



Roj: **STSJ M 13931/2017 - ECLI:ES:TSJM:2017:13931**

Id Cendoj: **28079340062017101090**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **18/12/2017**

Nº de Recurso: **901/2017**

Nº de Resolución: **1091/2017**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **MARIA JOSE HERNANDEZ VITORIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 13931/2017,**
STS 1538/2020

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 06 de lo Social

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

Teléfono: 914931967

Fax: 914931961

34002650

NIG : 28.079.00.4-2014/0058733

Procedimiento Recurso de Suplicación 901/2017

ORIGEN:

Juzgado de lo Social nº 13 de Madrid Despidos / Ceses en general 1314/2014

Materia : Despido

RECURRENTE/S: MGO BY WESTFIELD, S . L.

RECURRIDO/S: D. Celso , FONDO DE GARANTIA SALARIAL, GRUPO MGO, S.A., KLEBERT PROPERTIES, S.L Y LEXAUDIT CONCURSAL, SLP

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DE MADRID

En MADRID, a dieciocho de diciembre de dos mil diecisiete.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de MADRID, formada por los Ilmos. Sres. **DON ENRIQUE JUANES FRAGA, PRESIDENTE** , **DON BENEDICTO CEA AYALA, DOÑA M^a JOSÉ HERNÁNDEZ VITORIA**, Magistrados, han pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA Nº 1091

En el recurso de suplicación nº **901/2017** interpuesto por el Letrado D. CARLOS RAMIREZ OVELAR en nombre y representación de "**MGO BY WESTFIELD, S.L.**" contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº **13** de los de MADRID, de fecha **13 DE SEPTIEMBRE DE 2016** , ha sido Ponente la Ilma. Sra. **DOÑA M^a JOSÉ HERNÁNDEZ VITORIA**



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que según consta en los autos nº **1314/2014** del Juzgado de lo Social nº **13** de los de Madrid, se presentó demanda por D. Celso contra "GRUPO MGO, S.A.", FONDO DE GARANTIA SALARIAL, "LEXAUDIT CONCURSAL, SLP", "KLEBERT PROPERTIES, S.L." y "MGO BY WESTFIELD, S.L." en reclamación de **DESPIDO** y que en su día se celebró el acto de la vista, habiéndose dictado sentencia en **13 DE SEPTIEMBRE DE 2016** cuyo fallo es del tenor literal siguiente : **COPIAR FALLO**

" *Estimando la demanda interpuesta por D. Celso frente a las empresas GRUPO MGO SA, MGO BY WESTFIELD,SL, LEXAUDIT CONCURSAL SLP, KLEBERT PROPERTIES S.L. y frente al FONDO DE GARANTIA SALARIAL , debo:*

1º.- Declarar nulo el despido practicado por la empresa GRUPO MGO SA con efectos del 26/10/2014.

2º.- Condenar a las empresas GRUPO MGO SA y MGO BY WESTFIELD SL a estar y pasar por la anterior declaración.

3º.- Condenar a la empresa MGO BY WESTFIELD SL a la inmediata readmisión del actor con abono de los salarios dejados de percibir.

4º.- Declarar la responsabilidad solidaria de la empresa GRUPO MGO SA en el pago de todas las consecuencias económicas derivadas del presente pleito.

5º.- Condenar al administrador concursal LEXAUDIT CONCURSAL SLP a estar y pasar por las anteriores declaraciones.

6º.- Absolver a la empresa KLEBERT PROPERTIES SL de los pedimentos formulados en su contra.

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

SEGUNDO.- En dicha sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes:

PRIMERO.- El actor, D. Celso ha prestado servicios por cuenta de la empresa GRUPO MGO SA con una antigüedad del 26/10/2006, con la categoría profesional de Técnico Intermedio, Grupo II, Nivel 5, y con un salario anual de 17.043,68 euros con inclusión de prorrateo de pagas extraordinarias.

Según convenio colectivo del sector de los servicios de prevención ajenos, el salario anual es de 18.67123 euros con inclusión de prorrateo de pagas extraordinarias.

SEGUNDO.- Mediante carta de fecha 23/10/2014 la indicada empresa comunicó al actor la extinción de su contrato de trabajo al amparo del art. 51.1 ET en relación con el art. 52.c) ET y con efectos del 26/10/2014, carta que se acompaña con la demanda y cuyo tenor damos aquí por reproducido.

