



Roj: **STSJ M 11929/2014 - ECLI:ES:TSJM:2014:11929**

Id Cendoj: **28079340062014100745**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **06/10/2014**

Nº de Recurso: **419/2014**

Nº de Resolución: **779/2014**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **ENRIQUE JUANES FRAGA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJS, Madrid, núm. 40, 03-03-2014,
STSJ M 11929/2014**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

SALA DE LO SOCIAL SECCION: 6

MADRID

C/ GENERAL MARTINEZ CAMPOS, NUM. 27

Tfno. : 91.493.19.46

N.I.G.: 28000 4 0000621 /2001

40126

ROLLO Nº: RSU 419/14

TIPO DE PROCEDIMIENTO: RECURSO SUPPLICACION

MATERIA: DESPIDO

Jzdo. Origen: JDO. DE LO SOCIAL N. **40** de , MADRID

Autos de Origen: DEMANDA **867-13**

RECURRENTE/S: Delfina

RECURRIDO/S: GESTION DE SERVICIOS BELLALUZ SA, CONCURSALIA SLP administrador concursal, ARPADA SA, VALDELUZ SA, URTINSA SA , FONDO DE GARANTIA SALARIAL

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DE MADRID

En MADRID a seis de Octubre de dos mil catorce

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 LUIS LACAMBRA MORERA, DON BENEDICTO CEA AYALA,** , Magistrados, han pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA nº 779



En el recurso de suplicación nº **419/14** interpuesto por el Letrado Dº DAVID ACEVES LOPEZ en nombre y representación de **Delfina** , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº **40** de los de MADRID, de fecha **3-3-14** ha sido Ponente el **Ilmo. Sr. D. ENRIQUE JUANES FRAGA**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que según consta en los autos nº **867-13** del Juzgado de lo Social nº **40** de los de Madrid, se presentó demanda por Dª Delfina contra **GESTION DE SERVICIOS BELLALUZ SA, CONCURSALIA SLP administrador concursal, ARPADA SA, VALDELUZ SA, URTINSA SA, FONDO DE GARANTIA SALARIAL** en reclamación de **DESPIDO** y que en su día se celebró el acto de la vista, habiéndose dictado sentencia en **3-3-14** cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

"Desestimo la demanda interpuesta por Dª Delfina contra las empresas GESTION DE SERVICIOS BELLALUZ SA, CONCURSALIA SLP administrador concursal, ARPADA SA, VALDELUZ SA, URTINSA SA y declaro procedente la extinción del contrato de trabajo de la demandante".

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

PRIMERO.- La demandante Dª Delfina ha prestado servicios por cuenta y dependencia de la empresa GESTION DE SERVICIOS BELLALUZ SA desde el 1 de febrero de 1993, ostentando la categoría de directora, y percibiendo un salario bruto mensual de 3.344,71 euros incluida la parte proporcional de pagas extraordinarias (folio 1296).

La demandante prestaba servicios en la residencia Bellaluz sita en la avenida de Guadalupe nº 2 de Colmenar Viejo (Madrid).

SEGUNDO.- La administración CONCURSALIA SLP entregó a la demandante en fecha 29 de mayo de 2013 carta de extinción de contrato de trabajo por causas económicas y productivas poniendo a su disposición la cantidad de 47.656,98 euros en concepto de indemnización, carta que por su extensión se da íntegramente por reproducida (folios 7 a 9).

En el acto de entrega de la carta de extinción estaba presente Dña Violeta directora de recursos humanos de la empresa URTINSA SA a fin de verificar la extinción del contrato de la demandante con anterioridad a la firma de la escritura de compraventa de la unidad productiva interrogatorio de la testigo Dña. Aurelia).

TERCERO.- La empresa GESTION DE SERVICIOS BELLALUZ SA fue declarada en concurso voluntario de acreedores por auto de fecha 12 de abril de 2013 del Juzgado de lo Mercantil nº 10 de Madrid (procedimiento nº 220/2013) en el cual se designa administrador concursal CONCURSALIA SLP.

