



Roj: **STSJ CAT 13741/2012 - ECLI:ES:Tsjcat:2012:13741**

Id Cendoj: **08019340012012108620**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **28/12/2012**

Nº de Recurso: **1830/2012**

Nº de Resolución: **8641/2012**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **MARIA DEL MAR GAN BUSTO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

SALA SOCIAL

NIG : 08019 - 44 - 4 - 2011 - 8021942

CR

ILMO. SR. IGNACIO MARÍA PALOS PEÑARROYA

ILMA. SRA. M. MAR GAN BUSTO

ILMA. SRA. M. MACARENA MARTINEZ MIRANDA

En Barcelona a 28 de diciembre de 2012

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

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A núm. 8641/2012

En el recurso de suplicación interpuesto por INSTITUT NACIONAL DE LA SEURETAT SOCIAL (INSS) frente a la Sentencia del Juzgado Social 19 Barcelona de fecha 10 de enero de 2012 dictada en el procedimiento Demandas nº 445/2011 y siendo recurrido/a BOSSAR SL, BOSSAR PACKAGING, S.A., TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, Lucas (Administrador Concursal) y Modesto (Administrador Concursal). Ha actuado como Ponente la Ilma. Sra. M. MAR GAN BUSTO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 12 de mayo de 2011 tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Seguridad Social en general, en la que el actor alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha 10 de enero de 2012 que contenía el siguiente Fallo:

" **ESTIMO** la demanda instada por **BOSSAR PACKAGING, S.A. frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social, Tesorería General de la Seguridad Social, BOSSAR, S.L., en situación de concurso, los Administradores concursales D. Lucas y D. Modesto** y dejo sin efecto la resolución impugnada, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda declararse a la mercantil BOSSAR, S.L. en nuevo expediente administrativo. "

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



"Primero.- D. Sebastián , había suscrito con la empresa BOSSAR S.L. contrato de jubilación parcial, que contrató simultáneamente con contrato de relevo al trabajador D. Victorio . Accedió a la jubilación total el - El trabajador Sr. Victorio cesó en la empresa el 12-06-2010 sin que fuera contratado nuevo relevista para cubrir su puesto.

Segundo.- Por resolución del INSS de 14-12-2010 se resolvió declarar la responsabilidad de BOSSAR PACKAGING por un importe de 5.919,06 euros correspondiente al importe de la pensión de jubilación parcial abonada a D. Sebastián en el período 12-06-2010 a 30-11-2010 (folio 138).

Tercero.- La demandante interpuso reclamación previa en fecha 4-02-2011 oponiéndose a la responsabilidad declarada. La reclamación fue desestimada por resolución de 23-03-2011.

Cuarto.- ROVEMA IBÉRICA, S.A., adquirió en fecha 31-07-2009 la unidad productiva autónoma que BOSSAR, S.L., a través de la administración concursal, puso en venta tras la tramitación del expediente de concurso seguido ante el Juzgado Mercantil 7 de Barcelona, autos 347/2009. Se subrogaron 51 contratos de trabajo en los que no se hallaba el contrato Don. Sebastián (folios 7 a 57).

Quinto.- Con efectos 1-08-2010 ROVEMA IBÉRICA, S.A. subrogó al trabajador D. Victorio como contrato indefinido ordinario y consta su baja en la empresa en fecha 11-06-2010 (folios 123 a 128- 176). El contrato Don. Sebastián se extinguió por BOSSAR, S.L. en virtud de Auto de Concurso Voluntario, con efectos 31-07-2009, percibiendo prestación por desempleo parcial en el período 27-08-2009 a 26-08-2011 (folio 129 a 134).

Sexto.- BOSSAR PACKAGING, S.A. es la actual denominación de la mercantil ROVEMA IBÉRICA, S.A. tras el cambio de denominación realizado en escritura pública del 24-12-2009 (folios 58 a 103). "

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia de instancia en la que estima la demanda instada por BOSSAR PACKAGING, S.A. contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, Tesorería General de la Seguridad Social, BOSSAR, S.L., en situación de concurso, los Administradores concursales D. Lucas y D. Modesto y deja sin efecto la resolución impugnada, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda declararse a la mercantil BOSSAR, S.L. en nuevo expediente administrativo, se alza en suplicación la parte demandada (INSS, articulando el recurso por la doble vía de los apartados b y c del art 193 de la Ley de reguladora de la jurisdicción social, que impugna la parte actora (Bossar Packaging S.A.