En la carta de despido la empresa estableció los criterios de afectación del personal de la estructura central; entre ellos y en síntesis la manifestación expresa del trabajador, la externalización de actividades, la absorción/reunificación de determinadas áreas, la menor polivalencia funcional, la mayor antigüedad, y otros colectivos especialmente protegidos, como trabajadores que gozan de reducción de guarda legal, también estableció los criterios de afectación en servicios periféricos en términos similares a los anteriores.

TERCERO.- En esa carta la empresa cifró la indemnización en 7.704,68 euros.

La empresa no puso a disposición del actor el importe de la indemnización alegando para ello "la situación económica de la Empresa y el estado de iliquidez en que se encuentra".

CUARTO.- La indicada empresa no entregó copia de la carta de despido a la representación legal de los trabajadores.

QUINTO.- El actor prestó servicios en el centro de trabajo de Alcalá de Henares.

El departamento en que prestaba servicios el actor estaba integrado por cuatro técnicos; el actor fue el único que fue despedido.

SEXTO.- MGO es un servicio de prevención ajeno, perteneciendo a un grupo de sociedades cuya matriz es GRUPO CORPORATIVO EMPRESARIAL DE SEGURIDAD Y SALUD S.L., estando compuesto por 8 sociedades, según la Memoria de las cuentas consolidadas del Grupo.

SÉPTIMO.- El 31/07/2014 la empresa mantuvo una reunión informativa con las secciones sindicales y la RLT acerca de la situación financiera y de negocio en la que se encontraba el Grupo MGO, así como acerca de la presentación de la solicitud de concurso voluntario ante los Juzgados de lo Mercantil.



El 17/09/2014 la empresa comunica a las secciones sindicales su intención de iniciar un proceso de despido colectivo, así como su derecho a designar la comisión representativa, con un plazo de 5 días, sin perjuicio en caso contrario del mayor plazo legalmente establecido.

El día siguiente las 4 secciones sindicales (U.G.T.; C.C.O.O.; C.S.I.F./C.T.I. y S.I.T.C.A. (Sindicato Independiente de Trabajadores de Canarias) manifiestan su intención de participar en el procedimiento como tal sección sindical.

El 22/09/2014 se celebra reunión oficiosa con las secciones sindicales en la que se acuerda que la comisión representativa por la parte social estaría formada por 9 miembros distribuidos proporcionalmente según la representatividad de cada sección en la empresa. Asimismo, se les aporta la documentación económica relatada en el apartado segundo del presente informe.

El 25/09/2014 se constituye la comisión negociadora formada por 9 miembros, (6 de C.C.O.O. (50% en los órganos de representación legal de los trabajadores) y uno por cada uno de los 3 sindicatos restantes S.I.T.C.A. (5,77%); C.S.I.F. (3.85%) y U.G.T. (1,92%).

En dicha fecha se abre por la empresa el periodo de consultas, aportándose a los trabajadores determinada documentación.

Se han celebrado reuniones del periodo de consultas los días 25 y 30 de septiembre y 6, 9, 14, y 21 de octubre de 2014.

En la reunión de cierre del periodo de consultas de 21/10/2014 la mercantil presentó la siguiente propuesta final:

Reducción del número de afectados de los 430 iniciales a 395.

Indemnización legalmente prevista, sin que pueda ponerse a disposición de los afectados simultáneamente a la entrega de la notificación del despido debido a los problemas de liquidez de la compañía, en virtud del art.53 1 b) in fine del E.T .

Reconocimiento expreso de la totalidad de las cantidades salariales, extrasalariales y suplidos adeudados a los trabajadores.

Cartas de recomendación individuales.

Esfuerzos a través de asociaciones patronales para favorecer la empleabilidad de los afectados.

Reincorporación preferente en el plazo de dos años.

Plan de recolocación externa.

Convenio especial con la Seguridad social.

Criterios de selección de los afectados:

1.-servicios centrales:

Manifestación expresa de los afectados de su no oposición a su inclusión.

Externalización total/parcial de actividades y/o departamentos.

Reunificación de las áreas en 5 Direcciones Principales corporativas.

