



Roj: **STSJ CANT 1008/2014 - ECLI:ES:Tsjcant:2014:1008**

Id Cendoj: **39075340012014100583**

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

Sede: **Santander**

Sección: **1**

Fecha: **28/11/2014**

Nº de Recurso: **708/2014**

Nº de Resolución: **845/2014**

Procedimiento: **Recursos de Suplicación**

Ponente: **ELENA PEREZ PEREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA nº 000845/2014

En Santander, a 28 de noviembre de 2014.

PRESIDENTE

Ilma.Sra. D^a. Mercedes Sancha Saíz

MAGISTRADAS

Ilma. Sra. D^a. M^a Jesús Fernández García

Ilma. Sra. D^a. ELENA PEREZ PEREZ (PONENTE)

EN NOMBRE DE SU MAJESTAD EL REY, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el recurso de suplicación interpuesto por D. Basilio contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social Núm. Dos de Santander, ha sido Ponente la Ilma. Sra. D^a. ELENA PEREZ PEREZ, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por D. Basilio siendo demandados B3 CABLE SOLUTIONS SPAIN, S.L. y otros sobre Despido y que en su día se celebró el acto de la vista, habiéndose dictado sentencia por el Juzgado de referencia en fecha 18 de Junio de 2014 en los términos que se recogen en su parte dispositiva.

SEGUNDO.- Que como hechos probados se declararon los siguientes:

1º.- El actor, Basilio, vino prestando sus servicios profesionales para la empresa B3 CABLE SOLUTIONS SPAIN, S.L. con antigüedad desde el 15 de marzo de 1965, ostentando la categoría profesional de Técnico de Fábrica F y percibiendo un salario diario bruto con prorrata de pagas extras de 14,88 euros al encontrarse en situación de jubilación parcial desde el 11 de junio de 2009 con una jornada de trabajo del 15%.

2º.- A las relaciones laborales de esta empresa le resultaba de aplicación lo dispuesto en el Convenio Colectivo de la Industria Siderometalúrgica de Cantabria.

3º.- Mediante Auto dictado por el Juzgado de lo Mercantil de Santander de fecha 5 de octubre de 2012, autos 437/2012, la empresa B3 CABLE SOLUTIONS SPAIN, S.L fue declarada en concurso y simultáneamente se acuerda por el Juez de lo Mercantil la apertura de la fase de liquidación, dictándose auto de fecha 24 de enero de 2013 por el que se aprueba el Plan de Liquidación propuesto por la Administración Concursal.

4º.- La actividad productiva de la citada empresa se encontraba paralizada desde la fecha de declaración del concurso, si bien de noviembre de 2012 a mayo de 2013 se desarrolla una actividad productiva meramente



testimonial (puesto que todos los pedidos a enero de 2013 estaban concluidos), prestando servicios unos veinticinco trabajadores de una plantilla total de trescientos.

En mayo de 2013 se produce el cese definitivo de la actividad productiva estando la plantilla en ese momento incurso en un ERTE.

5º.- El Plan de Liquidación de la Concursada incorporaba dos opciones:

Opción A: Únicamente permitía ofertas para la adquisición unitaria del conjunto de la unidad productiva de B3 CABLE SOLUTIONS SPAIN con subrogación de los contratos de trabajo.

Opción B: Aplicable en caso de no poderse realizar la opción A) y que permitía la realización de ofertas para la adquisición del conjunto de bienes de la empresa o la adquisición de elementos concretos de la misma.

6º.- Para la Opción A), los Administradores Concursales consideraron que la única oferta que se ajustaba a los parámetros del Plan de Liquidación era la realizada por la empresa codemandada SÜDKABEL GMBH, que sin embargo no llegó a materializarse.

Por ello se procedió a la apertura de la opción B) del Plan de Liquidación de la que resultó adjudicataria, por ser la mejor oferta considerada por los Administradores Concursales, la citada empresa SUDKABEL GMBH con las siguientes condiciones:

El adquirente o los adquirente serán) la(s) sociedad(es) que a estos efectos designe SÜDKABEL, cuya identificación se deberá comunicar a la administración concursal antes de la formalización de la transmisión.

