



Roj: **STSJ AS 1189/2017 - ECLI:ES:TSJAS:2017:1189**

Id Cendoj: **33044340012017100900**

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

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **30/03/2017**

Nº de Recurso: **381/2017**

Nº de Resolución: **780/2017**

Procedimiento: **RECURSO SUPPLICACION**

Ponente: **CARMEN HILDA GONZALEZ GONZALEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AS 1189/2017,**  
**STS 3742/2018**

**T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL**

**OVIEDO**

**SENTENCIA: 00780/2017**

T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL DE OVIEDO

C/ SAN JUAN Nº 10

**Tfno:** 985 22 81 82

**Fax:** 985 20 06 59

**NIG:** 33044 44 4 2016 0003591

Equipo/usuario: MAR

Modelo: 402250

**RSU RECURSO SUPPLICACION 0000381 /2017**

Procedimiento origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000601 /2016

Sobre: RECLAMACION CANTIDAD

**RECURRENTE/S D/ña** MGO BY WESTFIELD SL

**ABOGADO/A:** CARLOS RAMIREZ OVELAR

**PROCURADOR:**

**GRADUADO/A SOCIAL:**

**RECURRIDO/S D/ña:** Jacinta , Reyes , Adelina

**ABOGADO/A:** FELIPE LEGUINA ESPERANZA, FELIPE LEGUINA ESPERANZA , FELIPE LEGUINA ESPERANZA

**PROCURADOR:**

**GRADUADO/A SOCIAL:**

**Sentencia nº780/2017**

En OVIEDO, a treinta de marzo de dos mil diecisiete.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, formados por los Ilmos. Sres. D. JORGE GONZÁLEZ RODRIGUEZ, Presidente, D<sup>a</sup>. CARMEN HILDA GONZÁLEZ GONZÁLEZ, D. LUIS CAYETANO FERNÁNDEZ



ARDAVIN y D. JOSÉ FELIX LAJO GONZÁLEZ, Magistrados, 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

### **SENTENCIA**

En el RECURSO SUPPLICACION 0000381/2017, formalizado por el LETRADO D. CARLOS RAMÍREZ OVELAR, en nombre y representación de MGO BY WESTFIELD SL, contra la sentencia número 602/2016 dictada por JDO. DE LO SOCIAL N. 1 de OVIEDO en el PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000601/2016, seguidos a instancia de Jacinta , Reyes , Adelina frente a MGO BY WESTFIELD SL, siendo Magistrado-Ponente la Ilma. Sra. D<sup>a</sup> CARMEN HILDA GONZÁLEZ GONZÁLEZ.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO:** D<sup>a</sup> Jacinta , Reyes , Adelina presentó demanda contra MGO BY WESTFIELD SL, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 602/2016, de fecha veintiocho de noviembre de dos mil dieciséis .

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

"1º .- Obra en las actuaciones STSJ de Asturias, de la Sala de lo Social, Sección 1ª, nº 1013/2016 de fecha 10 de mayo de 2016 , que en lo que aquí interesa se reproduce "...La representación de Salvadora Y Amelia , interpone recurso de suplicación frente al Auto dictado por el Juzgado de lo Social nº1 de Oviedo en fecha 21 de enero de 2016 , -que denegó su solicitud de ampliación de la ejecución por sucesión contra la empresa MGO BY WEDTFIELD S.A.