Menor polivalencia funcional y menor capacidad técnica.

Mayor antigüedad.

Colectivos especialmente protegidos: personas con discapacidad física; psíquica o sensorial.

2.-servicios periféricos o estructura productiva:

Manifestación expresa de los afectados de su no oposición a su inclusión.

Adscripción a centros de trabajo antieconómicos y/o de limitada rentabilidad conforme a los términos contenidos en las páginas 33 a 35 de la Memoria explicativa.

Concreción de la jornada en horario de mañana para el personal sanitario.

Menor polivalencia funcional y menor capacidad técnica.

En ambas y en último lugar empleados en reducción de jornada por guarda legal o por atención de personas dependientes.



La totalidad del banco social rechaza la oferta empresarial, cerrándose el período de consultas sin acuerdo.

OCTAVO.- El 19/03/2014 el actor interpuso demanda por reconocimiento de derechos y cantidad contra GRUPO MGO SA; en ella solicitó el reconocimiento a percibir el salario según el convenio colectivo de aplicación.

NOVENO.- Esa demanda fue estimada por sentencia del Juzgado de lo Social nº 5 de fecha 10 de abril de 2015.

DÉCIMO.- El Juzgado de lo Mercantil nº3 de Madrid dictó el 20 de noviembre de 2014 auto declarando en concurso al deudor GRUPO MGO; nombró asimismo administrador único del concurso a LEXAUDIT CONCURSALES SLP.

UNDÉCIMO.- En la fecha de la declaración del concurso el citado Juzgado de lo Mercantil nº 3 apreció que la empresa se encontraba en estado de insolvencia.

DUODÉCIMO.- En las cuentas bancarias de la empresa que figuran en el documento 15 de su prueba no constaba saldo disponible a 26/10/2014, si bien existía una abierta en la entidad bancaria BBVA con un saldo a fecha 23/10/2014 de 6.19784 euros y otra en el Banco de Santander con un saldo a fecha 31/10/2014 de 18.65569 euros.

DÉCIMO TERCERO.- El montante total al que asciende las indemnizaciones derivadas del ERE extintivo correspondiente a los 395 trabajadores afectados asciende a 3.839.49922 euros.

DÉCIMO CUARTO.- El Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Madrid dictó el 29 de julio de 2015 auto en el que acordó la adjudicación de la unidad productiva de GRUPO MGO SA a favor de la entidad KLEBERT PROPERTIES SL en los términos resultantes de su oferta vinculante (en la que se estableció expresamente que la adquisición de la unidad productiva Grupo MGO sería efectuada por la entidad denominada "WESTFIELD SANIDAD SLU").

Este auto obra en autos y su tenor se tiene aquí por reproducido; en él se señaló, entre otros, el siguiente efecto: "en cuanto a sucesión de empresa a efectos laborales, se produce la misma en relación exclusivamente con los trabajadores subrogados", subrogación -añade este auto- que "sólo es posible respecto de aquellos trabajadores que continúan, no respecto de la deuda de trabajadores que no continúan en la empresa porque sus contratos ya se hubieran extinguido".

DÉCIMO QUINTO.- El 30 de septiembre de 2015 se otorgó escritura pública de compraventa de la unidad productiva "MGO PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES" DE LA SOCIEDAD "GRUPO MGO SA, EN CONCURSO" a favor de "WESTFIELD SANIDAD SLU". Esta última pasó luego denominarse "MGO BY WESTFIELD SL".

TERCERO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandada, siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a esta Sala de lo Social, se dispuso su pase al Ponente para su examen y posterior resolución por la Sala, habiéndose fijado para votación y fallo el día 13-12-2017.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- "GRUPO MGO, SA" (a partir de ahora "MGO ") era parte integrante de un grupo de empresas y tenía en plantilla al Sr. Celso . En septiembre de 2.014 la citada mercantil inició la negociación con la representación unitaria de los trabajadores de un procedimiento de despido colectivo, el cual cerró el período de consultas el 21 de octubre de 2.014 sin acuerdo. La empresa tomó la decisión de despedir al Sr. Celso , con efectos del 26 de octubre de 2.014, invocando el art. 52 c) ET . Mientras tanto la empresa había tramitado una declaración de concurso ante el juzgado de lo mercantil nº. 3 de Madrid, el cual dictó auto el 20 de noviembre de 2.014 declarando la situación concursal por encontrarse la sociedad en estado de insolvencia. Ese mismo órgano judicial dictó auto el 29 de julio de 2.015 adjudicando "MGO" a "Klebert Properties, SL " (en adelante "KP"), operación que se documentó el 30 de septiembre de 2.015 mediante escritura pública de compraventa por parte de "KP", la cual cambió posteriormente su denominación por "MGO by Westfield, SL" (en adelante "Westfield").