El objeto de la transmisión será la totalidad de los bienes y derechos de B3 CABLES SOLUTION SPAIN, con la única excepción de los derechos de cobro y la tesorería. El precio total será la suma de 4.500.000 euros y del valor de las existencias y trabajos en curso según inventario referido a la fecha de la transmisión.

El importe total a pagar será el mencionado precio menos los créditos con privilegio especial o con garantía en los que el adquirente se subrogue o asuma. El pago se realizará de la siguiente forma:

En el supuesto de que en la fecha de la transmisión no se hubiese resuelto el incidente promovido por Nextrom OY, el(los) adquirente(s) retendrá 1.250.000 euros. Dicho importe quedará a resultas de dicho incidente, de forma que se deberá pagar en su totalidad si el incidente queda desestimado, o en otro caso en la diferencia que no deba asumir el(los) adquirente(s).

El resto, se pagará al contado, en la fecha de formalización de la transmisión.

El(los) adquirente(s) asumirá(n) el estado en que se encuentren los bienes y derechos, tanto en cuanto a su configuración física como jurídica, renunciando al ejercicio de acciones por vicios ocultos.

El(los) adquirente(s) asumirá(n) la totalidad de los gastos e impuestos derivados de la transmisión, incluido el impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos, IVA, ITP y AJD, cancelación de cargas, notaría, registros, etc.

El(los) adquirente(s) tendrán el compromiso de contratación de al menos 50 trabajadores antes del 31 de diciembre de 2015 (25 antes de 31-12-2013, 12 adicionales antes de 31 de diciembre de 2014 y 13 adicionales antes de 31-12-2015), lo que se garantizará con aval bancario.

7º.- La referida transmisión se materializó primero, en la escritura de compraventa otorgada por B3 CABLE SOLUTIONS SPAIN S.L., en liquidación, a favor de STANDARD CABLETEAM SPAIN S.L., con fecha 14 de octubre de 2013, a través de la cual, la primera vendió a la segunda la materia prima, que consta en la relación que se entregó, y segundo, en la escritura de compraventa otorgada por B3 CABLE SOLUTIONS SPAIN S.L. en liquidación, a favor de H. WILMS REAL ESTATE S.L. UNIPERSONAL con fecha 14 de octubre de 2013, a través de la cual, la primera vendió a la segunda la finca urbana y el complejo industrial compuesto de 10 edificaciones, las licencias y los derechos concesionales.

8º.- La empresa ESTÁNDAR CABLETEAM SPAIN, S.L, comenzó su actividad productiva en las instalaciones de B3 CABLE a partir del 14 de octubre de 2013.

Ha realizado inversiones para la puesta en marcha de la factoría por los conceptos facturados e importes y que como Doc. Nº 2 del ramo de su prueba documental se dan por reproducidos y ha contratado de inicio a veinticinco trabajadores de la anterior empresa B3 CABLE SOLUTIONS, de los cuales únicamente uno formaba parte del anterior Comité de Dirección.

9º.- Las empresas ESTÁNDAR CABLETEAM SPAIN,S.L y H.WILMS REAL ESTATE UNIPERSONAL,S.L forman parte junto con SUDKABEL GMBH del mismo grupo empresarial WILMS que no presenta cuentas consolidadas e integra además a unas 60 empresas.



10º.- Con fecha 30 de julio de 2013 el Juzgado de lo Mercantil dictó auto por el que acuerda la extinción de las relaciones laborales de la totalidad de la plantilla de B3 CABLE SOLUTIONS SPAIN, S.L.

11º.- Con fecha 12 de septiembre de 2013, el actor recibe la siguiente comunicación de la citada empresa:

"En Maliaño, a 12 de septiembre de 2013

Muy Señor/a nuestro/a:

Con fecha 30 de Julio de 2013, el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Santander, ha dictado Auto nº 407/13 por si que se acuerda la extinción de las relaciones laborales de la totalidad de la plantilla de B3 CABLE SOLUTIONS SPAIN, S.L y eslió en función de los términos de la solicitud de expediente de extinción presentado por la administración concursal con fecha 18 de Abril de 2013, y el acta final del periodo de consultas suscrito con los representantes de os trabajadores de fecha 4 de Julio de 2013, comunicado al Juzgado mediante escrito de entrada el día 15 de Julio. En el mismo Auto señalado que acuerda las extinciones se declara igualmente en su hecho tercero, que consta en el expediente informe de la autoridad laboral favorable a la solicitud de extinción de la totalidad de los contratos de trabajo.