En dicho auto se acordó la apertura de la fase de liquidación y se decretó la disolución de la entidad deudora y el cese de los administradores, así como requerir a la administración concursal para que permitiera informe sobre el plan de liquidación presentado por la concursada (folios 96 a 98).

CUARTO.- Junto con la solicitud de concurso voluntario se presentó oferta vinculante de compra de la unidad productiva en funcionamiento realizada por la empresa VALDELUZ SA en la cual establecía como condición suspensiva esenciales de la oferta entre otras la siguiente: los contratos de trabajo existentes con los trabajadores individualizados referidos en el anexo 4º en el cual se ha incluido todos los trabajadores de Bellaluz, con excepción de Dña. Delfina y D. Argimiro , personas que ocupan, respectivamente los cargos de directora y director de contabilidad, de conformidad con lo expuesto el oferente no se subrogaría en los contratos de estos dos trabajadores en la medida en que ocupan puestos directivos ya existentes en la estructura organizativa del oferente de manera que esos puestos serían redundantes y no necesarios ni eficientes en la estructura de la unidad productiva que se pretende adquirir.

Se da por reproducida la oferta vinculante realizada por la empresa VALDELUZ SA (folios 101 -103)

QUINTO.- El administrador concursal en fecha 29 de abril de 2013 emitió informe favorable respecto del plan de liquidación presentado por la concursada que incluía la oferta vinculante realizada por VALDELUZ SA; se da por reproducido (folios 104 a 107).

SEXTO.- El Juzgado de lo Mercantil nº10 en fecha 28 de mayo de 2013 aprueba el plan de liquidación de la concursada GESTION DE SERVICIOS BELLALUZ SA acordando una serie de modificaciones plan de liquidación de conformidad con el informe emitido por el administrador concursal en relación con el contrato de arrendamiento, con los contratos de renting, se indica asimismo que la concursada no asumirá ningún tipo de crédito respecto al contrato de arrendamiento urbano, contratos de renting y responsabilidades retributivas de los empleados que superen a las que pueda abonar el fondo de garantía salarial y en todo lo demás se dice que "habrá de estarse a previsto en el plan de liquidación de la masa activa" (folio 100).



SEPTIMO.- En fecha 29 de mayo de 2013 se elevó a público el contrato de la compraventa de la unidad productiva en funcionamiento de GESTION DE SERVICIOS BELLALUZ SA EN LIQUIDACIÓN otorgada a favor de la empresa VALDELUZ SA, en el que se establece que los empleados no asumidos quedan excluidos del contrato salvo en la obligación del vendedor de extinguir de forma efectiva sus contratos de trabajo antes de la fecha del contrato y de asumir en todo caso el pago de la cuantía de las indemnizaciones o salarios pendientes de pago que no sea asumido por el fondo de garantía salarial (folios 446 y siguientes, y 458).

Cuando se otorga la escritura de contrato de compraventa ya se ha entregado a la demandante la carta de extinción del contrato de trabajo (interrogatorio de la testigo Doña. Violeta).

OCTAVO.- La empresa GESTION DE SERVICIOS BELLALUZ SA ha tenido los siguientes resultados económicos:

Año 2009: -323.659,69 euros (pérdidas)

Año 2010: 105.272,10 euros

Año 2011: -354.482,20 euros (pérdidas).

Año 2012: 320.104,88 euros (pérdidas).

(Folios 34, 41, 63,70, 83,544, hecho no controvertido).

NOVENO.- La empresa GESTION DE SERVICIOS BELLALUZ SA inició sus operaciones en recha 31-07-1980.

Tiene su domicilio social en la calle Nuestra Señora de Guadalupe nº 2 de Colmenar Viejo (Madrid). Su objeto social es la promoción, gestión y explotación de centros residenciales y asistenciales para tercera edad (folios 1188).

DECIMO.- La empresa VALDELUZ SA inició sus operaciones en fecha 02-03-1982. Tiene su domicilio social en avenida Polvoranca s/n en Alcorcón (Madrid).

Su objeto social es la construcción, promoción, explotación de centros geriátricos, clínicas sanitarias, comedores colectivos, gimnasio de rehabilitación, lavanderías y centros de hostelería, etc.

