



Roj: **STSJ PV 1969/2018 - ECLI:ES:TSJPV:2018:1969**

Id Cendoj: **48020340012018101181**

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

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **26/06/2018**

Nº de Recurso: **913/2018**

Nº de Resolución: **1379/2018**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **MODESTO IRURETAGOYENA ITURRI**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO N°: Recurso de suplicación 913/2018

NIG PV 48.04.4-13/012347

NIG CGPJ 48020.44.4-2013/0012347

SENTENCIA N°: 1379/2018

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO

En la Villa de Bilbao, a 26 de junio de 2018.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los/as Iltmos/as. Sres/as. D. PABLO SESMA DE LUIS, Presidente en funciones, D. MODESTO IRURETAGOYENA ITURRI y D. JUAN CARLOS BENITO BUTRON OCHOA, Magistrados/as, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A

En el Recurso de Suplicación interpuesto por AVK VALVULAS S.A. contra el auto del Juzgado de lo Social num. Cuatro de los de Bilbao(Bizkaia) de fecha 9 de febrero de 2018 , dictada en proceso sobre OTR, y entablado por **AVK VALVULAS S.A.** frente a **Gabriel** .

Es Ponente el Iltmo. Sr. Magistrado D. MODESTO IRURETAGOYENA ITURRI, quien expresa el criterio de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El auto recurrido contiene la siguiente relación de hechos:

"PRIMERO.-Con fecha 17 de noviembre de 2017 se dictó auto en el que se estima la petición de ampliación de ejecución objeto del presente incidente, presentada por Gabriel , y se declara haber lugar a ampliar la ejecución frente a AVK VÁLVULAS, S.A.

SEGUNDO.- Por las respectivas representaciones procesales de FERTOR DUCTIL, S.A. y AVK VÁLVULAS, S.A. se presentaron escritos interponiendo recurso de reposición contra la citada resolución, de los que se dio traslado a las demás partes, con el resultado que consta en autos."

SEGUNDO .- El referido auto dispuso lo siguiente:

"SE DESESTIMAN los recursos de reposición interpuestos por FERTOR DUCTIL, S.A. y AVK VÁLVULAS, S.A. contra el auto de fecha 17 de noviembre de 2017, que se confirma en su integridad."



TERCERO .- Frente a dicha resolución se interpuso el Recurso de Suplicación, que fue impugnado por la parte contraria.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente al Auto de 9.2.2018 dictado por el Juzgado de lo Social nº 4 de Bilbao en la pieza de ejecución 76/2017 -correspondiente a los autos nº 1202/2013- que, desestimando los recursos de reposición interpuestos por Fertor Dúctil SA y AVK Válvulas SA, confirma en su integridad el Auto de 17.10.2017 en el que se estimó la ampliación de ejecución frente a AVK Válvulas SA interesada por D. Gabriel respecto de la sentencia de 24.11.2014 en la que se condenaba a Fertor Dúctil SA, en situación de concurso, a abonar al Sr. Gabriel la cantidad de 18.682,50 euros, por la representación letrada de AVK Válvulas SA se interpone recurso de suplicación dirigido a la revisión de los hechos declarados probados y al examen del derecho aplicado. El recurso es impugnado por D. Gabriel .

Antes de pasar a analizar los motivos del recurso, habiéndose solicitado en el escrito de impugnación al recurso se inadmita el recurso de suplicación interpuesto por infracción del art. 230 de la LRJS , debe rechazarse dicha petición porque, estableciéndose en su apartado 1 que " *Cuando la sentencia impugnada hubiere condenado al pago de cantidad, será indispensable que el recurrente que no gozare del derecho de asistencia jurídica gratuita acredite, al anunciar el recurso de suplicación o al preparar el recurso de casación, haber consignado en la oportuna entidad de crédito y en la cuenta de depósitos y consignaciones abierta a nombre del órgano jurisdiccional, la cantidad objeto de la condena, pudiendo sustituirse la consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito .*", en este caso, recurriéndose el Auto de ejecución dictado 9.2.2017 que confirma el de fecha 17.11.2017, en ninguno de ellos se condena al pago de una cantidad que la aquí recurrente estuviera obligada a consignar, estableciendo además el art. 245 de la LRJS que no es necesario efectuar consignaciones para recurrir en suplicación las resoluciones dictadas en ejecución excepto para recurrir el auto resolutorio del incidente de no readmisión.

Tampoco opera la preclusión pretendida por el ejecutante al amparo de los arts. 400 y 405 de la LEC , prevista para otros supuestos distintos, para limitar el acceso a la suplicación de AVK Válvulas SA por no haber acudido a la comparecencia incidental celebrada el 2.10.2017.