De conformidad con cuanto se indica, y en ejecución del Auto dictado en el expediente de extinción, sirva la presente carta para comunícenle que, encontrándose usted afectado por el referido expediente de regulación, *su contrato de trabajo se verá extinguido con fecha de efectos 12 de Septiembre de 2013* .

En hoja anexa adjunta le señalamos el importe de la indemnización que le corresponde, de 20 días de salario por año de servicio, con el máximo de una anualidad; así como el finiquito devengado. No obstante, lamentamos comunicarle que ante la grave situación económica y financiera de la Sociedad, resulta imposible abonar a la fecha cantidad alguna de dicha indemnización y finiquito, sin. perjuicio¹, de que en cuanto se generen recursos en-la masa activa y conforme a la Ley Concursal puedan pagarse ambos conceptos al menos parcialmente. Por ello, entendemos que será necesario recurrir al Fondo de Garantía Salarial, para que le abone el importe que legalmente proceda, motivo por el que en la hoja anexa le señalamos *el día v hora* en el que puede comparecer en la empresa a efectos de facilitarle la tramitación ante el Fondo y ante el Desempleo y entregarle copia del Auto del Juzgado Mercantil de 30 de Julio de 2013 , que también puede obtener en la página web de la Sociedad (<http://www.b3cables.es>).

La presente carta de extinción se comunicará igualmente al Comité de Empresa, para su información.

Finalmente sólo nos queda agradecerle los servicios que ha prestado a esta Empresa y lamentar sinceramente las circunstancias han obligado a adoptarla decisión que le comunicamos. Muy atentamente,

12º.- No ha ostentado el trabajador cargo de representación sindical.

12º.- El 23 de octubre de 2013 se celebró el preceptivo acto de conciliación ante el ORECLA que finalizó Sin Avenencia respecto de B3 CABLE SOLUTIONS SPAIN,S.L, su Administración Concursal (LANDWELL PRICEWATERHOUSECOOPER TAX & LEGAL SERVICES,S.L, y LAFUENTE Y SÁNCHEZ GIRÓN ASOCIADOS,S.L), e intentado Sin Efecto respecto de SUDKABLE GMBH y STANDARD CABLETEAM SPAIN,S.L.

13º.- En el acto del juicio oral, la parte actora desistió de la pretensión principal de declaración de nulidad del despido.

TERCERO.- En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "Desestimo la demanda formulada por Basilio contra B3 CABLE SOLUTIONS SPAIN, S.L, administradores concursales Jesús Carlos y LAFUENTE & SÁNCHEZ GIRÓN ASOCIADOS, S.L.P, SUDKABEL GMBH, SATANDARD CABLETEAM SPAIN, S.L, y H. WILMS REAL SATATE, S.L.U, con la asistencia del FOGASA, y en consecuencia absuelvo a los citados demandados de las pretensiones deducidas en su contra."

CUARTO.- Que contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte demandante, siendo impugnado por la parte contraria, pasándose los autos al Ponente para su examen y resolución por la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- En el presente caso, el actor formula recurso frente a la sentencia de instancia que ha desestimado su demanda de despido.

La sentencia considera que la relación del actor fue extinguida válidamente por el auto dictado por el Juzgado de lo Mercantil de fecha 30-7-2013 y que no se ha producido una sucesión de empresa como consecuencia de las operaciones de liquidación de la empresa B3 Cable.

El trabajador se alza frente a dicha resolución articulando cuatro motivos.



En los dos primeros, con amparo en el apartado b) del artículo 193 LRJS , insta la revisión de los hechos probados. En los motivos tercero y cuarto, con fundamento en el apartado c) del mismo artículo 193 LRJS , denuncia la infracción de los artículos 24 CE , 103 LRJS , 44 ET , 4.1 y 5.1 de la Directiva Comunitaria 2001/23/CE , así como la vulneración del artículo 149.2 LC .

SEGUNDO.- REVISIONES FÁCTICAS .

1.- La primera revisión que solicita afecta al hecho probado octavo. Propone añadir al mismo el siguiente texto: "B3 Cable Solutions Spain S.L." y "Standar Cableteam Spain S.L." comparten el mismo objeto social consistente en la fabricación, venta y distribución de cables eléctricos y electrónicos, así como conductores. H. Wilms Real State S.L. Unipersonal ha arrendado las instalaciones a "Standard Cableteam Spain S.L." según contrato de arrendamiento que obra en autos y cuyo contenido se da por reproducido".