El órgano de administración es el consejo de administración integrado por las siguientes personas: D. Everardo , D. Isaac (Presidente), D. Nemesio (Vicepresidente) (Folios 701, 708).

Esta empresa explota cinco centros residenciales sitios en las localidades de Alcorcón, El Escorial, Torreldones, Colmenar Viejo, y Carabanche. (Folio 1299).

En cada uno de estos centros hay un director (interrogatorio de la testigo Dña. Violeta).

Esta empresa está participada por la empresa URTINSA SA en un 99% (folio 715).

UNDECIMO.- La empresa ARPADA SA inició sus operaciones en fecha 22-08-1963.

Tiene su domicilio fiscal en calle Ebanistas nº 4 polígono industrial Urtinsa en Alcorcón (Madrid) (folio 1005).

Su objeto social es la construcción, explotación de y venta de inmuebles (folio 925).

El órgano de administración está integrado por las siguientes personas: D. Isaac , D. Nemesio (Folios 988).

Esta empresa está participada por la empresa URTINSA SA en un 91% y por la Timoteo Mayordomo Mayordomo en un 6% (folio 988).

DUODECIMO.- La empresa URTINSA SA inició sus operaciones en fecha 07-07-1965. Tiene su domicilio fiscal en calle Ebanistas nº 4 polígono industrial Urtinsa en Alcorcón (Madrid) (folio 1186).

Su objeto social es la promoción inmobiliaria de terrenos, edificaciones, administración arrendamiento de inmuebles (folio 1159,1160,1186).

El órgano de administración está integrado por las siguientes personas: D. Isaac , D. Nemesio (Folios 1169).

Esta empresa está participada por la empresa ALCORCA SA en un 48,50%, y por D. Nemesio en un 24,25% (Folios 1169).

Esta empresa factura a la empresa ARPADA SA por gestiones laborales, contables, administrativas, financieras y por alquiler de inmuebles (folios 1204 a 1213).

Esta empresa factura a la empresa VALDELUZ SA por el alquiler de inmuebles (folios 1214 a 1225)

DECIMOTERCERO.- La demandante no ostenta ni ha ostentado en el último cargo de representación de los trabajadores.



DECIMOCUARTO.- Se ha intentado el preceptivo acto de conciliación ante el SMAC el 01-07-2013.

La demanda ha sido interpuesta el 12-07-2013.

TERCERO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandante, 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 **1-10-14**

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre la actora en suplicación contra la sentencia de instancia, que ha desestimado su demanda impugnando su despido por causas económicas decidido por la demandada GESTIÓN DE SERVICIOS BELLALUZ S.A. absolviendo a ésta y a las demás demandadas. La empresa citada junto con la administradora concursal CONCURSALIA S.L.P. y también la codemandada VALDELUZ S.A. han impugnado el recurso.

Se han articulado cuatro motivos de revisión de hechos probados con arreglo al art. 193.b) de la LRJS que pasamos a examinar. En el primero se solicita la adición de un nuevo hecho del siguiente tenor literal:

"La oferta vinculante de compra de unidad productiva en funcionamiento realizada por Valdeluz, S.A establecía el traspaso de los siguientes activos, contratos y pasivos de Gestión de Servicios Bellaluz, S.A: Bienes muebles y existencias descritos en el inventario.

Subrogación en los siguientes contratos:

Arrendamiento del local de Pº de la Magdalena 2

-Los contratos de renting relacionados en el Anexo 2.

-Los contratos con clientes que se relacionan en el Anexo 3.

-Los contratos de trabajo existentes con los trabajadores individualizados en el anexo 4, es decir todos los trabajadores de Bellaluz con excepción de Dña. María Luisa y D. Argimiro "

Ciertamente en los folios 101-102 se recoge la oferta vinculante suscrita por VALDELUZ S.A. efectuada en el procedimiento de concurso de GESTIÓN DE SERVICIOS BELLALUZ S.A., pero ya en el hecho probado 4º de la sentencia con referencia a esos mismos folios se refleja dicha oferta en similares términos a los que propugna la recurrente, y de la fundamentación jurídica se infiere que la juzgadora ha tenido en cuenta, analizado y valorado dicha propuesta, por lo que la adición interesada resulta superflua y por ello se rechaza.