-, alegando las recurrentes que se ha llevado a cabo una sucesión empresarial con la ejecutada GRUPO MGO S.A., e invocando en el único motivo del recurso vulneración de los artículos 44 ET, 146 bis 3 Ley Concursal , 14 C .E y el artículo 3 de la Directiva 2001/23 sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas o centros de actividad. La mercantil ejecutada GRUPO MGO, S.A. impugnó en tiempo y forma el recurso de suplicación planteado por las ejecutantes por los argumentos que obran en su escrito unido a las actuaciones y que se tienen por reproducidos... TERCERO .- FONDO DEL ASUNTO. SUCESION EMPRESARIAL. La ampliación de la ejecución instada por don/doña Salvadora Y Amelia ha de ser estimada por los motivos jurídico-fácticos siguientes:A.- En el razonamiento jurídico segundo del Auto recurrido, con valor fáctico, se recoge que la empresa MGO BY WEDTFIELD, S.A. realizó en enero de 2015 una oferta para la adquisición de la unidad productiva de GRUPO MGO, S.A.; que dicha oferta se ratificó en junio de 2015 y que fue recogida y aprobada en el Auto de adjudicación dictado por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Madrid de fecha 29 de julio de 2015 ; que la oferta aprobada por el Auto suponía la continuación de la actividad, el mantenimiento de 617 puestos de trabajo, la asunción de pasivo laboral por mantenimiento de la antigüedad de los trabajadores valorada en 6'9 millones de euros, la inyección de efectivo por importe de 800.000 euros y la asunción de un pasivo concursal por importe de 11'3 millones de euros . Constatados los hechos anteriores, se aprecia que MGO BY WEDTFIELD, S.A. ha llevado a cabo una sucesión empresarial en los términos que contempla el artículo 44 ET ... En nuestro caso, la empresa condenada GRUPO MGO S.A. ha transmitido a MGO BY WEDTFIELD S.A una unidad económica organizada, estable, que mantiene su identidad, y que permite que esta última continúe con la misma actividad. En palabras del TS en la sentencia antedicha: El elemento relevante para determinar la existencia de una transmisión, a los efectos ahora examinados, consiste en determinar si la entidad de que se trata mantiene su identidad, lo que se desprende, en particular, de la circunstancia de que continúe efectivamente su explotación o de que esta se reanude ( sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 18 de marzo de 1986, Spijkens, 24/85 ; de 11 de marzo de 1997 , Süzen, C-13/95 EDJ 1997/18615 ; de 20 de noviembre de 2003, Abler y otros, -340/01 EDJ 2003/127448 y de 15 de diciembre de 2005, Guney-Gorres, C.232/04 y 233/04 EDJ 2005/206385 ). La transmisión debe referirse a una entidad económica organizada de forma estable, cuya actividad no se limite a la ejecución de una obra determinada ( sentencia de 19 de septiembre de 19956, Rygaard, C-4888/94 ), infiriéndose el concepto de entidad a un conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio (sentencias Süzen y Abler y otros, antes citadas). El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se ha pronunciado