SEGUNDO.- El primer motivo del recurso, al amparo del art. 193 b) de la LRJS , postula la adición de un nuevo hecho probado en el Auto de 17.11.2017 que, con remisión a la documental obrante a los folios 84 a 113 de las actuaciones, disponga que la STSJPV de fecha 28.6.2016, rec. 1015/2016 , no es firme a día de hoy al haber sido recurrida en casación por AVK Válvulas SA.

Hemos de recordar que la prosperabilidad del recurso de suplicación por dicho cauce procesal exige: a) que la equivocación que se imputa al juzgador en los hechos probados, resulte del todo patente y sin necesidad de realizar conjeturas o razonamientos, más o menos fundados, de documentos o pericias obrantes en autos que así lo evidencien; b) que se señalen los párrafos a modificar, ofreciendo redacción alternativa que delimite el contenido de la pretensión revisoria; c) que los resultados postulados, aun deduciéndose de aquellos medios de prueba, no queden desvirtuados por otras pruebas practicadas en autos, pues en caso de contradicción entre ellas debe prevalecer el criterio del juzgador "a quo", a quien le está reservada la función de valoración de las pruebas aportadas por las partes; d) finalmente, que las modificaciones solicitadas sean relevantes y trascendentes para la resolución de las cuestiones planteadas. Sin la conjunta concurrencia de estos requisitos, no puede prosperar la revisión fáctica en el recurso de suplicación, de naturaleza extraordinaria, que a diferencia de la apelación civil, no faculta a la Sala para la revisión de todo lo actuado.

Pues bien, debe acogerse la adición solicitada por resultar así de la prueba invocada y tratarse de un extremo que no es negado por la contraparte, siendo además un hecho constatado.

TERCERO.- El segundo motivo del recurso, al amparo del art. 193 c) de la LRJS , denuncia la infracción de los arts. 78 , 400 , 410 , 416 y 421 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la jurisprudencia relativa a la litispendencia postulando que, como la sentencia de 28.6.2018 dictada por esta Sala en el recurso de suplicación 1015/2016 no es firme, al estar basada en ella el pronunciamiento que ahora se recurre, el mismo ha de ser revocado.

No se acoge dicha excepción puesto que, sin que entre el anterior procedimiento recurrido y al actual del que deriva la ejecución examinada exista identidad en el objeto reclamado conforme a lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del art. 222 de la LEC , no opera en este caso, según dispone el art. 421.1 del mismo texto legal , la pretendida litispendencia, llevándose además a efecto las resoluciones dictadas en ejecución no obstante su impugnación (art. 245.1 LRJS), lo que hace que no proceda el sobreseimiento de lo acordado ahora en



ejecución, y en tanto no sea dejado sin efecto, por el hecho de que se encuentre pendiente de resolución firme lo decidido en otro procedimiento con el que falta la identidad necesaria.

Habiéndose interesado por las partes recurrentes en reposición la suspensión del actual procedimiento en tanto no se resuelva el recurso de casación por el Tribunal Supremo en relación al anterior procedimiento, dicha pretensión ya fue desestimada por el Auto que ahora se recurre al no concurrir ninguno de los supuestos de suspensión tasados en el art. 244.1 de la LRJS, sin que ahora, alegándose la litispendencia, se demuestre otra cosa.

CUARTO.- El motivo tercero del recurso, por la misma vía del art. 193 c) de la LRJS, denuncia la infracción de los apartados 1 y 2 del art. 243 de la LRJS (entenderemos por tal el art. 241 invocado de forma errónea) en el que se recoge que el plazo para solicitar la ejecución de obligaciones de entregar sumas de dinero será de un año, señalando al efecto que, como el ejecutante al menos desde el día 11.3.2015 en que se dictó la sentencia del Juzgado de lo Social nº 6 de Bilbao (entenderemos se ha querido decir el 3.11.2015) ya era conocedor de las relaciones habidas entre AVK Válvulas SA y Fector Dúctil SA, y como la ampliación de la ejecución frente a la primera de ellas en el presente caso no se instó hasta el 21.7.2017, al haberse superado con creces el plazo de un año, debe declararse prescrita su petición.

Dicha excepción ya fue analizada y desestimada por el Auto de 17.11.2017 (entonces alegada por Fector Dúctil SA) al amparo de lo dispuesto en los arts. 60.1 de la Ley Concursal y 44.3 del Estatuto de los Trabajadores, que establece el plazo de tres años para responder de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas, por lo que, sin que conste se haya vencido dicho plazo y sin que ahora se haga ninguna alegación adicional que permita cambiar dicho criterio, debemos rechazar que la petición del ejecutante se encuentre prescrita.