Al amparo del art. 193. b de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social , solicita la revisión del hecho probado primero de conformidad con la documental que consta en los folios 134,127, proponiendo la siguiente redacción: Don Sebastián suscribió con Bossar, S.L. contrato de jubilación parcial con efectos de 7.1.2008, contratándose a D. Victorio como relevista.

El Sr. Sebastián cesó en la referida empresa el 31.7.2009, pasando a percibir la prestación de desempleo. El Sr. Victorio cesó el mismo día, pasando a formar parte de Bossar Packaging, S.A, el día 1.8.2009.

Estimamos la revisión del hecho probado primero en la forma propuesta la deducirse de la documental citada.

SEGUNDO.- Al amparo del art. 193 c de la Ley 36/2011, de 10 de octubre reguladora de la jurisdicción social como motivo de censura jurídica alega la infracción del art.44 del E.T , art. 127.2 de la Ley General de la Seguridad Social , art 149 .2 y art 148.1 de la Ley Concursal y la disposición adicional 2 del RD 1131/2002 .

La justificación del mismo lo basa en que ha existido sucesión de empresas, pues la empresa Packaging S.A, ha continuado la actividad que realizaba la empresa Bossar S.L.

Partiendo del inalterado relato fáctico de la sentencia de instancia que se da por reproducido a todos los efectos en este fundamento, a excepción del hecho probado primero que ha sido revisado en la forma expuesta en el fundamento jurídico primero de esta sentencia.

TERCERO.- El Artículo 127.2 de la Ley General de la Seguridad Social prevee lo siguiente: Supuestos especiales de responsabilidad en orden a las prestaciones. En los casos de sucesión en la titularidad de la explotación, industria o negocio, el adquirente responderá solidariamente con el anterior o con sus herederos del pago de las prestaciones causadas antes de dicha sucesión. La misma responsabilidad se establece entre el empresario cedente y cesionario en los casos de cesión temporal de mano de obra, aunque sea a título amistoso o no lucrativo. Reglamentariamente se regulará la expedición de certificados por la Administración de la Seguridad Social que impliquen garantía de no responsabilidad para los adquirentes.



CUARTO.- En el presente caso que analizamos queda acreditado que la empresa ROVEMA IBÉRICA, S.A, adquiere el 31-07-2009 la unidad productiva autónoma que BOSSAR, S.L, pues la administración concursal, pone en venta tras la tramitación del expediente de concurso que se sigue ante el Juzgado Mercantil 7 de Barcelona, autos 347/2009 y que se subrogaran 51 contratos de trabajo en los que no se hallaba el contrato Don. Sebastián es decir el jubilado parcial.

Y por otra parte Sebastián suscribió con Bossar, S.L. contrato de jubilación parcial con efectos de 7.1.2008, contratándose a D. Victorio como relevista.

Y el trabajador Sebastián cesa en la empresa Bossar S.L, el 31.7.2009, como consecuencia del Auto de Concurso Voluntario, con efectos 31-07-2009, percibiendo prestación por desempleo parcial en el período 27-08-2009 a 26-08-2011.

El Sr. Victorio cesa el 31.7.2009 en la empresa Bossar S.L, pasando a formar parte de Bossar Packaging, S.A, el 1.8.2009.

QUINTO.- Pero hay que precisar que de la documental aportada queda acreditado que el Sr. Victorio es subrogado en la consideración de contrato indefinido ordinario y consta su baja en la empresa en fecha 11-06-2010, y ello se deduce del alta en la seguridad social como consta en el folio 243, donde se expresa unicamente en cuanto a tipo de contrato 100 IND.T. COMP.ORDINARIO y en relación ello también con el folio 174, pues no se hace mención alguna a la condición de relevista ennexo causal con el contrato de trabajo que había suscrito con la empresa Bossar S.L, el 2 de enero de 2008 que obra en el folio 175 al reverso.

SEXTO.- Y en relación con el artículo 44 del ET, establece que: La sucesión de empresa:

1. El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente.

2. A los efectos de lo previsto en el presente artículo, se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria.

3. Sin perjuicio de lo establecido en la legislación de Seguridad Social, 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.

El cedente y el cesionario también responderán solidariamente de las obligaciones nacidas con posterioridad a la transmisión, cuando la cesión fuese declarada delito.