de forma reiterada en las sentencias de 17 de diciembre de 1987, My Molle Kiro, 287/86 , 12 de noviembre de 1992 , 1992/84, Watrson Risk y Christensen 209/91 EDJ 1992/13896 , y 20 de noviembre de 2003 Abler y otros, C-340/01 EDJ 2003/127448 , señalando que el ámbito de aplicación de la Directiva abarca todos los supuestos de un cambio, en el marco de las relaciones contractuales, de la persona física o jurídica que sea responsable de la explotación de la empresa que, por ello, contraiga las obligaciones del empresario frente a los empleados de la empresa, sin que importe si se ha transmitido la propiedad de los elementos materiales concluyendo, la última de las sentencias citadas, que "la circunstancia de que los elementos materiales asumidos por el nuevo empresario no pertenezcan a su antecesor, sino que fueron puestos a su disposición por el primer empresario no puede excluir la existencia de una transmisión de empresa en el sentido de la Directiva 77/187 ".En el propio Auto dictado por el Juzgado de lo Mercantil se afirma que la empresa adquirente lleva a cabo la continuación de la actividad, y así se recoge en el Auto recurrido. Se aprecia por consiguiente la transmisión de una "empresa", en cuanto que "unidad económica en funcionamiento". Además, hemos de fijarnos en la sucesión de plantillas entre ambas, y en el Auto se recoge que la nueva empresa asume a 617 trabajadores, lo que evidencia el fenómeno sucesorio. La jurisprudencia comunitaria ha examinado la cuestión atinente a la denominada " sucesión de plantillas", como elemento relevante a tener en cuenta para determinar si existe o no sucesión de empresa, entre otras, en las siguientes sentencias: En la sentencia de 11 de marzo de 1997, asunto 13/95 , Süzen EDJ 1997/18615 , tras señalar que para determinar si se reúnen los requisitos necesarios para la transmisión de una entidad, han de tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho características de la operación de que se trate, entre las que figuran el tipo de empresa, el que se hayan transmitido o no elementos materiales, el valor de los elementos inmateriales, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, el grado de analogía de las actividades ejercidas... dispone " En la medida en que, en determinados sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común, puede constituir una entidad económica, ha de admitirse que dicha entidad puede mantener su identidad, aun después de su transmisión, cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea. En este supuesto, reproduciendo los términos de la sentencia Rygaard, antes citada (apartado 21), el nuevo empresario adquiere en efecto el conjunto organizado de elementos que le permitirá continuar las actividades o algunas actividades de la empresa cedente de forma estable". La sentencia concluye que el apartado 1 del artículo 1 de la Directiva no es aplicable al supuesto en que una empresa, que había encomendado la limpieza de sus instalaciones a un primer empresario, resuelve dicha contrata y celebra una nueva con un segundo empresario si la operación no va acompañada de una cesión entre ambos empresarios, de elementos significativos del activo material e inmaterial, ni el nuevo empresario se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y competencia, de los trabajadores que su antecesor destinaba al cumplimiento de su contrata. En nuestro caso MGO BY WEDTFIELD, S.A. ha contratado a 617 trabajadores restaban servicios para GRUPO MGO, S.A., y este dato es suficiente para concluir la existencia de la sucesión empresarial.En la sentencia de 10 de diciembre de 1998, C-127/96 , 229/96 y 74/97 asunto Hernández Vidal, S.A EDJ 1998/25233. y otros, el TJCE entendió que no era de aplicación la Directiva 77/187/CEE a un supuesto en que una empresa, que tiene contratada con otra la limpieza de sus locales, al finalizar la contrata asume por sí misma dicha actividad. Razona la sentencia que la Directiva no es aplicable en el supuesto en que simplemente se realice sucesivamente por una y otra empresa la misma actividad, sin que se haya producido transmisión entre ambas empresas de una entidad económica, concepto que remite a un conjunto organizado de personas y elementos patrimoniales. La sentencia de 25 de enero de 2001, C- 172/99 , Oy Liikenne Ab y otros EDJ 2001/229, entendió que no era de aplicación la Directiva 92/50/CEE en un asunto en que una empresa, adjudicataria de una línea de autobuses, contrata a la mayoría de los conductores que habían venido prestando servicios en la adjudicataria anterior, no habiéndose producido cesión de vehículos ni de ningún otro activo de la antigua concesionaria a la nueva. La sentencia, tras recordar la jurisprudencia del Tribunal, consistente en que en determinados sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica, que puede mantener su identidad cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que se hace cargo de una parte esencial del personal, dispone lo siguiente." Sin embargo, no puede considerarse que el transporte por autobús sea una actividad que descansa fundamentalmente en la mano de obra, puesto que exige un material e instalaciones importantes (véase, para la misma afirmación en lo que respecta a la perforación de galerías mineras, la sentencia Allen y otros, antes citada, apartado 30). Por consiguiente, la inexistencia de transmisión del antiguo al nuevo concesionario de los elementos materiales del activo utilizados para la explotación de las líneas de autobuses de que se trata constituye una circunstancia que ha tomarse en consideración". Continúa la Sentencia: " Sin embargo, en un sector como el transporte público regular por autobús, en el que los elementos materiales contribuyen de forma importante al ejercicio de la actividad, el hecho de que no se transmitan del antiguo al nuevo concesionario en una medida significativa dichos elementos, que son indispensables para el buen funcionamiento de la entidad, debe conducir a considerar que ésta no conserva su identidad. De ello