QUINTO.- El cuarto y último de los motivos del recurso, nuevamente por el cauce procesal previsto en el art. 193 c) de la LRJS, denuncia la infracción de los arts. 148 y 149 de la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio, en su redacción dada por la Ley 38/2011, señalando que, a tenor de los mismos y de conformidad con el Auto del Juzgado de lo Mercantil de 24.9.2014 que así lo establecía, no puede recaer en AVK Válvulas SA ninguna responsabilidad ni ejecución por deudas contraídas con los trabajadores por la empresa concursada Fector Dúctil SA, invocando al efecto el voto particular de la sentencia de esta Sala de 28.6.2016 dictada en el recurso de suplicación 1015/2016. Pide se desestime íntegramente la ampliación de la ejecución solicitada por el trabajador demandante/ejecutante Sr. Gabriel.

Esta Sala en Pleno no jurisdiccional tiene acordado que, tanto en casos de aplicación de la actual Ley Concursal, como en los casos de aplicación de la redacción previa al Real Decreto Ley 11/2014 de la misma, el Orden de lo Social puede y debe fijar el efecto subrogatorio derivado del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, aunque en la adjudicación de bienes de la concursada el Juzgado de lo Mercantil excluya de la subrogación en los créditos laborales a quien resulte adjudicatario, criterio que se ha mantenido en sentencias de 28.6.2016 dictadas en los recursos 1015/2016 y 1019/2016.

Pues bien, referida la primera de ellas a una reclamación formulada por el aquí ejecutante frente a AVK Válvulas SA, Fector Dúctil SA (en concurso) y Mapfre Vida SA en relación a la cantidad derivada del rescate de una póliza que complementaba prestaciones de la Seguridad Social, en la que se declaró, confirmando la resolución dictada en la instancia y con condena solidaria, la sucesión entre la empresa concursada y la adjudicataria de algunos de sus bienes con contratación de unos de sus trabajadores (la aquí recurrente), en este caso, una vez desestimada la litispendencia alegada ante la ausencia de identidad en el objeto, debemos mantener, sobre los mismos razonamientos efectuados en aquella sentencia, el pronunciamiento estimatorio de la petición de ampliación de la ejecución frente a AVK Válvulas SA efectuado en el Auto ahora recurrido.

" El Auto de 24 de Septiembre de 2014 del Juzgado de lo Mercantil autorizó a la administración concursal de Fector Ductil S.A. la enajenación de la unidad productiva de esa empresa en liquidación a la mercantil AVK Válvulas S.A. en los términos que se recogían en el escrito de solicitud.

En dicho escrito, aun cuando no se hacía mención expresa al art. 146 bis 4 de la Ley Concursal, se indicaba que la entidad oferente no se subrogaría en ninguna de las obligaciones de pago de Fector Ductil S.A. y que no asumiría ninguna deuda de tal sociedad. (¿)

El art. 146 bis 4 de la Ley Concursal en la redacción vigente cuando el Juzgado de lo Mercantil dictó el Auto de 24 de Septiembre de 2014 establece lo antes reseñado, pero también prevé que sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 149.2 de la misma Ley. Esta norma señala que se considerará que a efectos laborales y de Seguridad Social existe sucesión de empresa cuando como consecuencia de la enajenación de bienes de la concursada, se mantenga su identidad entendida como conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad



económica esencial o accesoria. Ello es lo que ocurrió en el presente caso a la vista del conjunto de elementos materiales que adquirió AVK Válvulas S.A., reseñados en el apartado cuarto del relato de hechos probados. (¿)

Significa lo expuesto que, aún bajo la égida de la regulación precedente, de producirse en el seno del concurso la venta de una unidad productiva que mantuviese su identidad, entraban en juego las consecuencias fijadas en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores , con la única excepción contemplada en el precepto transcrito consistente en la posibilidad que asistía al juez para acordar la no subrogación del adquirente en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que fuese asumida por el Organismo de Garantía. (¿)

El Juez del concurso no está por tanto habilitado, ni antes ni ahora, para declarar que la venta de la unidad productiva no constituye una sucesión de empresa de concurrir los presupuestos legalmente establecidos ni, por ende, para excluir la aplicación de los efectos previstos en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores más allá de las facultades limitativas que le corresponden. (¿)

Cuando el Juez del concurso aprueba la adjudicación de los activos de la entidad concursada lo hace sobre la base de los datos que le facilitan los administradores concursales y las empresas interesadas en la compra, sin poder realizar una estimación de futuro, salvo que aquellos reconozcan expresamente que lo que se transmite es una entidad económica que mantiene su identidad, supuesto en el que podrá adoptar las medidas recogidas en el artículo 149.2 de la Ley Concursal , y no otras.