El Sr. Celso interpuso demanda de despido impugnando la extinción de su relación laboral acordada por "MGO" , dirigiendo esta acción contra esa empresa, FOGASA, "KP" y " Westfield" y la administra concursal de "Grupo MGO", pidiendo se les declarase responsables de la nulidad de ese despido o, subsidiariamente, se reconociese su carácter improcedente.

Por sentencia del Juzgado de lo Social nº. 13 de Madrid de 13 de septiembre de 2.016 se estimó la indicada pretensión principal, para lo cual declaró la nulidad del despido del actor, condenó a "Grupo MGO SA" y "MGO Westfield SL" a su readmisión, declaró la responsabilidad solidaria de "Grupo MGOP" en el pago de todas las consecuencias económicas derivadas de dicha decisión, condenó a los administradores concursales a pasar

por dichas declaraciones, absolvió a "KP" de los pedimentos formulados en su contra y absolvió a FOGASA sin perjuicio de sus responsabilidades legales.

"Westfield" es la única parte procesal que ha recurrido esa decisión.

SEGUNDO. - La cuestión sometida al enjuiciamiento de este Tribunal por la parte recurrente radica en exclusiva en decidir si "Westfield" ha de asumir la indicada responsabilidad solidaria que le ha atribuido el juzgador de instancia.

Según éste esa declaración de responsabilidad se basa en dos razones, expuestas en el fundamento de derecho octavo: declarada la nulidad del despido del actor, esa decisión implica que la relación laboral se ha mantenido viva después del 26 de octubre de 2.014 y sobre esta base "Westfield" debe asumir las correlativas consecuencias por entender (aunque no se cita expresamente) que entra en juego el art. 44 ET y porque así deviene de los términos recogidos en el auto del juzgado de lo mercantil nº. 3 de Madrid de 29 de julio de 2.015 .

La empresa recurrente se opone a este planteamiento, para lo cual viene a argumentar, en el primero de sus motivos de suplicación, que no es de aplicación en este caso el art. 44 ET , por las razones siguientes: el art. 51 ET acuerda que en caso de empresas en concurso no se aplica ese precepto, sino la Ley Concursal, lo que nos lleva al art. 146 bis de esta disposición, a tenor del cual en caso de transmisión de alguna unidad productiva de la empresa concursada en favor de otra empresa sólo se ceden a los adquirentes los derechos y obligaciones derivados de contratos afectos a dicha unidad cuya extinción contractual no se hubiese producido. De igual modo, sigue diciendo el recurso, el art. 3.1 de la Directiva 2.005/231 CE acuerda que en caso de cesión de una unidad empresarial el cesionario sólo adquiere los derechos y obligaciones derivados de las relaciones laborales existentes en la fecha del traspaso. De estas previsiones normativas la recurrente deduce que su deber de subrogación sólo puede alcanzar a las relaciones laborales respecto de las cuales adquirió ese expreso compromiso; esto es, los trabajadores que indicó en su oferta vinculante de adquisición de una parte de las unidades productivas de "MGO", conforme fue recogido en el citado auto de 29 de julio de 2.015 . Apoya esta conclusión citando diversas sentencias de distintos Tribunales Superiores de Justicia y concluye que la responsabilidad por el despido del Sr. Celso compete sólo a "MGO" , pues, de haber existido alguna consecuencia para la recurrente, sólo podría haberse declarado así por el juzgado de lo mercantil.

El escrito de impugnación de recurso del trabajador se opone, basándose en la calificación de su despido como nulo y en que, de estimarse la postura de la empresa recurrente, dicha declaración de nulidad quedaría sin efecto. Añade que, cuando se produce la transmisión de una unidad productiva, lo que se transfiere es el total de trabajadores que formaban parte de la misma.