Fundamenta esta pretensión en los informes emitidos por la empresa INFORMA DYB S.A. -Empresa de información comercial, financiera y de Marketing- (folios 309 a 324 y 325 a 327) y en el contrato de arrendamiento que obra unido a los folios nº 146 a 150.

Los datos relativos al objeto social no pueden incluirse, toda vez que no constan en documental fehaciente. De hecho, en los documentos se indica que la información facilitada procede de la base de datos de la propia empresa y que si se considera algún dato erróneo, cabe solicitar su rectificación dirigiéndose al departamento correspondiente (folios nº 324 y 327).

Ahora bien, sí debe incluirse la mención al contrato de arrendamiento concertado entre H. Wilms Real State S.L. y Standard Cableteam Spain S.L., a fin de introducir en el relato fáctico la totalidad de los datos necesarios para conocer el concreto negocio traslativo que precedió a la puesta en funcionamiento de la actividad.

2.- La segunda revisión afecta al hecho décimo. Propone añadir al mismo el siguiente párrafo: "El 6 de septiembre d 2013, la Administración Concursal de B3 Cable Solutions Spain S.L. comunica y propone al Juzgado de lo Mercantil como mejor oferta, y en consecuencia, adquirente de los activos de la empresa concursada a "Südkabel GMBH" por entender que es la más idónea de las presentadas. El 9 de septiembre de 2013 la Administración Concursal de B3 Calbe Solutions Spain S.L. Se reúne con el Comité de la empresa concursada y les comunica que la oferta aceptada es la efectuada por "Südkabel el BMBJ" y de acuerdo con la opción B) previsto en el Plan de Liquidación, opción que no incluye la subrogación de los contratos de B3 Cable Solutions Spain S.L.".

Esta pretensión se basa en la comunicación remitida por la administración concursal de B3 Cable al Juzgado de lo Mercantil, de fecha 6 de septiembre (folio nº 270 a 274) y en el acta de la reunión de fecha 9-9-2013, entre el comité de empresa y la administración concursal (folio nº 277).

La referida modificación no puede prosperar, pues resulta de todo punto intrascendente de cara al sentido del fallo.

La sentencia de instancia ya recoge, en términos generales, los extremos básicos de las dos opciones previstas en el plan de liquidación, en el hecho probado sexto. Por lo que la adición propuesta carece de relevancia.

TERCERO.- MOTIVOS DE REVISIÓN JURÍDICA.

En los motivos de infracción jurídica el recurrente sostiene que la venta de B3 Cable a dos empresas del grupo DUDKABLE GMBH reúne los requisitos de una sucesión de empresas del artículo 44 ET , lo que determinaría la declaración de improcedencia de su despido.

El examen de las cuestiones planteadas en el recurso exige recordar que la Directiva 2001/23/CE, de 12 de marzo de 2001, sobre mantenimiento de los derechos de los trabajadores en casos de traspasos de empresas, parte del mantenimiento de las relaciones laborales y de los derechos y obligaciones de los trabajadores, en caso de traspaso de la empresa (arts. 3 y 4).

Esta regla general no es de aplicación a las empresas en situación de quiebra o insolvencia que estén bajo la supervisión de una autoridad pública competente, con la excepción de que el Estado miembro cuente con una "disposición en contrario" (art. 5.1).

Además, la norma comunitaria admite que en los supuestos en los que sean aplicables las garantías previstas en los artículos 3 y 4, los Estados miembros puedan limitar la responsabilidad de la cesionaria por obligaciones de la cedente anteriores a la fecha del traspaso, siempre y cuando dicho Estado cuente con una protección mínima equivalente a la que se establece para las situaciones cubiertas por la Directiva 80/987/CEE (art. 5.1.a).

Por tanto, en los casos de quiebra o insolvencia la norma comunitaria admite las siguientes posibilidades dentro de la regulación de la sucesión de empresa.

La regla general es la inaplicación de las garantías inherentes a la sucesión a las empresas en situación de concurso (art. 5.1).