El hecho de que el Juez no entre a valorar expresamente ese fenómeno, y acuerde la adjudicación como si el mismo no hubiese tenido lugar, no excluye la posibilidad de que los órganos del orden social, a la vista de lo efectivamente sucedido con posterioridad, se pronuncien sobre si un tercero que no se encuentra en situación concursal ha sucedido a la concursada en su actividad empresarial en los términos previstos en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores y extraiga los efectos inherentes. "

SEXTO.- Desestimado el recurso de suplicación de quien no goza del beneficio de justicia gratuita y ha constituido para recurrir el depósito, procede imponer a la misma las costas (art. 235-1 LRJS), incluidos los honorarios del letrado impugnante en la cantidad de 300 euros, con pérdida del depósito efectuado, al que se dará el destino que corresponda cuando la sentencia sea firme (art.204-4 LRJS).

FALLAMOS

Que **desestimando** el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de AVK Válvulas SA frente al Auto del Juzgado de lo Social nº 4 de Bilbao, dictado el 9 de febrero de 2018 en la pieza de ejecución 76/2017, correspondiente a los autos nº 1202/2013, **confirmamos** el Auto recurrido.

Procede imponer a la recurrente las costas, incluidos los honorarios del letrado impugnante en la cantidad de 300 euros, con pérdida del depósito efectuado para recurrir, al que se dará el destino que corresponda cuando la sentencia sea firme.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal, informándoles de que no es firme, pudiendo interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina en los términos y con los requisitos que se detallan en las advertencias legales que se adjuntan.

Una vez firme lo acordado, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento.

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

E/

VOTO PARTICULAR Voto Particular que emite el ISM D. JUAN CARLOS BENITO BUTRON OCHOA a la sentencia que dicta esta Sala en el rec. 913/18, en uso de las facultades que

establece la legislación vigente (art. 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en relación al art. 205 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y concordantes) que trae causa de las siguientes fundamentaciones jurídicas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

UNICO.- El actual voto particular se realiza, como siempre, con profundo respeto a la argumentación mayoritaria, partiendo del específico desacuerdo que supone el estudio jurídico y judicial de la cuestión litigiosa que se circunscribe al alcance de la sucesión-subrogación laboral producida en el ámbito del procedimiento concursal por la transmisión de una unidad productiva empresarial en un marco normativo cambiante y circunscrito que debe delimitarse con la premisa normativa que impera en la posición mayoritaria de ser

aplicable la Ley Concursal anterior a la reforma (Ley 38/2011) incluso tras el Real Decreto Ley 11/2014 de 5 de septiembre (en vigor el 7) y luego la Ley 9/2015 de 25 de mayo, para con los artículos 146 bis y 149 (teniendo en cuenta la revisión fáctica admitida), con razones de intertemporalidad que permiten aplicar al supuesto de autos, y atendiendo a la Disposición Transitoria 1ª de aquel Real Decreto Ley 11/2014, que regula la aplicación normativa a los procedimientos concursales en tramitación a su entrada en vigor, observar que el inicio de la fase de liquidación supone la exigencia de aplicación del novedoso artículo 146 bis (a partir del Real Decreto Ley 11/2014). Recordar el antecedente judicial de nuestra sentencia TSJPV 28-6-16 y su voto particular, pues ahora se analiza la misma cuestión de la sucesión empresarial concursal pero en Ejecución Social con los efectos legales inherentes (responsabilidad solidaria). Por ello, en el supuesto de autos, no podremos aplicar dicha normativa sino la previa que constituyen, entre otros, los artículos que vamos a reproducir a los efectos ilustrativos consistentes en el 148 y 149, de la sección 3ª "de las operaciones de liquidación", capítulo 2º "de la fase de liquidación".

"Artículo 148. Plan de liquidación.

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

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

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

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

4.- En el caso de que las operaciones previstas en el plan de liquidación supongan la modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, incluidos los traslados colectivos, o la suspensión o extinción colectivas de las relaciones laborales, previamente a la aprobación del plan, deberá darse cumplimiento a lo dispuesto en el art. 64."

"Artículo 149. Reglas legales supletorias

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

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

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

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

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



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

2.- Cuando, como consecuencia de la enajenación a que se refiere la regla 1ª del apartado anterior, una entidad económica mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesoria, se considerará, a los efectos laborales, que existe sucesión de empresa. En tal caso, el juez podrá acordar que el adquirente no se subrogue en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por el Fondo de Garantía Salarial de conformidad con el art. 33 del Estatuto de los Trabajadores. Igualmente, para asegurar la viabilidad futura de la actividad y el mantenimiento del empleo, el cesionario y los representantes de los trabajadores podrán suscribir acuerdos para la modificación de las condiciones colectivas de trabajo.