TERCERO. - Abordemos estos planteamientos fijando como presupuesto de partida que no cabe duda de que la competencia para enjuiciar el despido de la actora corresponde al juzgado de lo social, entre otras razones porque no ha existido ninguna resolución del juzgado de lo mercantil que acordase la extinción colectiva de las relaciones laborales de los trabajadores de "MGO" .

El recurso afirma que corresponde al órgano judicial mercantil incluir a la demandante dentro del colectivo afectado por su auto de 29 de julio de 2.015 ; es decir, ataca por esta vía el segundo de los argumentos dados por el juzgador de instancia (alcance de dicho auto) para acordar la subrogación empresarial. Pues bien, esta cuestión la analizaremos más adelante. Por el momento vamos al primero de los citados argumentos expuestos en el fundamento de derecho octavo de la sentencia impugnada: si se aplica o no en este caso el art. 44 ET .

CUARTO. - En el momento en que fue acordado el despido del actor era de aplicación el art. 51 bis ET , según redacción de esta norma legal entonces vigente. El citado precepto acordaba:

"Procedimiento concursal.- 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".

Por su parte la Ley 22/03, de 9 de julio, Ley Concursal, regula en sus arts. 142 y siguientes la fase de liquidación de la empresa en concurso. Dentro de estos preceptos dispone el art. 146.bis:

"Especialidades de la transmisión de unidades productivas.

1. En caso de transmisión de unidades productivas, se cederán al adquirente los derechos y obligaciones derivados de contratos afectos a la continuidad de la actividad profesional o empresarial cuya resolución no hubiera sido solicitada. El adquirente se subrogará en la posición contractual de la concursada sin necesidad de consentimiento de la otra parte. La cesión de contratos administrativos se producirá de conformidad con lo dispuesto por el artículo 226 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.



2. También se cederán aquellas licencias o autorizaciones administrativas afectas a la continuidad de la actividad empresarial o profesional e incluidas como parte de la unidad productiva, siempre que el adquirente continuase la actividad en las mismas instalaciones.

3. Lo dispuesto en los dos apartados anteriores no será aplicable a aquellas licencias, autorizaciones o contratos en los que el adquirente haya manifestado expresamente su intención de no subrogarse. Ello sin perjuicio, a los efectos laborales, de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores en los supuestos de sucesión de empresa.

4. La transmisión no llevará aparejada obligación de pago de los créditos no satisfechos por el concursado antes de la transmisión, ya sean concursales o contra la masa, salvo que el adquirente la hubiera asumido expresamente o existiese disposición legal en contrario y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.4.

La exclusión descrita en el párrafo anterior no se aplicará cuando los adquirentes de las unidades productivas sean personas especialmente relacionadas con el concursado".

Del precepto transcrito se deduce que la transmisión de una unidad productiva de una empresa en concurso implica que el adquirente asume las obligaciones derivadas de contratos afectos a la continuidad de la actividad profesional de esa unidad, siempre que tales contratos no se hubieran extinguido previamente o el adquirente hubiera manifestado expresamente su intención de no subrogarse, si bien tal exclusión no impedirá la aplicación de lo dispuesto en el artículo 44 ET en los supuestos de sucesión de empresa.

QUINTO- Esta interpretación se refuerza a la luz de las previsiones del art 149 citado en el transcrito art. 146 bis de la ley 22/03, por cuanto aquél acuerda:

" Reglas legales de liquidación.

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 supletorias:

1.ª 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. No obstante, el juez podrá acordar la realización a través de enajenación directa o a través de persona o entidad especializada cuando la subasta quedare desierta o cuando, a la vista del informe de la administración concursal, considere que es la forma más idónea para salvaguardar los intereses del concurso. La transmisión mediante entidad especializada se realizará con cargo a las retribuciones de la administración concursal.

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 4 del artículo 148. Estas resoluciones revestirán la forma de auto y contra ellas no cabrá recurso alguno.

2.ª 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 artículo 64.

3.ª No obstante lo previsto en la regla 1.ª, entre ofertas cuyo precio no difiera en más del 15 por ciento de la inferior, podrá el juez acordar la adjudicación a esta cuando considere que garantiza en mayor medida 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.

2. (...)