resulta que, en una situación como la del litigio principal, la Directiva 77/187, no se aplica cuando no existe transmisión de elementos materiales significativos entre el antiguo y el nuevo concesionario". Como explica el TS en la sentencia de fecha 23 de octubre de 2009, resumiendo el alcance de la doctrina comunitaria: "De la doctrina contenida en las sentencias anteriormente consignadas se desprende que en aquellos sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica, que puede mantener su identidad, cuando se produce una transmisión, y el nuevo empresario no sólo continúa con la actividad de que se trata, sino que también se hace cargo de una parte esencial del personal del anterior empresario. Por contra, si la actividad de que se trata no descansa fundamentalmente en la mano de obra, sino que exige material e instalaciones importantes, aunque se produzca la continuidad de la actividad por un nuevo empresario y éste asuma un número importante de trabajadores del anterior, no se considera que hay sucesión de empresa si no se transmiten los elementos materiales necesarios para el ejercicio de la actividad". En la misma línea, y resumiendo la línea jurisprudencial acorde con la Directiva 2001/23, la sentencia de fecha 5 de marzo de 2013, rec. 3984/11, ponente Antonio Martín Valverde, destaca los 11 puntos siguientes: 1) el objeto de la transmisión ha de ser "un conjunto organizado de personas y elementos que permita el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio"; 2) dicho objeto "no entraña necesariamente elementos significativos de activo material o inmaterial" reduciéndose "en determinados sectores económicos como los de limpieza y vigilancia" "a su mínima expresión", en tanto en cuanto "la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra"; 3) de lo anterior se desprende que "un conjunto organizado de trabajadores que se hallan específicamente destinados de forma duradera a una actividad común puede constituir una entidad económica [objeto de la transmisión determinante de la sucesión de empresa] cuando no existen otros factores de producción"; 4) por el contrario, no se considera que hay sucesión de empresa "si la actividad de que se trata no descansa fundamentalmente en la mano de obra, sino que exige material e instalaciones importantes, aunque se produzca la continuidad de la actividad por un nuevo empresario y éste asuma un número importante de trabajadores del anterior"; 5) el mantenimiento de la identidad del objeto de la transmisión supone que la explotación o actividad transmitida "continúe efectivamente" o que luego "se reanude". En cuanto a los hechos o actos de transmisión los puntos doctrinales a destacar para la decisión del caso son los siguientes: 6) La expresión del artículo 44.1 ET "transmisión de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva" es equivalente a la expresión del artículo 1 a) de la Directiva comunitaria vigente "traspaso de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o centros de actividad"; 7) el acto o hecho de "transmisión de un conjunto de medios organizados" no requiere necesariamente que haya transmisión de elementos patrimoniales del cedente al cesionario; 8) tampoco es imprescindible que exista en la transmisión de empresas o unidades productivas una vinculación contractual directa entre cedente y cesionario, vinculación o tracto directo que tiene un mero valor indiciario de la existencia de sucesión de empresa; 9) puede producirse, por tanto, la cesión o transmisión de empresas o unidades productivas a través o por mediación de un tercero propietario, arrendador, o dueño de la obra. Dos puntos doctrinales más de carácter general conviene reseñar de la jurisprudencia en la materia, que se desprenden en realidad de los anteriores, pero que no está de más resaltar para la solución del caso controvertido o de otros semejantes: 10) para determinar en un supuesto concreto si se reúnen los requisitos necesarios para la transmisión de una empresa o unidad productiva "han de tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho características de la operación de que se trate", entre ellos "el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate", "el que se hayan transmitido o no elementos materiales como edificios o bienes muebles", "el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión", "el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores", "el que se haya transmitido o no la clientela", "el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión" y "la duración de una eventual suspensión de dichas actividades"; 11) la obligación de subrogación en las relaciones de trabajo ("sucesión de empresa") generada en los supuestos normativos reseñados de la normativa comunitaria y del artículo 44 ET opera por imperativo de la ley (ope legis), sin requerir la existencia de un acuerdo expreso entre las partes del contrato de trabajo. En nuestro caso la actividad que realizaba GRUPO MGO, S.A. es asumida sin solución de continuidad por MGO BY WEDTFIELD S.A., que incorpora a un gran número de trabajadores, -617-, suficientes para seguir con la misma actividad. No consta acreditado que la empresa adquirente aporte medios materiales de ninguna clase para la continuación de la actividad. En el Auto se afirma, con valor de hecho probado, que la adquirente asume el pasivo y que inyecta 800.000 euros en efectivo a la empresa. Por tanto, la mercantil adquirente simplemente se queda con la plantilla e inyecta liquidez para continuar con la misma actividad empresarial. Por todo lo expuesto, la Sala aprecia que MGO BY WEDTFIELD, S.A., ha sucedido empresarialmente a la empresa condenada y ejecutada GRUPO MGO, S.A. CUARTO.-EFECTOS DE LA SUCESION. Resuelto que MGO BY WEDTFIELD S.A. ha sucedido a la empresa ejecutada en este procedimiento, GRUPO MGO, S.A., procede continuar contra ella la ejecución despachada por Auto de fecha 18 de agosto de 2015, como se solicita en el escrito de recurso. Los efectos de la sucesión empresarial vienen fijados "ex lege" por el artículo 44 ET, debiendo la empresa sucesora subrogarse en los derechos y obligaciones de la empresa cedente. El propio artículo 146 bis de la Ley Concursal, que regula la transmisión de la unidad productiva, contempla en su apartado tercero la aplicación del artículo 44 ET en