SEGUNDO.- En el segundo motivo igualmente se postula la inclusión de un hecho probado con la redacción siguiente:

"Valdeluz, S.A continuó prestando los mismos servicios que hasta la transmisión prestaba Gestión de Servicios Bellaluz, S.A sin solución de continuidad".

De la misma forma resulta innecesaria la incorporación del texto transcrito, puesto que la sentencia ya alude en el fundamento jurídico cuarto a la continuidad de la actividad productiva por parte de la sociedad que formuló la oferta de adquisición VALDELUZ S.A., sin que este dato haya sido cuestionado en el proceso ni tenga relación con la desestimación de la demanda, por lo que se desestima el motivo.

TERCERO.- En el tercer motivo se impugna el hecho probado 4º ofreciendo en su lugar la siguiente formulación:

"Junto con la solicitud de concurso voluntario se presentó oferta vinculante de compra de la unidad productiva en funcionamiento realizada por la empresa VALDELUZ SA en la cual se establecía como condición suspensiva esenciales de la oferta entre otras las siguientes:

"Que se dicte Auto de conformidad con los artículos 191 ter y 149.2 de la Ley Concursal que reúna las siguientes características:

Los contratos de trabajo existentes con los trabajadores individualizados referidos en el anexo 4º siguiente, de manera que, conforme a lo establecido en el artículo 149.2 de la Ley Concursal , no se asumirán por el oferente cualesquiera deudas relativas a dichos contratos de trabajo que existieran con la Tesorería General de la Seguridad Social o el FOGASA. En el referido anexo se han incluido todos los trabajadores de Bellaluz, con excepción de Dña. María Luisa y D. Argimiro , personas que ocupan, respectivamente, los cargos de directora y director de contabilidad, de conformidad con lo expuesto el oferente no se subrogaría en los contratos de estos dos trabajadores en la medida en que ocupan puestos directivos ya existentes en la estructura organizativa del oferente de manera que estos puestos serían redundantes y no necesarios ni eficientes en la estructura de la unidad productiva que se pretende adquirir.



Se da por reproducida la oferta vinculante realizada por la empresa VALDELUZ SA (folios 101 a 103)".

Tanto el texto de la sentencia como el propuesto presentan algunas dificultades de comprensión por su redacción, pero no es dudoso que la juzgadora se ha remitido a la oferta que obra a los folios 101-103 (aunque con alteración en la continuidad del texto éste se halla completo) y por tanto la Sala puede tener en cuenta y valorar su contenido con independencia del resumen que figura en el hecho probado 4º, por lo que se desestima el motivo.

CUARTO.- Finalmente en el cuarto motivo se impugna el hecho probado 6º proponiendo la siguiente redacción:

"El juzgado de lo Mercantil nº 10 en fecha 28 de mayo de 2013 aprueba el plan de liquidación de la concursada GESTION DE SERVICIOS BELLALUZ SA acordando únicamente una serie de modificaciones plan de liquidación de conformidad con el informe emitido por el administrador concursal en relación con el contrato de arrendamiento, con los contratos de renting, se indica asimismo que la concursada no asumirá ningún tipo de crédito respecto al contrato de arrendamiento urbano, contratos de renting y responsabilidades retributivas de los empleados que superen a las que pueda abonar el fondo de garantía salarial y en todo lo demás se dice que "habrá de estarse a lo previsto en el plan de liquidación de la masa activa" (folio 100)".

La única variación respecto del texto de la sentencia reside en la adición del adverbio "únicamente" lo cual resulta del todo intrascendente, pues se incluya o no es indudable que el auto del Juzgado de lo Mercantil no estableció otras modificaciones que las reseñadas al plan de liquidación de la concursada. En consecuencia se desestima también este motivo.