Es por ello que dejaremos de lado y no estudiaremos esa nueva normativa en el ámbito de la liquidación-transmisión y posible sucesión laboral en lo concursal (RDL 11/14 y L9/15) que dedica una serie de principios en su Preámbulo o Exposición de Motivos; "*flexibilidad de la transmisión del negocio del concursado o de alguna de sus ramas de actividad... porque en la actualidad existen algunas trabas... que dificultan su venta*", pues menciona "*facilitar en la mayor medida posible la continuidad de la actividad empresarial, lo cual ha de redundar no solo en beneficio de la propia empresa sino también de sus empleados y acreedores y de la economía general*", donde la finalidad en la transmisión de la empresa o unidades productivas se hacen en términos que favorezcan al adquirente y al concurso, empresa en conjunto, y siempre en funcionamiento (Auto de la Sala Especial de conflictos de competencia del Tribunal Supremo de 5 de Diciembre de 2014 J.U.R. 2015/12207), con subrogación del adquirente en los contratos vigentes y sin posibilidad de que se deriven responsabilidades por deudas anteriores, pero introduciendo matizaciones en el 146 bis 3 y en el actual 149 1 LC, que parecen dar al traste en el posicionamiento y facilitación de las transmisiones de empresas concursadas con mecanismos de exención de responsabilidad, para final e inexplicablemente contradecirse con un dictado literal que observa la aparente aplicación de futuro de excepciones insalvables que exigirán fijar el perímetro o ámbito de aplicación de la sucesión, además de la exigencia sobre la competencia de exigencia jurisdiccional, de evidentes efectos y limitaciones de las consecuencias de la posible sucesión empresarial, al menos en el ámbito laboral. (Véase por todas la Sentencia de Audiencia Provincial de Álava de 18 de mayo de 2016 R 226/16 que cita la previa de 31 de marzo de 2016 R 113/16, y también la interesante sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco Sala de lo Contencioso Administrativo R 201/2015 de 15 de abril 2016, Sentencia nº 163/16 19-4-16 Recurso 588/16 y 26-1-17 Recurso 174/16 además de la actual STS Sala 3ª 29-1-2018 Recurso 3384/15)

Y es que como este voto particular minoritario parte del desencuentro exclusivo interpretativo dentro de la temática sobre la subrogación, sucesión empresarial, y la derivación de responsabilidad solidaria correspondiente, en el devenir de los efectos de subrogación, de la transmisión de la unidad productiva empresarial en el marco de ese procedimiento concursal, que todo hay que decirlo esta basada en el imperativo de la decisión mayoritaria dictada en pleno no jurisdiccional (rec. 1019/2016 sentencia de 28 de junio), como así se especifica. Por ello deberemos de partir de un interesado e introductorio prefacio normativo a la temática.

Hay que recordar que el primigenio art. 51.11 del Estatuto de los Trabajadores (derogado por la reforma de 2012 RD y Ley 3/2012) que ya aplicó la sentencia del TS del 16 de julio de 2003 Ar 2343 y la Sentencia de TS de 23 de noviembre de 2004 R. 6432/2006 , en los supuestos de ventas judiciales en matizaciones de aplicación del art. 44 del Estatuto de los Trabajadores , supuso el estudio de la comprensión de elementos necesarios y suficientes para la continuidad de la actividad empresarial, de otras simplemente concomitantes y aislados y su interpretación judicial, pueden quedar delimitados para calificar la posible transmisión de elementos objetivos.

Del mismo modo, y también como excepción a la posible sucesión legal de la doctrina jurisprudencial, en aplicación de la llamada economía social y "salvamento" de empresas determinaba la inexistencia de la sucesión empresarial en sentencia del TS 15-4-99 Ar. 4408 11-4-2001, Ar. 5113, 25 de junio de 2001 R 1247 25 de febrero de 2002 Ar 6235, que también aplica la ya citada sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de este Tribunal Superior de Justicia del País Vasco 15 de abril de 2016 R. 201/15 que cita su previa de 5 de febrero de 2015 R. 497/14.

Además, desde la Ley Concursal 22/2003 de 9 de julio, el añadido al Estatuto de los Trabajadores por su art. 57 bis supone la aplicación de las especialidades previstas en la Ley Concursal y desaparece aquella previsión legal que imponía cierta aplicabilidad de la normativa sobre subrogación laboral en el caso de venta judicial.



Esa Ley Concursal 22/2003, en el dictado y reforma de la Ley 38/2011, será la que apliquemos a los efectos intertemporales dispuestos, tanto la posición mayoritaria como este discrepante. .