los supuestos de sucesión de empresas. Siendo así, no cabe sino concluir que las indemnizaciones y salarios que corresponden a las ejecutantes a cargo de GRUPO MGO, S.A. deben ser asumidos solidariamente por la empresa sucesora MGO BY WEDTFIELD, S.A. El hecho de que el despido de las demandantes se haya llevado a cabo por parte de GRUPO MGO, S.A. el día 26 de octubre de 2014, -la sentencia que los declaró improcedentes se dictó en fecha 10 de julio de 2015 -, no exime de obligación a la empresa MGO BY WEDTFIELD, S.A., que se convierte en sucesora por Auto de adjudicación de fecha 29 de julio de 2015 . Por tanto, el fenómeno sucesorio es posterior a la constitución del título, lo que legitima a las trabajadoras ejecutantes a dirigir la acción ejecutiva contra la empresa sucesora, - artículo 240.2 LRJS -. *De las consecuencias indemnizatorias de dichos despidos improcedentes, -concretadas y cuantificadas por Auto de extinción de fecha 24 de agosto de 2015-, que no han sido satisfechas por GRUPO MGO, S.A., responde la empresa sucesora, sin que el hecho de que se haya adjudicado la empresa en el seno de un concurso de acreedores le exima de dicha obligación*

. Así lo establece el artículo 149.4 de la Ley Concursal , Ley 22/2003, que dispone:4. 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 . 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. Se trata de un precepto que establece en nuestro ordenamiento la disposición en contrario prevista en el artículo 5 de la directiva 2001/23 sobre mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas. Por ello, en España también se aplica en los procedimientos concursales la transmisión de derechos y obligaciones prevista en el artículo 3 de la Directiva 2001/23 . Las únicas excepciones la constituyen los salarios e indemnizaciones de los trabajadores asumidos por el FOGASA, así como la renegociación de las condiciones colectivas de trabajo, tal y como permite acordar a los Estados miembros el propio artículo 5 de la Directiva 2001/23 . Hemos de tener en cuenta, además, que se ha de ser especialmente cauteloso con los derechos de los trabajadores que se ventilan en los procedimientos concursales. Así lo impone lo dispuesto en el artículo 5 apartado cuarto de la Directiva 2001/23 , que establece que: " los Estados miembros tomarán las medidas oportunas para evitar que se abuse de los procedimientos de insolvencia para privar a los trabajadores de los derechos resultantes que en virtud de la presente Directiva les asisten". *En consecuencia, las indemnizaciones por despido y salarios no satisfechos por la empresa GRUPO MGO, S.A. obligan a la empresa sucesora. Frente a lo que se arguye en el Auto recurrido, considera esta Sala que el Auto dictado por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Madrid no limita la responsabilidad de la empresa adquirente únicamente a los 617 trabajadores con contratos en vigor. La responsabilidad por sucesión empresarial se extiende en nuestro Estado "ex lege" también a las indemnizaciones y salarios no satisfechos por la empresa cedente-concursada, cuestión que se ha de dilucidar, como se dijo al inicio de esta resolución, por nuestra jurisdicción social "*

**2º** .- Dª Reyes prestó servicios por cuenta y bajo dependencia de la empresa GRUPO MGO S.A. a jornada completa, desde el 6 de febrero de 2006 hasta el 26 de octubre de 2014 que fue despedida como consecuencia de despido colectivo, como Técnico Intermedio de Seguridad en el Trabajo, en el Centro de Trabajo de Oviedo, calle Fernando Villamil, nº 10, Bj, inicialmente bajo la modalidad de contrato eventual por circunstancias de la producción transformándose con posterioridad en contrato indefinido ordinario y salario diario de 51,15 euros, incluida parte proporcional de pagas extraordinarias.

**3º** .- Dª Adelina prestó servicios por cuenta y bajo dependencia de la empresa GRUPO MGO S.A. a jornada completa, desde el 15 de septiembre de 2003 hasta el 26 de octubre de 2014 en que fue cesada como consecuencia de despido colectivo, como Consulto Comercial, en el centro de trabajo de Oviedo - 33011, calle Fernando Villamil, 10 Bj, bajo la modalidad de contrato indefinido ordinario y salario diario de 42,78 euros, incluida la parte proporcional de pagas extraordinarias.

**4º** .- Dª Jacinta prestó servicios por cuenta y bajo la dependencia de la empresa GRUPO MGO S.A. a jornada completa, desde el 5 de febrero de 2004 hasta el 26 de octubre que fue despedida como consecuencia de despido colectivo, como Auxiliar Administrativo, en el Centro de Trabajo de Oviedo-33011, Calle Fernando Villamil, 10 Bj, bajo la modalidad de contrato indefinido ordinario y salario diario de 42,78 euros incluida la parte proporcional de pagas extraordinarias.

**5º** .- Las tres trabajadoras percibían su salario y gratificaciones extraordinarias a mes vencido mediante transferencia bancaria.



6º .- El Convenio Colectivo aplicable a las relaciones laborales reseñadas es el Convenio Colectivo para Servicios de Prevención Ajenos.

7º .- Obra en las actuaciones Auto de fecha 29 de julio de 2015 dictado en el asunto Concurso Ordinario nº 554/2014 del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Madrid , cuyo contenido se da aquí por reproducido.

8º .- Se acordó en tal auto la adjudicación de la Unidad Productiva de la empresa GRUPO MGO S.A. a KLEBERT PROPERTIES S.L., y esta, con posterioridad, transmitió la unidad productiva a WESTFIELD SANIDAD S.L.U. pasando finalmente a denominarse MGO BY WESTFIELD S.L."