QUINTO.- En el quinto y último motivo se alega la infracción del art. 24 de la Constitución y los arts. 52.c) y 53 del Estatuto de los Trabajadores en relación con el art. 44 del mismo texto legal y con los arts. 148 y 149 de la ley Concursal , así como la Directiva 2001/23 CE de 12-3-01 y jurisprudencia del TS en esta materia.

No discute la recurrente la existencia de causa económica en su despido dada la grave situación económica negativa de la empresa GESTIÓN DE SERVICIOS BELLALUZ S.A. sometida a procedimiento de concurso de acreedores y con unos resultados de pérdidas cuantiosas que se reflejan en el hecho probado 8º. Pero niega, en primer lugar, que se haya producido amortización de su puesto de trabajo aduciendo que no se ha probado su amortización en la nueva empresa VALDELUZ S.A., adquirente de la anterior en el proceso de concurso, al haber aprobado el Juez de lo Mercantil, con determinadas modificaciones, el plan de liquidación presentado por la deudora incluyendo la oferta vinculante de compra de la unidad productiva (la empresa concursada) formulada por la recién citada VALDELUZ S.A. El argumento mencionado no se comparte, pues si debiera operar la subrogación de la actora - tesis del recurso - es claro que su puesto sería innecesario y redundante, ya que era directora de centro (de atención a mayores, que es la actividad de ambas sociedades) y en la nueva empresa existen cinco centros todos los cuales tienen ya su director - hecho probado 10º - por lo que no se puede negar que estaría justificada la amortización del puesto de la actora. Y si no debe apreciarse subrogación - tesis de la sentencia y de las empresas - es indiscutible que el puesto de la actora desaparece, junto con el del otro trabajador excluido de la subrogación, ya que la empresa concursada transmite todos sus bienes y derechos a la nueva y cesa en su actividad. En ninguno de los dos casos se puede negar la adecuación de la medida extintiva a la situación acaecida.

SEXTO.- Aduce seguidamente la recurrente la "imposibilidad de que el Juzgado de lo Mercantil establezca la no subrogación de trabajadores en casos de sucesión de empresas en liquidación", teniendo en cuenta que el art. 149.2 de la ley Concursal establece que *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 (por RD-L 11/14 se añade: y de Seguridad Social) , que existe sucesión de empresa. En tal caso, el juez podrá acordar que el adquirente no se subroge en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por el Fondo de Garantía Salarial de conformidad con el 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 .* Mantiene la recurrente con base en ese precepto que el Juez de lo Mercantil no puede pronunciarse, ni lo ha hecho, sobre las consecuencias de la transmisión más allá de lo establecido en dicho precepto y que si lo hiciera - excluyendo a la actora de la subrogación - ello resultaría contrario al art. 44 del ET . Añade que también se infringiría el art. 24 de la Constitución lesionando el derecho de la trabajadora a la tutela judicial efectiva, ya que la decisión del Juez de lo Mercantil se adopta con la sola lectura del plan de liquidación sin practicarse prueba alguna y sin contradicción afectando al derecho constitucional al trabajo. Por último, con cita de la sentencia del TS de 15-4-03 recurso 3442/01 , se postula la responsabilidad solidaria de la nueva empresa respecto de las



deudas laborales que la cedente tuviera pendientes de abonar, lo que incluye la indemnización por despido improcedente.