La excepción a dicha regla es que el Estado Miembro establezca expresamente la aplicación de la normativa de la sucesión (art. 5.1). En este caso se abren dos posibilidades. Cabe que el régimen sucesorio se aplique en su totalidad o que se modalice, limitando la responsabilidad del adquirente o pactando nuevas condiciones contractuales [art. 5.2 a) y b)].

En nuestro Ordenamiento Jurídico, antes de la reforma operada por el RDL 3/2012, de 10 de febrero, el apartado undécimo del artículo 51 ET establecía que en los casos de venta judicial de la totalidad de la empresa o de parte de la misma era aplicable el artículo 44 ET si lo vendido comprendía los elementos necesarios y suficientes para la continuidad de la actividad empresarial.

La LC introdujo el artículo 57 bis ET . Este artículo dispone que "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".

La norma emplea la técnica de la remisión normativa. Reenvía a las "especialidades de la Ley Concursal".

La LC regula la venta de la unidad productiva en varias fases del concurso. Las operaciones de venta pueden comprender la totalidad de la empresa, unidades productivas autónomas o elementos patrimoniales aislados.

Por tanto, para determinar el régimen legal que nuestro Ordenamiento otorga a los supuestos de sucesión de empresas en situación concursal, sería preciso examinar cuáles son las especialidades que la LC prevé para la fase de liquidación con plan, ya que en el supuesto que nos ocupa, la venta objeto de litigio se ha producido en la referida fase.

Antes de la reforma operada por el RD 11/2014, de 5 de septiembre, que es la legislación aplicable al caso que nos ocupa, el apartado segundo del artículo 149 LC contenía la única referencia expresa de la LC a la posibilidad de que tuviera lugar una sucesión de empresa en el ámbito concursal.

El precepto establecía que "cuando, como consecuencia de la enajenación a que se refiere la regla 1.ª 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".

La redacción del artículo 149.2 LC recogía de forma literal, la definición de sucesión de empresa del artículo 44.2 ET . Ésta se produce 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".

Por tanto, en las reglas supletorias se fija una sucesión legal, si bien modalizada, dado que el Juez de lo Mercantil puede limitar la responsabilidad solidaria del adquirente.

La norma regulaba una sucesión de empresa que se producía por imperativo legal, esto es, una excepción a la norma general. Imponía la aplicación de la sucesión de empresa, pero limitaba sus efectos en sentido prácticamente idéntico al artículo 5.2.a) de la Directiva Comunitaria .

Por su parte, el artículo 148.1 LC , que regula la liquidación con plan, se refería a la venta en globo de la empresa o de cada unidad productiva, pero no añadía calificativo alguno. Esto es, no hablaba de unidad productiva autónoma, a diferencia del artículo 149.2 LC , ni tampoco mencionaba la posible existencia de una sucesión a efectos laborales.

Esta circunstancia hace que nos planteemos si en los casos en los que la venta global de la empresa o de una unidad productiva independiente con continuación de actividad, producidos en fase de liquidación con plan, es aplicable o no el régimen del artículo 44 ET.

La falta de mención no sólo en el artículo 148 LC , sino también en los artículos 43.2 y 100.2 LC , puede llevar a considerar que la norma especial concursal, a la que todavía remite el artículo 57 bis ET , no contenía la "disposición en contrario", a la que alude el artículo 5.1 de la Directiva comunitaria. Por tanto, en principio, no les sería aplicable el régimen de la sucesión de empresa.

No obstante, se advertía que el artículo 100.2 LC imponía el compromiso de continuar la actividad y además, el pago de los créditos de los acreedores en los términos establecidos en el convenio.

La referencia expresa al compromiso de pago "en los términos del convenio" no podía entenderse en sentido estricto. Esto es, como una obligación que afectaba, en exclusiva, a los créditos sujetos al convenio, ya que ello determinaría que la norma fuera una mera reiteración de lo dispuesto en los artículos 135 y 136 LC .

Por tanto, parecía que la norma había querido incluir otras responsabilidades posibles a las que debía hacer frente el adquirente, dentro de las cuales se encontraría la responsabilidad solidaria derivada de una posible sucesión de empresa.