**TERCERO:** En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

"**ESTIMO la demanda** interpuesta por D<sup>a</sup> Reyes , D<sup>a</sup> Adelina y D<sup>a</sup> Jacinta frente a MGO BY WESTFIELD S.L. por los motivos expuestos en la fundamentación, y en consecuencia CONDE **NO** a MGO BY WESTFIELD S.L. a pagar a D<sup>a</sup> Reyes la cantidad de once mil cuatrocientos setenta y cinco euros con veintitrés céntimos - **11.475,23 euros-** , a D<sup>a</sup> Adelina la cantidad de mil cuatrocientos treinta y ocho euros con noventa y siete céntimos - **1.438,97 euros-** , y a D<sup>a</sup> Jacinta la cantidad de tres mil cuatrocientos sesenta y seis euros con sesenta y cinco céntimos - **3.466,65 euros-**.

Tales cantidades devengan respectivamente los intereses legales contemplados en el fundamento jurídico tercero, tercer párrafo, último inciso."

**CUARTO:** Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por MGO BY WESTFIELD SL formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

**QUINTO:** Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en fecha 10 de febrero de 2017.

**SEXTO:** Admitido a trámite el recurso se señaló el día 16 de marzo de 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 en instancia condena a la empresa MGO BY WESTFIELD S.L. a abonar a las actoras las cantidades que fija en el fallo, en concepto de salarios e indemnizaciones adeudadas por la empresa GRUPO MGO S.A., por ser la sucesora de esta. Disconforme con tal decisión, se formula por la empresa condenada recurso de suplicación en el que, como cuestión previa, alega cosa juzgada al amparo de lo establecido en el art. 222 de la LEC . Argumenta que esta Sala dictó sentencia el 19-7-16 (rec. 1527/16 ) , en el sentido de que no procedía ampliar la ejecución contra MGO BY WESTFIELD S.L., respecto de las cantidades a las que había sido condenada GRUPO MGO S.A., que son objeto del presente procedimiento, por lo que entiende que si la Sala "ya se ha pronunciado sobre la presente litis, excluyendo de responsabilidad a mi representada en el pago de las cantidades reclamadas en el presente procedimiento, en el presente caso ha de operar la excepción de cosa juzgada".

La cuestión planteada carece del menor sentido y fundamento, pues lo que se resolvió en la sentencia indicada fue únicamente que no cabía ampliar la ejecución despachada contra la empresa GRUPO MGO a la aquí recurrente,, ya que el título del que dimana la ejecución es posterior en el tiempo a la transmisión empresarial operada y se opone a dicha ampliación el art. 240-2 de la LRJS . Se señala expresamente, en relación con la denunciada infracción de las normas que regulan el mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas o centros de actividad, que se trata de un "aspecto en el que no podemos entrar al haberse confirmado la decisión del Magistrado de instancia de denegar la ampliación de la ejecución con base en el art. 240-2 de la Ley Procesal", por lo que no puede existir cosa juzgada sobre lo que no ha sido juzgada ni resuelto.

**SEGUNDO:** El recurso contiene dos motivos, formulados al amparo del art. 193 c) de la LRJS , en los que se denuncia la infracción de los art. 44 y 57 del ET , 146 bis de la Ley 22/03, Concursal, y art. 3 y 5 de la Directiva 2001/23/CE , así como la doctrina judicial emanada al respecto (cita sentencias de las Salas de lo Social de Cataluña, Galicia y Cantabria).

Argumentan, en síntesis, que los efectos y alcance de la sucesión operada por la adjudicación de la unidad productiva de GRUPO MGO han de ceñirse a los términos de la oferta realizada en el procedimiento concursal por la recurrente -continuación de la actividad, mantenimiento de 617 puestos de trabajo, asunción de pasivo laboral por mantenimiento de la antigüedad de los trabajadores, valorado en un total de 6'9 millones de euros, inyección de efectivo por importe de 800.000 euros y asunción de pasivo concursal por importe de 11'3 millones de euros-, pues así lo acordó el auto dictado por el Juzgado de lo Mercantil nº3 de Madrid y la eventual



extensión de sucesión es cuestión que compete enjuiciar y acordar a dicho Juzgado, no al Juzgado de lo Social; no existe sucesión de empresas, a los efectos previstos en el art. 44 ET, en relación con aquellos trabajadores -como los actores- cuyos contratos de trabajo no se encontraban incluidos en el listado de trabajadores a asumir por la recurrente, pues a lo que se comprometió, a través de su oferta, fue a asumir un total de 617 contratos de trabajo, no la totalidad de las deudas aparejadas a las relaciones laborales extinguidas en el ERE; lo anterior resulta acorde tanto con el propio auto de adjudicación como con la normativa legal de aplicación: art. 146 bis de la Ley Concursal y art. 3-1 de la Directiva 2001/23/CE, a tenor del cual las garantías que se derivan del régimen de sucesión de empresas se despliegan respecto de aquellos contratos de trabajo que se encuentran vigentes en el momento de acontecer la transmisión; ninguna obligación puede nacer para la recurrente de las cantidades que GRUPO MGO dejó de abonar a los actores, habida cuenta de que ninguna sucesión de empresa a efectos laborales se ha producido en relación con ellos, por lo que debió procederse a la estimación de la excepción de falta de legitimación pasiva alegada y absolver a la recurrente de los pedimentos deducidos en su contra.