SÉPTIMO.- Con arreglo a los hechos probados, la empresa para la que prestaba servicios la actora GESTIÓN DE SERVICIOS BELLALUZ S.A. presentó solicitud de concurso voluntario de acreedores y conjuntamente oferta vinculante de compra de la unidad productiva efectuada por VALDELUZ S.A. en la cual establecía dentro de su objeto una cláusula sobre subrogación en los contratos de trabajo según la cual el oferente se subrogaría en la totalidad de los contratos excepto en los dos casos mencionados nominativamente - la actora y otro empleado - ya que ocupaban puestos directivos ya existentes en la estructura organizativa del oferente de manera que esos puestos serían redundantes y no necesarios ni eficientes en la estructura de la unidad productiva que se pretende adquirir. Como ya se ha expuesto, consta probado que en efecto la nueva sociedad adquirente tiene cubiertos los puestos de director necesarios. El Juzgado de lo Mercantil dictó auto el 12-4-13 declarando el concurso voluntario de acreedores designando administrador a CONCURSALIA SLP y acordando la apertura de la fase de liquidación decretando la disolución de la entidad deudora y el cese de sus administradores así como requiriendo a la administración concursal para que emitiera informe sobre el plan de liquidación presentado por la concursada. Dicho informe fue presentado con carácter favorable, aunque sugiriendo la conveniencia de que la subrogación de los trabajadores fuera completa sin excepciones, y el Juzgado de lo Mercantil por auto de 28-5-13 aprobó el plan de liquidación acordando solamente dos modificaciones sin relevancia laboral alguna (sobre los contratos de arrendamiento y renting), añadiendo que la concursada (sic) no asumirá las responsabilidades retributivas de los empleados que superen a las que pueda abonar el Fondo de Garantía Salarial y que *"en todo lo demás, habrá de estarse a lo previsto en el Plan de liquidación presentado por la concursada"*. Así las cosas, la administración concursal entregó a la actora el 29-5-13 carta de extinción del contrato por causas económicas poniendo a su disposición la indemnización de 47.656,98 en concepto de indemnización, con anterioridad - aunque en el mismo día - a la firma de la escritura de esa misma fecha de compraventa de la unidad productiva en funcionamiento de GESTIÓN DE SERVICIOS BELLALUZ S.A. otorgada a favor de VALDELUZ S.A. en la que se estableció que los empleados no asumidos quedaban excluidos del contrato salvo en la obligación del vendedor de extinguir de forma efectiva sus contratos de trabajo y de asumir en todo caso el pago de la cuantía de las indemnizaciones o salarios pendientes de pago que no fueran asumidos por el Fondo de Garantía Salarial.

OCTAVO.- La cuestión litigiosa queda referida al alcance de la subrogación laboral cuando se produce una transmisión de la unidad productiva empresarial en el marco de un procedimiento de concurso al que se halla sometida la empresa, para cuyo análisis conviene comenzar por reseñar que el antiguo art. 51.11 de la versión original del ET, el cual establecía que *"en el supuesto de venta judicial de la totalidad de la empresa o de parte de la misma únicamente será aplicable lo dispuesto en el art. 44 de esta Ley cuando lo vendido comprenda los elementos necesarios y por sí mismos suficientes para continuar la actividad empresarial. Si, no obstante la concurrencia del supuesto anterior, el nuevo empresario decide no continuar o suspende la actividad del anterior, deberá fundamentarlo en expediente de regulación de empleo incoado al efecto"*, quedó suprimido desde la reforma de 2012; y la ley Concursal 22/03 de 9 de julio ya había añadido al ET el art. 57 bis, del siguiente tenor: *"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"*. Desapareció, pues, la previsión legal que inequívocamente imponía la aplicabilidad de la normativa sobre subrogación laboral en el caso de venta judicial de la empresa para quedar solamente la remisión hecha por el ET a las especialidades previstas en la ley Concursal. Por otra parte se ha de tener presente que la Directiva 2001/23/CE no exige el respeto de las garantías relativas a la subrogación en los contratos de trabajo en tales supuestos, ya que su art. 5.1 dispone: *"Salvo disposición en contrario por parte de los Estados miembros, los arts. 3 y 4 no serán aplicables a los traspasos de empresas, centros de actividad, o partes de empresas o centros de actividad, 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 (que podrá ser un interventor de empresas autorizado por una autoridad pública competente)." Los arts. 3 y 4 de la Directiva constituyen el núcleo básico del régimen de protección establecido por dicha norma al establecer y regular la conservación de los contratos de trabajo y el mantenimiento de los derechos y obligaciones en la fecha del traspaso. Hay que resaltar que el art. 5.1 establece como regla que el sistema subrogatorio que se regula en los arts. 3 y 4 no será de aplicación en los procesos concursales - en los términos que establece - y exige disposición en contrario de los Estados miembros para que se apliquen esos preceptos.*

NOVENO.- Los arts. 148 y 149 de la ley Concursal (redacción dada por ley 38/11, no siendo aplicable en este proceso la derivada del RD-L 11/14) disponen lo siguiente:

Artículo 148. Plan de liquidación



1. En 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

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.[168].