La regulación contenida en nuestra normativa especial era ciertamente compleja. La excepción a la regla general se contemplaba a través de una norma de aplicación subsidiaria. Quizás por ello, un amplio sector doctrinal (Montoya Melgar, entre otros) consideró que el convenio -anticipado o de asunción- o el plan de liquidación eran los instrumentos hábiles para regular la aplicación de la sucesión de empresa. Pero en caso de guardar silencio sobre ello, sería aplicable el régimen del artículo 44 ET, ya sea limitando la responsabilidad solidaria de la adquirente (art. 149.2 LC) o sin limitación alguna.

Esta interpretación parece avalada por la nueva redacción de los artículos 43, 100 y 149 LC, tras la reforma de septiembre de 2014, que ha introducido una expresa regulación de los efectos de la transmisión de unidades productivas en el artículo 146 bis LC, al que expresamente remiten los artículos 43 y 100 LC.

Dada la ubicación sistemática del precepto (art. 146 bis LC), parece que regula las transmisiones producidas en la fase común, en la de convenio y también en la fase de liquidación con plan.

Se mantiene el principio dispositivo. El adquirente es quien puede asumir la obligación de subrogación de derechos y obligaciones derivados de los contratos afectos a la actividad.

Ahora bien, el apartado tercero del artículo 146 bis LC exceptúa los supuestos a los que sea aplicable el artículo 44 ET "en los casos de sucesión de empresa".

Por su parte, el apartado cuarto, establece que la transmisión de la unidad productiva no impone la obligación de hacer frente a los créditos no satisfechos por el concursado, salvo que el adquirente asuma dicha obligación. Pero regula también una excepción. Se trata de los supuestos en los que exista "disposición en contrario" y "siempre sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.2 LC".

De este modo, el convenio puede establecer que se aplique el efecto subrogatorio y también, la asunción de las obligaciones de abono de los créditos anteriores a la sucesión. Pero si concurren los requisitos del artículo 44 ET no es posible eludir su aplicación, por imperativo de los apartados tercero y cuarto del artículo 146 bis LC.

Por tanto, la única especialidad concursal será la limitación de la responsabilidad patrimonial en los términos del artículo 149 LC.

La reforma legal de septiembre de 2014 parece aclarar la compleja situación anterior, avalando la interpretación que anunciamos. Esto es, el instituto de la sucesión de empresa será aplicable a los supuestos de ventas de unidades productivas en sede concursal, cuando concurren los requisitos legales del artículo 44 ET.

Por otro lado, tanto el artículo 148.4 como el artículo 149.1.2ª LC prevén que 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 LC.

Centrándonos en la extinción colectiva de los contratos, dado el objeto de la presente controversia. La LC da una clara preferencia a la venta global de la empresa o de sus unidades productivas. Si como consecuencia de este tipo de operaciones surge la necesidad de extinguir determinadas relaciones laborales, cabe que el Juez de lo Mercantil autorice las colectivas, a través del procedimiento regulado en el artículo 64 LC.

Los trabajadores afectados pueden ver extinguida su relación laboral y acto seguido, tener conocimiento de una operación de venta de la unidad productiva a la que estaban adscritos o de la totalidad de la empresa.

Cuando como aquí ocurre, la extinción se ha producido previa autorización del Juez de lo Mercantil en el expediente del artículo 64 LC, la primera cuestión que se suscita es la relativa a la competencia objetiva del Orden Social.

Aunque esta cuestión surge dentro del ámbito mercantil y cabe que el Juez de lo Mercantil se pronuncie sobre ella, lo cierto es que su conocimiento sólo puede ser prejudicial y como tal, no puede producir efectos fuera de dicho proceso, de conformidad con lo establecido en los artículos 9 y 8 LC y en el artículo 86 ter LOPJ.

Ello determina que pueda ser revisada por la Jurisdicción Social. En este sentido se pronuncia el Auto del Tribunal Supremo -Sala de Conflictos- de 20-7-2012, al establecer que el Juez de lo Mercantil no tiene competencia para el control de la legalidad de un acto administrativo de la TGSS y que, en cualquier caso, los efectos prejudiciales ex artículo 9 LC no pueden vincular a otros Órdenes Jurisdiccionales -en aquel supuesto se discutía la competencia para determinar la exención o no de la responsabilidad derivada de deudas de Seguridad Social, en una sucesión de empresa en el ámbito concursal-.