La censura jurídica formulada debe ser rechazada por la siguientes razones:

a) La competencia de la jurisdicción social para determinar la existencia o no de sucesión empresarial en supuestos, como el aquí enjuiciado, de transmisión de la unidad productiva de la empresa concursada, ha sido declarada en STS de 29-10-14 (rec. 1573/13), donde se concluye: "En definitiva, sean cuales sean las circunstancias en las que se ha desarrollado la extinción colectiva de los contratos de los trabajadores en el marco de un concurso de acreedores de una empresa, así como la liquidación de los bienes de esta, la cuestión de si posteriormente se ha producido o no una sucesión empresarial (art. 44 ET) es competencia de la jurisdicción social".

b) Esta solución ha sido seguida igualmente, como recuerda la STS de 11-1-17 (re. 1689/15), por la Sala Especial de Conflictos de Competencia del art. 42 de la LOPJ en sus autos de 9 de diciembre de 2015 (conflicto 25/2015) y 9 de marzo de 2016 (conflicto 1/2016), dictados en supuestos como el que nos ocupa, resoluciones en las que se ha declarado que cuando se acciona contra sociedades diferentes de la concursada en liquidación, sin que se encuentren en situación de concurso, la competencia corresponde a la jurisdicción social. En estas resoluciones se afirma que la competencia atribuida al juez del concurso cede a favor de los órganos de la jurisdicción social cuando: "1. La acción ejercitada, de ser estimada, llevaría aparejada la condena de diversos sujetos que no son parte en el procedimiento concursal...".

c) La existencia de sucesión empresarial, en los términos que contempla el art. 44 ET, entre GRUPO MGO S.A. y la empresa recurrente ya ha sido declarada por esta Sala en sentencia de 10 de mayo de 2016 (rec. 849/16), pues "la actividad que realizaba GRUPO MGO S.A. es asumida sin solución de continuidad por MGO BY WESTFIELD S.L., que incorpora a un gran número de trabajadores -617-, suficientes para seguir con la misma actividad. No consta acreditado que la empresa adquirente aporte medios materiales de ninguna clase para la continuación de la actividad. En el Auto se afirma, con valor de hecho probado, que la adquirente asume el pasivo y que inyecta 800.000 euros en efectivo a la empresa. Por tanto, la mercantil adquirente simplemente se queda con la plantilla e inyecta liquidez para continuar con la misma actividad empresarial".

d) La condena que la sentencia de instancia pronuncia contra la recurrente no vulnera en modo alguno el art. 146 bis de la Ley Concursal, regulador de las especialidades de la transmisión de unidades productivas. En su apartado tercero contempla la aplicación de lo dispuesto en el art. 44 del ET en los supuestos de sucesión de empresa, y en el apartado cuarto, tras establecer que la transmisión no llevará aparejada obligación de pago de los créditos no satisfechos por el concursado antes de la transmisión exceptúa de esa exoneración los siguientes supuestos: "salvo que el adquirente lo hubiera asumido expresamente o existiese disposición legal en contrario y sin perjuicio de lo dispuesto en el 149- 4". Este precepto dispone que "Cuando, como consecuencia de la enajenación que se refiere la regla 1º 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 subroge en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por el Fondo de Garantía Salarial de conformidad con el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores. Igualmente, para asegurar la viabilidad futura de la actividad y el mantenimiento del empleo, el cesionario y los representantes de los trabajadores podrán suscribir acuerdos para la modificación de las condiciones colectivas de trabajo". En consecuencia, las únicas excepciones a los efectos previstos por el art. 44 del ET, para la sucesión de empresas, la constituye los salarios e indemnizaciones de los trabajadores asumidos por el FOGASA, así como la modificación de las condiciones colectivas de trabajo.

e) La condena no vulnera tampoco, en modo alguno, la Directiva 2001/23/CE, sobre aproximación de las Legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en



caso de traspaso de empresas, de centros de actividad o de partes de empresa o centros de actividad. En ella se establecen unos mínimos que son imperativos, pero no afecta a la facultad de los Estados miembros de aplicar o adoptar un régimen más favorable para los trabajadores (art. 8). El auto del TJUE de 28 de enero de 2015 (asunto C-688/13), al resolver la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil nº3 de Barcelona sobre, entre otros extremos, si la Directiva debe interpretarse en el sentido de que se opone a que una normativa nacional prevea o permita que el cesionario que adquiere una empresa en concurso o una unidad productiva de la misma asuma las cargas del cedente en relación con las relaciones laborales que se hubieran extinguido antes de la fecha de transmisión, declara que dicha Directiva no establece obligaciones en cuanto a las cargas del cedente resultantes de contratos o relaciones laborales que ya se hubieran extinguido antes de la fecha de la transmisión, pero no se opone a que la normativa de los Estados miembros permita la transferencia de tales cargas al cesionario.