SÉPTIMO.- No se infringe los arts citados anteriormente, ya que el art 44 del E.T, en este caso que analizamos hay que tener en cuenta que el contrato del jubilado parcial se extingue por un auto de concurso voluntario con efectos 31.7.2009 como consta en el hecho probado quinto, es decir no fue objeto de transmisión como consecuencia de la autorización de la venta que realiza el juez mercantil.

Ya que la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal en el artículo 148 establece lo siguiente: Plan de liquidación

1. En el informe al que se refiere el artículo 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 artículo 64.

OCTAVO.- Teniendo en cuenta que el artículo 149 de la Ley concursal dispone: Reglas legales supletorias

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

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

Las resoluciones que el juez adopte en estos casos deberán ser dictadas previa audiencia, por plazo de quince días, de los representantes de los trabajadores y cumpliendo, en su caso, lo previsto en el apartado 3 del artículo 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 artículo 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 artículo 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 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.

3. El auto de aprobación del remate o de la transmisión de los bienes o derechos realizados ya sea de forma separada, por lotes o formando parte de una empresa o unidad productiva, acordará la cancelación de todas las cargas anteriores al concurso constituidas a favor de créditos concursales que no gocen de privilegio especial conforme al artículo 90.

NOVENO.- Luego hay que precisar que entre lo que dispone el art 44 del ET en los términos anteriormente citados, y la Ley concursal en relación con la posibilidad que tiene el juez mercantil que le otorga de conformidad con los arts referidos anteriormente y que alega la parte recurrente, y así consta en el hecho probado cuarto y en el folio 161 al reverso donde el juez mercantil autoriza al concursado para que en fecha de 31 de julio de 2009, proceda a la venta de la unidad productiva a la que se refiere el escrito presentado por la Administración concursal de 3 de julio de 2009 y en los términos y condiciones que se refiere la Administración concursal en el escrito de 13 de julio de 2009 en los términos que se concretan en la parte dispositiva del mismo.

Por lo que queda acreditado en este caso que estamos analizando que se produce una adquisición de los activos como se deduce del folio 155 al reverso y de la subrogación de 51 trabajadores con efectos 1 de agosto de 2009 que se relacionan, como consta de forma expresa en la escritura de compraventa de unidad productiva,



folio 144 a 155, pero hay que señalar por otra parte que en el apartado tercero de la misma, página 16, se hace mención a que la vendedora extinga los contratos de trabajo de los empleados de la unidad productiva de Bossar S.L que no pertenezcan a los trabajadores cuyo contrato no ha sido subrogado por la mercantil Rovema Ibérica S.A, respetando la antigüedad, categoría y salario y alcanzando el nº 51, sin que ello tenga la naturaleza de condición suspensiva de la efectividad de la compraventa.

DÉCIMO.- En consecuencia no tiene la responsabilidad que pretende la parte recurrente de la parte actora en este procedimiento (Bossar Packaging S.A), que es la actual denominación de la empresa Rovema Iberica S.A, como se deduce del hecho probado sexto, que se realiza en escritura pública, pues el art 44 del E.T , no puede aplicarse como pretende la parte recurrente con todos los efectos que se preveen en el mismo, pues el Juez mercantil autoriza la venta de la empresa y la surogación solo de parte de trabajadores, de conformidad con las facultades que la Ley Concursal establece en los arts anteriormente citados y que legitiman el juez mercantil a autorizar la venta de la empresa tras el cumplimiento de los requisitos que preveen los arts 149.2 y art. 148 de la Ley Concursal anteriormente citados, y son estos arts lo que hay que tener en cuenta para determinar la responsabilidad de la empresa adquirente.

Por ello es la empresa Bossar S.I, que es la que suscribió con Sebastián el contrato de jubilación parcial es la responsable de la pensión de jubilación parcial abonada al mismo en el período 12.6.2010 a 30.11.2010 y no la empresa (Bossar Packaging S.A), que es la actual denominación de la empresa Rovema Iberica S.A, ya que en la relación de los 51 trabajadores, no se hizo mención de la cualidad de relevista que tenía el trabajador en la empresa Bossar S.L, y por ello suscribió un contrato indefinido reconociendo la antigüedad y demás derechos que tenía reconocidos en la empresa Bossar S.L.

DÉCIMO PRIMERO.- Pues no se ha dado cumplimiento a lo que dispone la Disposición adicional segunda del RD 1131/2000 . Mantenimiento de los contratos de relevo y de jubilación parcial.