Pero del mismo modo debemos traer a colación la Directiva 2001/23/CE, con la interpretación del Auto TJUE de 28 de enero de 2015, asunto c-688/13 (caso gimnasio deportivo San Andrés) que supone una interpretación y aplicación de la normativa comunitaria partiendo de que no se exige, en todo caso, el respeto de las garantías relativas a la subrogación en los contratos de trabajo, en los supuestos de transmisión de la empresa concursada, por cuanto en su art. 5, 1º dispone que salvo que los Estados en sus normativas prevean otra cosa, los art. 3 y 4 serán aplicables a los traspasos de empresa, cuando el cedente sea objeto de procedimiento de quiebra o de un procedimiento de insolvencia, y estos estén bajo la supervisión de una autoridad pública competente. Por ello si bien los arts. 3 y 4 de la Directiva recogen un régimen de protección, conservación y mantenimiento de los derechos y obligaciones laborales, tras la posible sucesión, no lo es menos que el art. 5,1º salvo previsión en contrario que pueda establecerla normativa de un Estado miembro, afirma que no será aplicable a las transmisiones de empresa en un procedimiento de insolvencia bajo la supervisión de la autoridad pública competente. Preceptos que el TJUE en esa cuestión prejudicial precitada interpreta y concluye afirmando que la Directiva prevé que esas posibles obligaciones de sucesión no se transfieran al adquirente siempre que aseguren otras protecciones mínimas equivalentes (garantías de la Directiva 80/987), en contextos de insolvencia, autorizando a cada estado miembro a regular elementos y circunstancias de la subrogación-sucesión y sus especialidades.

Y todo ello a pesar de que la doctrina del derecho comunitario y de la interpretación del TJUE recoge conceptos de sucesión en la actividad (caso Watson Rask 12-11-1992) ; no basta la mera sucesión en la actividad pues necesitaba la cesión de elementos significativos (caso Süzen 11-3-1997; conceptuando las entidades económicas (caso Sánchez Hidalgo-Hernández Vidal 10 de diciembre de 1998); en consolidación de la transmisión de plantillas (caso Temco 24 de enero de 2002, y caso Sodexho 20 de noviembre de 2003); incluso aplicando en el sector público (caso Celtec 26 de mayo de 2005) ; y finalmente en supuestos de transmisión de centros de actividad (caso 160/2014 Joao Filipe y otros 9-9- 2015). Pudiendo citar también el estudio de una venta de unidad productiva en la Sentencia de 16 de octubre de 2008, caso 313/2007 .

Es por ello que, atendiendo a la normativa que aplicamos al supuesto de autos (Ley 22/2003 reformada por la Ley 38/2011 y antes del RD Ley 11/2014), teniendo en cuenta los dictados comunitarios reseñados, hemos de advertir que si durante la fase de liquidación la administración concursal ha propuesto al Juez un determinado plan de realización, que incluso puede ser aprobado por el Juez Concursal ya en los términos exactos de su planteamiento, matizando la liquidación, (arts. 148 y 149 de la LC) y además se ha dado la correspondiente publicidad por el actual letrado de la administración de justicia, de dicho plan de liquidación para que tanto el deudor como los acreedores concursales puedan proponer e informar, y entre ellos los trabajadores para dicho fin, que el susceptible de impugnación según los arts. 184. 4 y 6 de la Ley Concursal , la resolución del Juez de concurso determinará el alcance de la subrogación por parte del adquirente de esos derechos y obligaciones de la empresa concursada, y tendrá los visos de una verdadera aplicación competencial que se inserta en su jurisdicción ampliada (art. 9 LC en relación al 148 y 149) por dicha jurisdicción mercantil, concursal, y en competencia, social, que no resulta incidental o accesorio. Lo que evidencia una realidad de estudio respecto de las responsabilidades de la empresa adquirente, que lo es en aprobación y resolución de un plan de liquidación, con fijación de un auto concursal, donde resulta evidente que la normativa posibilita al Juez mercantil para acordar, confortar, modificar o delimitar, la posible subrogación de la empresarial adquirente en la responsabilidades varias, y entre ellas las aquí discutidas.

De ahí que la transmisión de una unidad productiva la que entendemos como sucesión empresarial, se realiza en un plan de liquidación con un auto de adjudicación, que en la vertiente laboral ,cierto que ahora viene muy matizado en los artículos 146 bis y 149.4 tras el Real Decreto Ley 11/2014 y la Ley 9/2015 , pero que en el supuesto de autos constituye una transmisión o venta de unidad productiva que se hace bajo los dictados de una normativa precedente que entiendo debe posibilitar al juez de mercantil efectuar las matizaciones o "salvoconductos " que posibilitaran la realidad de una liquidación y transmisión sin inseguridades, merced a unos mecanismos de exención del todo aceptados en la doctrina mercantil afirmada en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 29 de noviembre de 2007 , sin perjuicio de otras exposiciones como el Auto de del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Alicante de 15 de marzo 2015 181/2013 .