3. En caso de enajenación del conjunto de la empresa o de determinadas unidades productivas de la misma mediante subasta se fijará un plazo para la presentación de ofertas de compra de la empresa, que deberán incluir una partida relativa a los gastos realizados por la empresa declarada en concurso para la conservación en funcionamiento de la actividad hasta la adjudicación definitiva, así como la siguiente información:

a) Identificación del oferente, información sobre su solvencia económica y sobre los medios humanos y técnicos a su disposición.

b) Designación precisa de los bienes, derechos, contratos y licencias o autorizaciones incluidos en la oferta.



c) *Precio ofrecido, modalidades de pago y garantías aportadas. En caso de que se transmitiesen bienes o derechos afectos a créditos con privilegio especial, deberá distinguirse en la oferta entre el precio que se ofrecería con subsistencia o sin subsistencia de las garantías.*

d) *Incidencia de la oferta sobre los trabajadores.*

Si la transmisión se realizase mediante enajenación directa, el adquirente deberá incluir en su oferta el contenido descrito en este apartado.

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 accesorias, 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.

(...)".

Los mandatos contenidos en estas reglas suponen que en el marco de un concurso una unidad productiva del empresario concursado puede transmitirse de forma independiente al resto del establecimiento considerado en su conjunto, en cuyo caso, si dicha unidad mantiene su identidad -entendida en términos coincidentes con los señalados en el art. 44 ET - se considerará que existe sucesión de empresa a efectos laborales. En ese caso el juez del concurso 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 FOGASA.

SEXTO.- La regulación transcrita no da apoyo a la tesis del recurso, ya que la ley deja bien claro que, concurriendo una serie de presupuestos referido a la transmisión de una unidad productiva autónoma (cuya concurrencia no se discute en este caso), se aplica el art. 44 ET, sin perjuicio de la exención de responsabilidad que el juez del concurso puede acordar respecto a las deudas de la empresa concursante que hayan sido asumidas por FOGASA.

Siendo éste el alcance de las indicadas limitaciones de obligaciones de la empresa sucesora, no cabe que en este caso la recurrente quede exenta del deber de subrogarse como nueva empleadora del Sr. Celso. Por dos razones: primera, porque la exención de referencia se refiere a temas patrimoniales, no a obligaciones de hacer (reincorporación laboral consecutiva a despido nulo); segunda, porque esas deudas patrimoniales de cuyo pago puede eximirse a la empresa adquirente sólo alcanza a los pagos previamente efectuados por FOGASA y en el caso presente no consta ningún pago realizado por ese Organismo.

SÉPTIMO. - La normativa comunitaria citada en recurso no deja sin efecto la indicada regulación del ordenamiento español. Baste reproducir la doctrina que contiene la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León/Burgos de fecha 16 de noviembre de 2016 (rec. 503/16), dictada en un supuesto del todo igual al presente, por cuanto también en él "Westfield" negó su deber de subrogación respecto a la relación laboral de un trabajador de "MGO" cuya extinción contractual había sido declarada nula. Esta petición fue resuelta en estos términos:

"De la Directiva 2001/23/CE (LCEur 2001, 1026) sobre mantenimiento de los derechos de los trabajadores en casos de traspasos de empresas, la cual parte del principio general de mantener las relaciones laborales, derechos y obligaciones de los trabajadores (art. 3 y 4) normas protectoras deben considerarse imperativas, en el sentido de que los Estados miembros no pueden establecer excepciones en perjuicio de los trabajadores a lo previsto en ellas (véase, en este sentido, la sentencia Comisión/Italia, C-561/07 (TJCE 2009, 168), EU:C:2009:363, apartado 46), sin perjuicio de las excepciones previstas por la propia Directiva

Dentro de estas excepciones se contempla la prevista en el art. 5, apartado 1 de la Directiva la cual dispone que los referidos artículos 3 y 4 no serán aplicables, en principio, a las transmisiones de empresa, cuando el cedente sea objeto de un procedimiento de quiebra o de un procedimiento de insolvencia análogo abierto con vistas a la liquidación de los bienes del cedente y éstos estén bajo la supervisión de una autoridad pública competente. No obstante, y como ha señalado el propio TJUE, según se desprende del propio art. 5 en su primera parte de la frase, los Estados miembros pueden optar por la aplicación de los artículos 3 y 4 a una transmisión de empresa en el marco de un procedimiento de insolvencia abierto respecto de un cedente y que se encuentre bajo la supervisión de una autoridad pública competente, y en el supuesto de así hacerse el Estado miembro puede, a su vez, y con arreglo al art. 5, apartado 2, letras a) y b) 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 (LCEur 1980, 432) 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.

