de interponerse se desconociese al verdadero empleador por ignorancia o confusión, lo que no acontece en el caso de autos, pues la demandante, hoy recurrente, tuvo pleno conocimiento de la declaración de la fase de liquidación de la mercantil que había sido su empleadora y correlativamente su deudora, así como de la posterior adjudicación y venta de la mayor parte de sus activos a mi representada y la subrogación por ésta de 31 de sus 42 ex compañeros que en aquel momento formaban parte aún de la plantilla de la concursada. Todo ello de conformidad con la oferta de adquisición realizada y la adjudicación autorizada por el Auto de 9 de Junio de 2015 , del Juzgado nº 6 de lo mercantil competente, y su posterior publicación en sede judicial y en el Registro Público concursal, en los que asimismo fueron publicados todos cuantos demás actos afectaban a los derechos de los acreedores; publicaciones a través de las cuales se les abría la posibilidad de personación si fuese de su interés, lo que por cierto no hizo la recurrente.

No existiendo por tanto rigidez alguna en la apreciación por la Juzgadora de Instancia de la caducidad de la acción, sino que, por el contrario, ha sido la actora la que negligentemente ha dejado transcurrir un muy dilatado período de tiempo desde que tuvo conocimiento de la referida adjudicación, pudiendo entonces accionar y ampliar su demanda frente a mi representada, si bien es cierto que sin fundamento de fondo alguno, y no lo hizo en plazo, dejando transcurrir más de tres meses hasta su ampliación realizándola en tiempo claramente extemporáneo, que excede con mucho el plazo de caducidad jurisprudencialmente admitido como razonable y que, de no haber sido declarada la caducidad atentaría gravemente contra el principio de seguridad jurídica constitucionalmente consagrado.

Y, así también, en tal sentido debemos añadir que, la materialización del principio de seguridad jurídica observado a través de la apreciación de la caducidad de la acción razonablemente aplicada, como sucede en el caso recurrido, en modo alguno atenta o choca con el también derecho constitucional a la tutela judicial efectiva amparada por el artículo 24.1 aludido de contrario, pues éste no es absoluto y, como tantas veces tiene declarado nuestro TC, su efectividad tiene lugar a través del cauce legalmente establecido para el acceso a la jurisdicción y el ejercicio de las acciones que en derecho correspondan para la petición de reparación del derecho que se cree conculcado, mediante la celebración del correspondiente proceso y pronunciamiento judicial sobre el fondo del asunto, sin que ello suponga que el pronunciamiento tenga que coincidir con las pretensiones planteadas, y el sometido todo ello al juego revisorio de los recursos legalmente establecidos, pero ejercitado siempre dentro de los preclusivos plazos y a través de los correspondientes procedimientos; de tal forma que, existiendo el cauce y pudiendo ejercitarse libremente el derecho, si no se realiza por



los procedimientos y en los plazos legalmente establecidos éste decae en aras de otro principio, también constitucional, como es el de seguridad jurídica, no pudiendo ya ejercitarse en ningún otro momento, sin que ello suponga negación a la tutela judicial efectiva. Pues quién pudiendo ejercitar un derecho no lo hizo en plazo y dejó transcurrir la posibilidad de su ejercicio se entiende que renuncia al mismo, no pudiendo quedar abierta "ad eternum" la posibilidad de su reclamación hasta que el potencial detentador del mismo pudiera manifestar su renuncia o ejercicio cuando le viniere en gana.

**CUARTO** - El último motivo del recurso siempre al amparo del art. 193 apartado c) LRJS se denuncia la infracción de los arts. 44 ET así como los arts. 146 y 149 de la Ley Concursal, en relación con el arts. 24.1 CE.

Por lo que se refiere al motivo "Cuarto" su planteamiento parte de la supuesta vulneración, en opinión de la demandante y hoy recurrente, del artículo 44 del Estatuto de los trabajadores y los artículos 146 y 149 de la Ley Concursal, en relación con el artículo 24.1 de la Constitución sobre tutela judicial efectiva, por considerar la recurrente que existió sucesión empresarial de la mercantil "liquidada".,

Decíamos antes que, con acertada técnica jurídica se plasmaba en el Fundamento de Derecho Tercero de la sentencia, la doctrina sobre la caducidad de la acción de despido frente a mi representada, lo que asimismo igualmente sucede, con idéntica precisión y acertada técnica jurídica, también en el Fundamento de Derecho Cuarto de la misma, sobre la declaración de no concurrencia de sucesión empresarial y falta de legitimación pasiva de mi representada frente a la acción de despido interpuesta por la demandante, en el que se recoge muy certeramente la doctrina existente sobre la materia y su aplicación al caso que nos ocupa, plasmándose pormenorizadamente en el razonamiento jurídico que realiza, apoyado con la doctrina contenida en distintas sentencias que al mismo se incorporan y reproduce, y que hace innecesario el abundamiento por esta parte con la aportación de otras adicionales en igual sentido, en aras de la brevedad.