Defiendo con la posición mayoritaria de la doctrina mercantil, que el Juez concursal es un juez laboral a todos los efectos (igual que a los del artículo 64 de la LC), y su competencia exclusiva y excluyente en el procedimiento concursal (art. 86 ter 1 LOPJ y art 8 de la Ley Concursal) , provoca que quien resuelve sobre la transmisión de unidades productivas, y se pronuncia sobre su alcance y consecuencias de sucesión o subrogación, debe también poderse pronunciar sobre el alcance de la eventual delimitación de los efectos en los supuestos sociales de sucesión, sin perjuicio de que del medio de impugnación extraordinario, que



constituye el recurso de suplicación, que es competencia de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco se infiera otra consecuencia.

Distinto es que la ausencia de impugnación de los autos del juzgado de lo mercantil provocaría que no pudiese modificarse ni revocarse lo allí resuelto impidiendo cualquier otro pronunciamiento de alteración, como bien reconoce la posición mayoritaria en su fundamento jurídico segundo.

No se discute que la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 2014 recurso 1573/13 aunque luego también las actuales STS 27-2-18 Recurso 112/16 y 26-4-18 Recurso 2004/16 aclara la competencia del orden jurisdiccional social para determinar si hay sucesión empresarial al amparo del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, incluso en situaciones de venta de unidades productivas en el procedimiento concursal pero, ello no es óbice para recordar que dicha resolución judicial, con una argumentación muy poco desarrollada, procede a la desestimación del recurso casación para unificación de doctrina por falta de contradicción, y tan solo indirectamente supone una confirmación de la sentencia autonómica que preponderaba la exigencia de sucesión, cuando la contradictoria aparentemente afirmaba que no se daba tal sucesión, pero discutiendo tan solo la competencia jurisdiccional y no la cuestión de fondo. Lo cual no impide reconocer que hay distintas posibilidades de declaración judicial para la determinación y declaración de la sucesión, no solo en el ámbito mercantil o social, sino incluso en el contencioso administrativo STS 3ª 29-1-18 Recurso 3384/15 y todo ello depende una vez dispuesto el perímetro de responsabilidad por el juez del concurso de que exista o no pronunciamiento e impugnación; en el orden jurisdiccional social si se trata de una demanda de los trabajadores; en el contencioso administrativo si se deriva de una responsabilidad por deudas de seguridad social por la Tesorería.

Sin perjuicio de las dificultosas argumentaciones respecto de la vinculación o los efectos de cosa juzgada entre distintos órdenes jurisdiccionales, no lo es menos que debemos recordar la doctrina Constitucional (Sentencias del Tribunal Constitucional 158/85 y 204/91) que nos recuerda que aunque en las diferentes jurisdicciones, con respectivas competencias, puede haber pronunciamientos distintos respecto de cuestiones litigiosas relativas o interrelacionadas por los mismos elementos facticos, en ningún caso puede admitirse que unos mismos hechos existan y dejen de existir para los órganos del Estado. Luego si hay una resolución judicial firme dictada en un orden jurisdiccional, los otros órganos judiciales que conocen el mismo asunto deberán de asumir la relación fáctica de la primera resolución, y solo podrá al justificar la distinta apreciación que hacen de los mismos en virtud de distintas medidas probatorias. Lo contrario podría ser denegador del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 de la Constitución), y de la seguridad jurídica (art. 9 de la Constitución) y todo ello sin perjuicio de la interpretación realizada respecto a la sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª de 19 de septiembre de 2013 recurso 2008/11, con el actual artículo de 222.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En conclusión, no siendo aplicable la normativa posterior en la redacción específica y contradictoria, a partir del Real Decreto ley 11/2014 (7 de septiembre, y en función de la apertura de la liquidación según su Disposición Transitoria), resulta evidente que en el caso de autos la oferta de adquisición con traslado judicial para y por la administración concursal y el resto de acreedores, en concreto a los representantes de los trabajadores, con posibilidad de alegación y valoración judicial en el Juzgado de lo mercantil, conlleva y a ello hemos de estar, a que las delimitaciones, perímetros, exenciones salvoconductos o matizaciones que realice la resolución del juez de lo concursal, haciendo primar la autorización procesal de venta de la unidad productiva de la concursada en las condiciones de la oferta y con dichas limitaciones, excluyen en el supuesto de autos los efectos de la sucesión para el adquirente, y comportan la no declaración de responsabilidad solidaria a los efectos de la subrogación propuesta, imperando lo dictado por el juez concursal, cuya interpretación en contrario conlleva cierta y frecuente inseguridad jurídica para las empresas adquirentes en el concurso que teniendo estipulado una determinadas condiciones, buscando limitar el alcance de sus responsabilidades, con el aval que encuentran en la resolución firme del juzgado de lo mercantil (sin apelaciones por los interesados) y en el ámbito de su estricta competencia (art. 8 de la Ley concursal), existiendo además supervisión y posible impugnación por los representantes de los trabajadores, provoca que, en conclusión, no oponiéndose un dictado de norma comunitaria (art. 5 de Directiva) y aplicando los artículos 148 y 149 de Ley Concursal en reforma de la Ley 38/2011, cabe declarar que las obligaciones del transmitente derivadas de contratos con relaciones laborales previas a la fecha de transmisión, o antes de la apertura del procedimiento de insolvencia no se suceden para con el nuevo adquirente, si se ha efectuado en la declaración judicial concursal pues tal exención, lo permite la normativa mencionada.