La regla general es pues las garantías previstas en los arts. 3 y 4 de la Directiva 2001/23/CE (LCEur 2001, 1026) no son aplicables a las empresas en situación de quiebra o insolvencia que estén bajo la supervisión de una autoridad pública competente. La excepción a la regla es que exista una disposición en contrario por parte del Estado Miembro en la que se establezca expresamente la aplicación de la normativa de la sucesión, y de ser así el Estado a su vez puede admitir que el régimen sucesorio de los arts. 3 y 4 se apliquen en su totalidad o que se modalice limitando la responsabilidad del adquirente o pactando nuevas condiciones contractuales.

En este sentido ya se ha manifestado el TJUE pudiendo citar entre las resoluciones más recientes el Auto de 28 de enero de 2015 (TJCE 2015, 1) (...).

Nuestro Estado ha hecho uso de la facultad prevista en el art. 5.2 y ha optado porque operen las garantías de la sucesión pero modalizada en los términos contemplados en la Ley Concursal (RCL 2003, 1748), y que en el momento en que se produce la adquisición por parte de XXX (la anterior a la reforma por RD Ley 11/2014 (RCL 2014, 1214)) se recogía en el artículo 149.2 de la Ley Concursal (RCL 2003, 1748) - a) que el adquirente no se subroga 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 (RCL 1995, 997) y b) que cesionario y los representantes de los trabajadores podrán suscribir acuerdos para la modificación de las condiciones colectivas de trabajo - precepto aplicable para el caso en que no se ha aprobado un plan de liquidación, o cuando en el mismo nada se hubiera dispuesto al respecto (en el caso de existir plan de liquidación aprobado ha de acudirse al art. 148 LC). Dicha normativa ha sido tildada de compleja, situación que el legislador ha tratado de resolver mediante la incorporación por RD Ley 11/2014 (RCL 2014, 1214) del art. 146 bis de la Ley Concursal, y que por su ubicación parece aplicable a cualquier fase del concurso (...)

De la lectura de tales preceptos, puesto en relación con lo que hasta ahora hemos argumentado, se concluye a los efectos que ahora nos ocupa que no obstante el Juez del Concurso limite la responsabilidad del cesionario en los términos del art. 149.2 de la Ley Concursal (que no se subroga 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 (RCL 1995, 997)) de concurrir los requisitos previstos en el art. 44 del ET (RCL 1995, 997) el cesionario habrá de responder por la parte restante que es la ahora reclamada en la presente litis. Y que la jurisdicción competente para determinar si concurren esos requisitos es la laboral, sin que a tal efecto se vea vinculada por la decisión del Juez de lo Mercantil".

Seguidamente esa sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León/Burgos examina si concurren o no los presupuestos del art. 44 ET y concluye:

"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. 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. artículo 149.4 de la Ley Concursal, Ley 22/2003 (EDL 2003/29207)

(...)

Por tanto a tenor de lo expuesto debemos confirmar la resolución de instancia por cuanto existe sucesión de empresas cuando lo adquirido es una explotación viva que mantiene su actividad, se adquieren los contratos, licencias y autorizaciones afectos a la actividad empresarial con la subrogación de 617 puestos de trabajo, en definitiva, una unidad productiva autónoma que determina la responsabilidad solidaria de MGO by Westfield, siendo de aplicación lo establecido en la ley concursal según hemos reseñado en relación con el art. 3 y 5 de la directiva comunitaria por cuanto se aplica a los procedimientos concursales la transmisión de derechos y obligaciones, por lo que este primer punto del recurso se desestima".

Al igual que la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León/Burgos a la que acabamos de hacer referencia, otros Tribunales Superiores de Justicia han mantenido ese mismo criterio de deber de subrogación por parte de "Westfield", según vemos en las sentencias de Andalucía/Sevilla de 22/6/17 (rec. 2581716) y Castilla-La Mancha de 27/6/17 (rec. 404/17)

OCTAVO.- Queda pendiente de que nos pronunciemos específicamente sobre el argumento de recurso referido a que los términos del auto de 29 de julio de 2015 eximieron a la recurrente de subrogarse como nueva empleadora de la demandante.