En el mismo sentido se pronuncian los Autos de la AP de Málaga de 9-4-2014 (Rec. 659/2014) y AP de Pontevedra de 30-1-2014 (Rec. 624/2014), 22-6-2012 (Rec. 164/2012), 25-5-2012 (Rec. 345/2012) y 29-6-2010 (Rec. 332/2010), entre otros.

Del mismo modo, así lo hemos establecido en nuestra previa Sentencia de fecha 4-4-2014 (Rec. 99/2014).

En idéntico sentido se pronuncian las SSTSJ de Valencia de 14-1-2014 (Rec. 2483/2013); Cataluña de 15-7-2014 (Rec. 1691/2014), 11-7-2014 (Rec. 2291/2014), 16-1-2014 (Rec.4753/2013), 3-12-2013 (Rec. 3581/2013), 26-9-2013 (Rec. 2697/2013), 20-4-2012 (Rec. 4745/2011), 28-12-2012 (Rec. 1830/2012), 8-2-2012 (Rec. 7216/2011), 30-9-2011 (Rec. 2602/2011) y 19-3-2010 (Rec. 7480/2009); Aragón de 3-10-2012 (Rec. 449/2012); Canarias 27-3-2014 (Rec. 1293/2013), 24-1- 2014 (Rec. 904/2013) y 24-5-2012 (Rec. 1108/2011); Baleares 30-11-2010 (Rec. 437/2010); Madrid 21-9-2012 (Rec. 3446/2012) y País Vasco de 22-11-2011 (Rec. 2226/2011), entre otras muchas.

Solventadas estas cuestiones previas, es necesario examinar si en el caso objeto de recurso las operaciones de liquidación determinaron la existencia o no de una sucesión de empresa.

A lo largo de los dos motivos de infracción jurídica, el recurrente alega que entre el dictado del auto del Juzgado de lo Mercantil extinguiendo los contratos y las cartas de despido transcurrieron cuarenta y dos días. Que ese lapso temporal se debió a que la emisión de las cartas estaba supeditada a que hubiera o no una sucesión de plantillas, ya que al tiempo del dictado del auto de extinción de las relaciones laborales, se desconocía cuál de las dos opciones de venta iba a ser aceptada.

Por otro lado, sostiene que la transmisión de los activos de la empresa B3 Cable se hizo efectiva a través de dos empresas del mismo grupo empresarial, en fecha 14-10-2013 y el mismo día el centro de trabajo volvió a producir, contratando a veinticinco trabajadores de B3 Cable, lo que supone que se ha producido una transmisión de una unidad productiva.

En cuanto a la existencia de sucesión de empresas, el criterio decisivo para determinar la existencia de una transmisión, a los efectos de la Directiva 2001/23/CE y del artículo 44 ET , es si la entidad de que se trata mantiene su identidad tras el cambio de titular.

Uno de los elementos fundamentales para ello es que continúe de forma efectiva la explotación o que se reanude (SS Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 18-3-1986, caso Spijkers y de 11-3-1997, caso Süzen).

La transmisión debe referirse a una entidad económica organizada de forma estable, cuya actividad no se limite a la ejecución de una obra determinada (S Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 19-9-1995, caso Rygaard).

De este modo, el concepto de entidad económica independiente hace referencia a un conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica y que persigue un objetivo propio (S Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas 11-3-1997).

Para determinar si se reúnen los requisitos necesarios para la transmisión de una entidad han de tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho características de la misma, entre las cuales se encuentra el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate. La transmisión o no elementos materiales como edificios y otros bienes muebles. El valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión. Que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores. Que se haya transmitido o no la clientela. Finalmente, deberá analizarse el grado de analogía de las actividades desarrolladas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades.

Como señala la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 19-5-1992 (Redmond Stichting, asunto C-29/1991), entre las circunstancias que han de considerarse, se encuentra el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión. Esa identidad puede resultar del hecho de que se trate de una actividad básicamente realizada mediante la aportación de mano de obra y que el grupo organizado de los trabajadores dedicados a la realización de tales tareas o una parte sustancial de los mismos, sea coincidente.

Debe considerarse, en cualquier caso, que los diferentes elementos que se mencionan, esto es, la transmisión de medios materiales, transmisión de la plantilla o de la mayor parte de ella, analogía de las actividades, etc., son únicamente aspectos parciales de la evaluación de conjunto que debe hacerse y no pueden apreciarse aisladamente (SS Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas 18-3-1986 y 11-3-1987).