No obstante, consideramos necesario poner de relieve que, como muy bien señala el Auto de adjudicación y que consta en las actuaciones practicadas, la adjudicación lo fue de un conjunto de activos, "en globo", susceptibles de constituir una unidad productiva y que, si bien representaban una parte muy importante de los todavía existentes, no constituían la totalidad de los pertenecientes a la mercantil concursada, como afirma la recurrente, los cuales se hallan expresa y puntualmente relacionados en los anexos de la oferta de adquisición presentada reproducidos como parte integrante por el citado Auto de adjudicación, entre los que por cierto se contiene el "anexo 7" en el que se relacionan los 31 trabajadores en cuyos contratos de trabajo debía subrogarse en TEILER INVESTMENT; todo ello en aceptación de la oferta de adquisición, minuciosamente articulada y presentada a finales de Marzo de 2015, durante la fase de liquidación de la concursada, evitándose con su aprobación la pérdida de la parte de actividad económica y del empleo que potencialmente todavía era susceptible de ser mantenido. Adjudicación "en globo" que significa conjunto de activos, no empresa en funcionamiento, puesto que la actividad que mantenía la concursada lo era en el contexto de una liquidación ordenada, mediante el cierre de establecimientos y la realización de los activos que venía teniendo lugar para la mejor salvaguarda y satisfacción de los intereses de los acreedores, fm preponderante en los procesos concursales si bien procurando el mantenimiento de la actividad económica y el empleo en la medida de lo posible, siempre que ello no signifique un menoscabo significativo en el fin perseguido como es la mejor satisfacción de los intereses de los acreedores de la liquidada, de conformidad con el mandato del citado artículo 146bis y 149 de la referida LC.

También tenemos que negar la existencia de participación alguna por mi representada en ningún tipo de fraude en la extinción de la relación laboral de la hoy recurrente, en contra de lo que afirma la recurrente, sin fundamento alguno; pues nada pudo tener que ver TEILER INVESTMENT con su despido que se produjo con mucha anterioridad a que estuviese siquiera constituida y, mucho menos, a que hubiese presentado su oferta de adquisición por la unidad productiva, que se produce cuando se produce y, como muy bien señala la actora y consta en autos, se realizó el 23 de Marzo de 2015, casi mes y medio después de su despido según se desprende del relato fáctico de la sentencia, por lo que de ninguna manera tiene relación alguna mi representada con las circunstancias laborales acaecidas entre la recurrente y su empleadora.

Así mismo es errónea la pretensión de la recurrente sobre la aplicación del artículo 44 del Estatuto de los trabajadores al caso de autos, toda vez que dicho artículo regula el caso general de sucesión de empresas, con total garantía de subrogación de las relaciones laborales para los trabajadores pertenecientes a la plantilla de la sucedida en el momento de la sucesión, circunstancia que como muy bien también señala la Juzgadora de Instancia no sucedía con la entonces demandante y hoy recurrente. Pero es que además, dicha regulación se refiere al caso general de la sucesión de empresas, unidades productivas o ramas de actividad en funcionamiento, y solo aplicable indirectamente, por remisión expresa de la Ley Concursal para los casos concretos y situaciones expresamente establecidas en la misma para las sociedades en concurso, cuya regulación jurídica queda supeditada con carácter global y exclusivo a lo establecido en dicha norma y sometida a la jurisdicción del juez del concurso desde que éste es declarado, de conformidad con lo



contemplado en los artículos 8 y 9 de la citada LC ; por lo que, en el caso que nos ocupa, dada la fase de "liquidación" en que se hallaba la concursada, para la correcta interpretación de su aplicabilidad ha de estarse a lo dispuesto en los artículos 148 y 149 de la citada LC en su redacción anterior, dada por el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de Septiembre, no siendo de aplicación la redacción actual dada por la Ley 9/2015. Siendo así que, lo dispuesto en los citados artículos de dicha norma fue cumplido escrupulosamente y, de conformidad con lo establecido en el 148, el "Plan de liquidación" sometido al informe de los representantes legales de los trabajadores, con aprobación unánime de los mismos por cierto, como también consta en lo actuado.