Por lo tanto, debo afirmar que no son aplicables al supuesto de autos las nuevas reglas aplicativas tras la entrada en vigor del Real Decreto Ley 11/14 y la Ley 9/2015 respecto del previo 149.2, posteriormente párrafo 4º, y el 146 bis, de la Ley Concursal, en relación al art. 44 del Estatuto de los Trabajadores. Además puedo afirmar que esta ha sido la decisión judicial resuelta por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en Pleno, de 19 de febrero de 2016 R 3271/15 que cita sus precedentes en los R 3271/14,



2838/10 ,1830/12 , incluso llegando a detallar la diferente en el recurso 4556/14 pero porque no constaba la existencia de un plan de liquidación, y se ha seguido tal posicionamiento en la posterior Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 29 de Febrero de 2016 recurso 6944/2015 (aunque también hay su contradictoria del mismo día en el R 5471/15) y 13-7-2016 Recurso1551/16 y la que cita.

Además, esa es la postura judicial que se ha mantenido por la doctrina mercantil y civilista (sentencias de la Audiencia Provincial de Álava recurso 226 y 113/16) y la citada de nuestra Sala de lo Contencioso Administrativo de 15 de Abril de 2016 recurso 201/15, 19-4-16 Recurso 588/16 y 21-1-2017 Recurso 174/16 que también explica la STS 3ª 29-1-18 Recurso 3384/15

Habiendo sido también esta postura la que ha mantenido esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en la sentencia de 19 de enero de 2016 R 2444/15 (que explica la excepción de la sentencia de 9 de julio de 2015 R 1198/15 respecto del art. 41 del Estatuto de los Trabajadores) así como en la sentencia de 16 de diciembre de 2014 R 2250/14 y las que allí se cita en el último fundamento jurídico.

Con todo, se reconoce la nueva posición doctrinal del TS en STS 27-2-18 Recurso 112/16 y 26-4-18 Recurso 2004/16 .

Por todo lo mencionado, se propone la estimación parcial de los recursos de suplicación de las empresariales recurrentes, en el sentido especificado de que, aun admitiendo la competencia de jurisdicción y la legitimación pasiva, procede aceptar la inexistencia de la sucesión laboral y sus consecuencias en el ámbito de la responsabilidad. Lo que provoca que se deba devolver los depósitos, se apliquen las consignaciones y que no haya condena en costas.

Por todo lo mencionado

FALLO

Estimo parcialmente los recursos presentados revocando la resolución de instancia en el sentido de que, aceptando la competencia jurisdiccional social y la legitimación pasiva de las empresariales, procede la estimación de los recursos de suplicación de las recurrentes revocando la resolución de instancia en el sentido de la absolución de las adquirentes, con devolución de depósitos, aplicación de consignaciones y sin costas.

Así, por este mi voto particular, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Leído y publicado fue el anterior voto particular del lltmo. Sr. **D. JUAN CARLOS BENITO BUTRON OCHOA** , que lo suscribe, junto con la sentencia, todo ello en el día de la fecha, en la Sala de Audiencia de este Tribunal. Doy fe.

ADVERTENCIAS LEGALES.-

Contra esta sentencia cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por **Letrado** dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los **10 días hábiles** siguientes al de su notificación.

Además, **si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá acompañar** , al *preparar* el recurso, el justificante de haber ingresado en esta Sala el importe de la condena; o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social, una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

Igualmente y en todo caso, salvo los supuestos exceptuados, el recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la secretaría de esta Sala de lo Social al tiempo de *preparar* el recurso, la consignación de un **depósito de 600 euros** .

Los **ingresos** a que se refieren los párrafos anteriores se deberán efectuar, o bien en entidad bancaria del Banco Santander, o bien mediante transferencia o por procedimientos telemáticos de la forma siguiente:

A) Si se efectúan en una oficina del Banco Santander, se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de dicho grupo número 4699-0000-66-0913-18.

B) Si se efectúan a través de transferencia o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta número ES55 0049 3569 9200 0500 1274, haciendo constar en el campo reservado al beneficiario el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, y en el campo reservado al concepto el número de cuenta 4699- 0000-66-0913-18.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón a su condición de trabajador o beneficiario del



régimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