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.



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 art. 90."*

Interesa resaltar que la regla del art. 149.2 que aduce la recurrente en el sentido de que la ley Concursal establece imperativamente la subrogación para el caso de enajenación de la empresa concursada no se puede aplicar al presente caso, ya que el art. 149 se refiere, como se desprende de la literalidad de su apartado 1, al supuesto de no aprobarse un plan de liquidación (o bien para suplir lo no previsto en el plan aprobado), y de su apartado 2, que se remite a la enajenación a que se refiere la regla 1ª del apartado anterior, es decir, a la enajenación del conjunto o de la unidad productiva que tiene lugar (por subasta o enajenación directa) en ausencia de un plan de liquidación. Por el contrario, el art. 148 regula la aprobación del plan de liquidación y también habla de 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, pero no menciona siquiera que ello lleve consigo la sucesión de empresa a los efectos laborales, es decir, no hay disposición legal del Estado en contrario respecto a la regla del art. 5.1 de la Directiva 21/2003 que determina la exclusión de los arts. 3 y 4 de la propia Directiva cuando se trata de traspasos de empresas en el seno de un proceso concursal de liquidación. Antes bien, el art. 148 LC otorga al Juez de lo Mercantil un amplio margen de decisión, según estime conveniente para el interés del concurso, para 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. No existe, pues, en caso de aprobación del plan con o sin modificaciones, imperatividad legal de aplicar las reglas del art. 44 del ET, ya que el art. 57 bis ET remite a las especialidades de la ley Concursal, el art. 148 LC no ha incorporado la regulación del art. 44 ni se ha remitido a ella, y tampoco de la Directiva 21/2003 cabe inferir la aplicabilidad del régimen laboral subrogatorio, sino al contrario, ya que exige una norma legal expresa en contra del criterio de la no aplicación. Ello se corrobora además por el apartado 4 del art. 148, que permite aplicar medidas, previas a la aprobación del plan de liquidación, de modificaciones sustanciales, suspensión o extinción colectivas de relaciones laborales, a tramitar conforme al art. 64 LC, lo que significa que tales clases de medidas pueden ser autorizadas a la empresa concursada, y no cabe duda de que ello no sería posible si hubiera de operar necesariamente el mecanismo de subrogación del art. 44 ET, en cuyo caso no sería factible extinguir previamente las relaciones laborales, ni modificarlas o suspenderlas, pues ello sería incompatible con las obligaciones de la empresa adquirente de asumir los contratos de trabajo existentes y respetar sus condiciones.

El Juez del concurso, al tomar su decisión de aprobar con o sin modificaciones el plan de liquidación con adquisición de la empresa concursada, conforme al art. 148 LC, deberá tener en cuenta factores tales como el pago a los acreedores, la conveniencia de la continuidad de la actividad económica de la empresa, y sin duda también la conservación de las relaciones laborales existentes y el mantenimiento del mayor volumen de empleo en la mayor medida posible, pero no se halla constreñido por la imperatividad del mecanismo subrogatorio derivado del art. 44 del ET y de la Directiva 21/2003, que impondría la conservación de todos los contratos de trabajo en las mismas condiciones laborales además de la responsabilidad solidaria del adquirente respecto de las deudas anteriores, desincentivando así la presentación de ofertas de adquisición.