1. Si durante la vigencia del contrato de relevo, antes de que el trabajador sustituido alcance la edad que le permite acceder a la jubilación ordinaria o anticipada, se produjera el cese del trabajador relevista, el empresario deberá sustituirlo por otro trabajador en situación de desempleo o que tuviese concertado con la empresa un contrato de duración determinada.

2. Si el trabajador jubilado parcialmente fuera despedido improcedentemente antes de cumplir la edad que le permite acceder a la jubilación ordinaria o anticipada y no se procediera a su readmisión, la empresa deberá ofrecer al trabajador relevista la ampliación de su jornada de trabajo y, de no ser aceptada por éste dicha ampliación, deberá contratar a otro trabajador en quien concurren las circunstancias a que se refiere el apartado anterior.

En el supuesto de que la jornada de trabajo del relevista fuera superior a la jornada dejada vacante, la ampliación a la que se refiere el párrafo anterior tendrá como límite la jornada a tiempo completo establecida en el convenio colectivo de aplicación o, en su defecto, de la jornada ordinaria máxima legal.

3. Las nuevas contrataciones deberán hacerse en la modalidad de contrato de relevo, tanto si se trata de sustituir al relevista como si se trata de sustituir al trabajador que había reducido parcialmente su jornada de trabajo.

En ambos casos, los nuevos contratos deberán concertarse en el plazo de los quince días naturales siguientes a aquel en que se haya producido el cese o, en su caso, la decisión de no readmisión tras la declaración de improcedencia del despido.

La jornada pactada en los nuevos contratos será como mínimo, igual a la que realizaba, en el momento de producirse la extinción, el trabajador cuyo contrato se ha extinguido.

4. En el supuesto de incumplimiento de las obligaciones establecidas en los apartados anteriores, el empresario deberá abonar a la Entidad gestora el importe devengado de la prestación de jubilación parcial desde el momento de la extinción del contrato hasta que el jubilado parcial acceda a la jubilación ordinaria o anticipada.

DÉCIMO SEGUNDO.- Ya que ha quedado probado que el jubilado parcial no ha sido objeto de subrogación y por ello no se puede establecer el nexo de causalidad entre el trabajador relevista que ha sido subrogado al estar incluido en la relación de los 51 trabajadores a los que hacía mención el auto del juez mercantil en los términos anteriormente citados pero no como consecuencia del contrato de relevo, sino con un contrato indefinido sin relación causal alguna al contrato de relevo que tenía con Bossar S.L.

DÉCIMO TERCERO.- De conformidad con las precedentes consideraciones desestimamos el recurso de suplicación y confirmamos la sentencia de instancia en todos sus pronunciamientos.



FALLAMOS

Desestimamos el recurso de suplicación que formula el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, contra la sentencia del juzgado social 19 de BARCELONA, autos 445/2011 de fecha 10 de enero de 2012, seguidos a instancia de BOSSAR PACKAGING S.A, contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, la TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, BOSSAR S.L, en situación de concurso, los administradores concursales, Lucas ,y Modesto , en reclamación por responsabilidad empresarial (jubilación parcial), debemos de confirmar y confirmamos la citada resolución en todos sus pronunciamientos.

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

La presente resolución no es firme y contra la misma puede interponerse Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, el cual deberá prepararse mediante escrito con la firma de Abogado y dirigido a ésta Sala en donde habrá de presentarse dentro de los diez días siguientes a la notificación, con los requisitos establecidos en el Art. 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

Asimismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 229 del Texto Procesal Laboral, todo el que sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o no goce del beneficio de justicia gratuita o no se encuentre excluido por el art. 229.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , consignará como depósito, al preparar el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, la cantidad de 600 euros en la cuenta de consignaciones que tiene abierta esta Sala, en El Banco Español de Crédito - BANESTO-, Oficina núm. 2015, sita en Ronda de Sant Pere, nº 47, N° 0937 0000 66, añadiendo a continuación los números indicativos del recurso en este Tribunal.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se realizará de conformidad con lo dispuesto en el art. 230 la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANESTO (oficina indicada en el párrafo anterior), N° 0937 0000 80, añadiendo a continuación los números indicativos del Recurso en este Tribunal, y debiendo acreditar el haberlo efectuado, al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

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

Publicación.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada en el día de su fecha por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado/a Ponente, de lo que doy fe.