Por su parte, el artículo 149, que establece normas supletorias y por tanto excepcionales para el supuesto de inexistencia de Plan de liquidación aprobado, como es el caso, o para lo que no se hubiere previsto en el aprobado; reglas estrictamente observadas por el juez del concurso en el caso de autos, y erróneamente interpretadas por el recurrente una vez más, toda vez que al presente caso es de aplicación la regla 4a del citado artículo 149, pero en su redacción anterior a la actualmente existente, como más arriba se indica y señala expresamente el citado Auto de adjudicación, por tratarse de un supuesto de "enajenación directa" contemplado en el último párrafo de dicha regla, en la que se exige presentación de oferta conteniendo cuatro requisitos esenciales, el último de los cuales, letra d) de la citada regla 4a, trata sobre "Incidencia de la oferta sobre los trabajadores", y que evidencia sin lugar a dudas que contempla la no subrogación de las obligaciones laborales en su integridad; redacción que nada tiene que ver con la actual del apartado 4 del actual artículo 149 LC que el recurrente transcribe en la formalización del motivo "Cuarto" de su recurso aquí impugnado.

En consecuencia, el juez del concurso, en la autoridad que tal disposición le confiere, tras el sometimiento a información y conformidad de la oferta por los representantes legales de los trabajadores, aprobó y autorizó la adjudicación de la unidad productiva en los propios términos de la oferta de adquisición, que conllevaba la obligación de subrogación por la adquirente en los 31 contratos de trabajo relacionados en la misma, con una única excepción a lo en ella solicitado, como es lo dispuesto en su apartado 7 del citado Auto, que dispone: " el adquirente se subrogará en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones laborales pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por el Fondo de Garantía de Depósitos (rectificado por Auto posterior por Fondo de Garantía Salarial), de conformidad con el art. 33 del Estatuto de los Trabajadores ".

Siendo ello así, la conclusión alcanzada en el repetido Fundamento de Derecho Cuarto de la sentencia recurrida es acertadísima (de ahí la no infracción), por cuanto la demandante no pertenecía a la plantilla de "Secara, S.L." en el momento de la adjudicación, y la subrogación fue acordada para los 31 contratos de trabajo relacionados en el "anexo 7" de la oferta reproducida en el Auto de adjudicación firme en el momento de entablar la acción de despido, lo que lleva inexorablemente a la conclusión final de que la actora no tienen acción frente a mi representada y, con ello, la existencia de la excepción de falta de legitimación pasiva y la obligada absolución plena para ella de cuantas peticiones se contienen en la demanda.

Razones por las cuales, tampoco este motivo puede prosperar.

Lo expuesto nos lleva con desestimación del recurso a confirmar la sentencia en su integridad. Sin costas

## FALLAMOS

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación Letrada de D<sup>a</sup> María Consuelo , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 39 de Madrid, en autos 278/2015, de fecha once de octubre de dos mil dieciseis, seguidos a instancia de la recurrente, contra las mercantiles BECARA SL, D. Alejandro , en su condición de liquidador de la citada sociedad, TEILER INVESTMENT SA, y FOGASA, en reclamación de despido, confirmando dicha sentencia en su integridad. Sin costas.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia.

**MODO DE IMPUGNACIÓN :** Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de DIEZ DÍAS hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia. Siendo requisito necesario que en dicho plazo se nombre al letrado que ha de interponerlo. Igualmente será requisito necesario que el recurrente que no tenga la condición de trabajador ,causahabiente suyo o beneficiario del Régimen Publico de la Seguridad Social o no gozare del derecho de asistencia jurídica gratuita, acredite ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso haber depositado 600 euros, conforme al artículo 229 de la LRJS , y consignado el importe de la condena cuando





proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente en la cuenta corriente nº 2876-0000-00-0026-17 que esta sección tiene abierta en BANCO DE SANTANDER sita en PS. del General Martínez Campos, 35; 28010 Madrid, pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito ( art.230.1 L.R.J.S ).

Se puede realizar el ingreso por transferencia bancaria desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de BANCO DE SANTANDER. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

Emitir la transferencia a la cuenta bancaria siguiente: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. En el campo ordenante, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el nif /cif de la misma. En el campo beneficiario, se identificará al juzgado o tribunal que ordena el ingreso. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al procedimiento 2876-0000-00-0026-17.

Una vez adquiriera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

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

### **PUBLICACIÓN**

Publicada y leída fue la anterior sentencia el día 30-3-2017 por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.