f) La decisión de instancia, lejos de incurrir en infracción alguna, aplica con toda corrección el efecto dispuesto por el art. 44-3 del ET. La cuestión relativa a si la empresa cesionaria debe responder solidariamente de las obligaciones laborales pendientes con un trabajador de la empresa cedente cuyo contrato de trabajo se extingue antes de la sucesión y no ha sido por tanto cedido al nuevo empleador, ya fue resuelta en sentido afirmativo por las SSTs de 4 de octubre de 2003 (rec. 585/03) y 15 de julio de 2003 (rec. 3442/01, 1878/02 y 1973/02), dictadas en Sala General. Dicha doctrina es reiterada en la reciente STS de 30 de noviembre de 2016 (rec.825/15), señalando que en el art. 44 del ET se contemplan dos distintas situaciones, y a cada una de ellas se le otorgan unas determinadas consecuencias jurídicas en las obligaciones que impone a la empresa cedente y cesionaria. La primera, es que la sucesión no extingue por si misma la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los contratos de trabajo, de lo que se desprende, a sensu contrario, que no está obligado a subrogarse en aquellos contratos de trabajo que hubieren sido válidamente extinguidos con anterioridad al momento en el que deba operar la subrogación. La segunda de las consecuencias legales que el art. 44 ET impone a la empresa sucesora viene en su apartado tercero, "...el cedente y el cesionario, en las transmisiones que tengan lugar por actos intervivos, responderán solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas", norma con la que el legislador español, yendo más allá del comunitario, ha establecido como garantía añadida "una responsabilidad solidaria de los dos empresarios respecto de todas las deudas laborales del empresario cedente con respecto a sus trabajadores, tanto los cedidos como de los no cedidos".

Por todo ello, procede la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia de instancia.

**VISTOS** los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

## FALLAMOS

Que **desestimamos el recurso de suplicación** interpuesto por **MGO BY WESTFIELD S.L.** contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº1 de OVIEDO, dictada en los autos seguidos a instancia de Jacinta, Reyes Y Adelina contra MGO BY WESTFIELD S.L., sobre CANTIDAD, y en consecuencia confirmamos la resolución impugnada.

Dese a los depósitos y consignaciones efectuados para recurrir el destino legal, y con imposición a la recurrente de las costas del presente recurso, entre las que se incluyen los honorarios del letrado de la parte recurrida e impugnante en la cuantía de 600 euros.

### *Medios de impugnación*

Se advierte a las partes que contra esta sentencia cabe interponer **recurso de casación para la unificación de doctrina**, que habrá de prepararse mediante escrito suscrito por letrado, presentándolo en esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de los diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la misma, en los términos del Art. 221 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social y con los apercebimientos en él contenidos.

### *Depósito para recurrir*

En cumplimiento del Art. 229 de la LRJS, con el escrito del recurso debe justificarse el ingreso de **depósito para recurrir (600 €)**, estando exento el recurrente que: fuere trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de Seguridad Social; el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de los mismos, las entidades de derecho público reguladas por su normativa específica y los órganos constitucionales, así como los sindicatos y quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita.

**Dicho depósito debe efectuarse en la cuenta** de Depósitos y Consignaciones que esta Sala de lo Social del TSJA tiene abierta en el Banco Santander, oficina de la calle Uria 1 de Oviedo. El nº de cuenta se conforma como





sigue: 3366 0000 66, seguido del nº de rollo (poniendo ceros a su izquierda hasta completar 4 dígitos), y las dos últimas cifras del año del rollo. Se debe indicar en el campo concepto: "**37 Social Casación Ley 36-2011**".

Si el ingreso se realiza mediante **transferencia**, el código IBAN del Banco es: ES55 0049 3569 9200 0500 1274, siendo imprescindible indicar también la cuenta del recurso como quedó dicho.

De efectuarse diversos pagos o ingresos en la misma cuenta se deberá especificar un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase indicando en el campo de observaciones la fecha de la resolución recurrida utilizando el formato dd/mm/aaaa.

Pásense las actuaciones a la Sra. Letrada de la Administración de Justicia para cumplir los deberes de publicidad, notificación y registro de la Sentencia.

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