Este amplio poder decisorio que el art. 148 LC otorga al Juez de lo Mercantil no conculca el art. 24 de la Constitución como alega la recurrente, pues existe un período de publicación de 15 días durante los cuales no solo el deudor, sino también los acreedores - entre los que puede quedar comprendida la trabajadora - y los representantes legales de los trabajadores, pueden formular alegaciones, aparte de que el auto que aprueba el plan de liquidación es recurrible en apelación, debiendo reconocerse al trabajador un interés legítimo para ello, de conformidad con el art. 184.4 y 6 de la LC, por lo que no se lesionaría el derecho a la tutela judicial efectiva; pero en todo caso el supuesto menoscabo de ese derecho habría de plantearse en el proceso en el que se hubiera producido, que sería el concursal, en el cual se ha resuelto con plena jurisdicción sobre la exclusión de la subrogación al aprobar el plan de liquidación sin introducir modificación alguna en este punto. Entendemos que al hacerlo así el Juez de lo Mercantil no ha resuelto una cuestión prejudicial conforme al art. 9 LC que no debiera vincular al orden social, sino que ha decidido con su propia jurisdicción de conformidad con el art. 148 LC en relación con el art. 57 bis ET y con lo que dispone el art. 5.1 de la Directiva 2001/23/CE. Se considera cuestión prejudicial aquella cuya solución es lógicamente antecedente para resolver las principales de un proceso pero que afecta a ramas jurídicas no correspondientes al orden jurisdiccional en que se plantea; la cuestión prejudicial es uno de los elementos que de forma accesoria ha de decidirse para resolver la cuestión fundamental objeto de la pretensión que se debate. El Juez de lo Mercantil decide directamente si hay o no obligación de subrogación para el adquirente y le impone esa obligación o no, en el marco de la aprobación del plan de liquidación y ello no lo hace de forma accesoria para resolver algo distinto. Por ello no se justificaría que en el orden social se decidiera ahora de forma opuesta a lo ya resuelto.



DÉCIMO.- Como se ha indicado, el art. 149 LC sí formula una alusión a la subrogación, cuando establece en su apartado 2 que 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. Ahora bien, el art. 149 regula el supuesto de liquidación de la empresa concursada cuando no se haya aprobado un plan de liquidación, y este precepto también se aplica supletoriamente en lo que no haya previsto el plan de liquidación aprobado. Por otra parte cabe señalar que cuando en su apartado 2 impone la aplicación del régimen legal de subrogación, ello concuerda con la previsión del art. 5.1 de la Directiva 21/2003, es decir que para el caso de que se produzca la liquidación de la empresa concursada sin plan de liquidación o de que el aprobado no haya previsto nada, sí existe regla legal estatal que dispone que se ha de considerar que existe sucesión de empresa cuando se transmite una entidad económica que mantenga su identidad en forma susceptible de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesoria. Siendo así, la Directiva permite que la legislación nacional establezca determinadas limitaciones a las consecuencias de la subrogación, que se detallan en el art. 5.2 apartados a) y b), y que no son de interés para el caso ahora enjuiciado. En efecto, en el caso actual sí se aprobó un plan de liquidación y sí se reguló en él lo relativo a la subrogación del personal, por lo que no ha lugar en el presente proceso a la aplicación principal ni supletoria del art. 149.

En conclusión, no existe obligación de subrogación en el caso de la actora, al haber aprobado el Juez de lo Mercantil el plan de liquidación de conformidad con el art. 148 LC sin haber efectuado rectificación alguna en el aspecto de la exclusión de subrogación de la demandante y otro empleado, por lo que el despido es procedente al haber quedado acreditadas las causas económicas en la empresa concursada; de ahí que no pueda existir la responsabilidad solidaria de la adquirente por improcedencia del despido - como postula la recurrente - al no haberse aceptado esta calificación.

Por último cabe reseñar que ante supuestos similares ha resuelto en el mismo sentido el TSJ de Cataluña en sentencias de 19-10-10 rec. 2838/10 y 28-12-12 rec. 1830/2012.

En consecuencia se impone la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia de instancia. Por todo lo razonado, y de conformidad con lo dispuesto en el art. 117 de la Constitución,

FALLAMOS:

Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la demandante D^a. Delfina, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 40 de MADRID en fecha 3-3-14 en autos 867/13 seguidos a instancia del recurrente contra GESTION DE SERVICIOS BELLALUZ SA, CONCURSALIA SLP administrador concursal, ARPADA SA, VALDELUZ SA, URTINSA SA, FONDO DE GARANTIA SALARIAL y en consecuencia confirmamos dicha sentencia. Sin costas.

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 **419-14** 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 **419-14**), 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