Descartamos esa posibilidad, porque ese auto no contiene esa manifestación, ya que, tal como reflejó el decimocuarto hecho declarado probado, lo acordado en él fue la sucesión empresarial a efectos laborales respecto de los trabajadores subrogados, entendiendo por tales aquéllos cuyos contratos no se hubieran extinguido. Por tanto, no extinguida la relación laboral del Sr. Celso , precisamente por mor de la nulidad de su despido, el deber de subrogación existe.

NOVENO .- El segundo motivo de suplicación mantiene que la sentencia de instancia debió haber apreciado la excepción procesal de falta de legitimación pasiva de "MGO" , *"de conformidad con lo solicitado por el letrado que, en nombre de dicha entidad, intervino en el acto de la vista oral"* .

El motivo se desestima. El hecho de que "MGO" invocara la excepción de falta de legitimación pasiva y ésta no fuese acogida por el juzgador de instancia no atribuye legitimación a "Westfield" para reiterarla en fase de suplicación; esa posibilidad sólo alcanzaba a aquella empresa y no hizo uso de la misma.

Se trata de una cuestión procesal que nada tiene que ver con los preceptos que, según el recurso, han sido infringidos por el juzgador de instancia en este punto (arts. 44 y 57 ET , 146 bis Cc, y 3 y 5 de la Directiva 2001/25/CE).

En suma, reiteramos el criterio mantenido por este Tribunal Superior de Justicia de Madrid en sentencias de 16/5/17 (rec. 383717) , 5/6/17 (rec. 383/17) , 26/5/17 (rec. 258/17) , y 29/6/17 (rec. 346/17) . El recurso se desestima.

DÉCIMO .- Pierde la recurrente el depósito y el aseguramiento prestados para recurrir, a los que se dará el destino que corresponda cuando la presente sentencia sea firme.

Debe abonar los honorarios del letrado que impugnó el recurso de suplicación, los cuales, dada la escasa entidad de sus alegaciones se cuantifican en 300 euros.

UNDÉCIMO .- Contra la presente sentencia cabe recurso de casación en unificación de doctrina (art. 218 L.R.J.S).

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por " **MGO BY WESTFIELD SL**" contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº **13 de Madrid** , de fecha **13 DE SEPTIEMBRE DE 2016** , en virtud de demanda formulada por **D. Celso** contra dicho recurrente y GRUPO MGO, S.A., FONDO DE GARANTIA SALARIAL, LEXAUDIT CONCURSAL, SLP y KLEBERT PROPERTIES, S.L., en reclamación de **DESPIDO**. En consecuencia, confirmamos la sentencia de instancia, condenando a la demandada recurrente a abonar al Letrado impugnante en concepto de honorarios, la cantidad de 300 euros.

Acordamos la pérdida del depósito y el aseguramiento prestados para recurrir.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, haciéndoles saber que contra la misma sólo cabe RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA que se preparará por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los DIEZ DÍAS siguientes a la notificación de la sentencia de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 220 , 221 y 230 de la L.R.J.S , advirtiéndose, que por todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, deberá acreditarse ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso: el ingreso en metálico del **depósito de 600 euros** conforme al art. 229.1 b) de la LRJS y la **consignación del importe de la condena** cuando proceda, presentando resguardo acreditativo de haber efectuado ambos ingresos, separadamente, en la c/c nº 2870 0000 00 **901/2017** que esta Sección Sexta tiene abierta en el Banco Santander, oficina sita en la Calle Miguel Angel nº 17, 28010 Madrid, o bien por transferencia desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de Banco Santander. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes: 1. Emitir la transferencia a la cuenta bancaria (CCC) siguiente: (IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274). 2. 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. 3. En el campo beneficiario, se identificará al Juzgado o Tribunal que ordena el ingreso. 4. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al Procedimiento (2870 0000 00 901/2017), 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).

Expídase testimonio de la presente resolución para su incorporación al rollo de esta Sala.

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



PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día por el/la Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