Por otro lado, la denominada "sucesión de plantilla" ha sido admitida por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, a partir de su sentencia de 27-10-2004 (Rec. 899/2003), seguida por las SSTS de 4-4-2005 (Rec. 2423/2003),



29-5-2008 (Rec. 3617/2006), 28-4-2009 (Rec. 4614/2007), 23-10-2009 (Rec. 2684/2008), 7-12-2009 (Rec. 2686/2008), 7-12-2011 (Rec. 4665/2010), 13-6-2013 (RJ 2013/5724), 20-11-2012 (Rec. 3900/2011), 19-9-2012 (Rec. 3056/2011), entre otras.

Se admite la existencia de sucesión del artículo 44 ET , como "sucesión de plantillas", en la STS 27-6-2008 (Rec. 4773/2006), para la actividad de limpieza y mantenimiento. El hecho de que la empresa se haya hecho cargo de buena parte de la plantilla determina que pueda considerarse como una unidad económica independiente, aunque no haya habido transmisión patrimonial alguna y exista una falta de coincidencia del objeto social y de la actividad de la contratada.

Esta doctrina se reitera en pronunciamientos posteriores como el de la STS de 28-2-2013 (Rec. 542/2012), para actividades de seguridad, o la STS de 5-3-2013 (Rec. 3984/2011). En esta última se recuerda la jurisprudencia actual, que modificó, en parte, la precedente.

Tradicionalmente se exigía que el objeto de la transmisión fuera un conjunto organizado de personas y elementos que permitiese el ejercicio de una actividad económica con un objetivo propio. Ahora bien, en determinados sectores económicos, como los de limpieza y vigilancia, cuya actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, el conjunto organizado de trabajadores, que se hallan específicamente destinados de forma duradera a una actividad común, puede considerarse como una unidad productiva autónoma, sin necesidad de transmisión de elementos patrimoniales del cedente al cesionario y sin requerir la existencia de un acuerdo expreso entre las partes del contrato de trabajo.

Esta sentencia declara que esta doctrina es aplicable a supuestos en los que se produce una sucesión de contrataciones o adjudicaciones y la empresa entrante ha incorporado al desempeño de los servicios una parte importante, cualitativa o cuantitativamente, de la plantilla de trabajadores de la saliente, en una actividad en la que es principal la mano de obra.

Por tanto, la sucesión de contrataciones con "sucesión de plantillas" se caracteriza por la presencia de los siguientes elementos. La empresa entrante sucede a la que desempeñaba anteriormente tales servicios o actividades por cuenta de un tercero. Los servicios o actividades han de ser sustancialmente iguales. La nueva adjudicataria ha de incorporar al desempeño de los servicios a una parte importante, cualitativa o cuantitativamente, de la plantilla de trabajadores de la anterior y el activo principal para el desempeño de los servicios o actividades objeto de la contrata ha de ser la "mano de obra" organizada.

No habrá sucesión, en los términos del artículo 44 ET , cuando concurren tales requisitos. Entonces deberá verificarse si cabe aplicar una sucesión convencional o no. Así lo dispone la STS de 25-2-2014 (Rec. 646/2013), al afirmar que en las contrataciones sucesivas de servicios en las que no se transmite una unidad productiva autónoma, "sino de un servicio carente de tales características, no opera, por ese solo hecho, la sucesión de empresas establecida en el artículo 44 ET , sino que la misma se producirá o no, de conformidad con lo que al efecto disponga el convenio colectivo de aplicación, y con subordinación al cumplimiento por las empresas interesadas de los requisitos exigidos por tal norma convenida (SSTS 10/12/97 -rec. 164/97 -; 29/01/02 -rec. 4749/00 -; 15/03/05 -rec. 6/04 -; y 23/05/05 -rec. 1674/04 -)...".

En los casos en los que concorra una sucesión de plantilla, la consecuencia es que la empresa sucesora no puede dejar de subrogar los contratos de parte de los trabajadores. Si se ha producido una sucesión en el sentido establecido por el artículo 44 ET , la sucesora pasa a ser, en virtud de disposición legal, empleadora de todos los trabajadores adscritos a la unidad productiva traspasada. La negativa a reconocer la vigencia de la relación laboral con alguno de ellos configura un despido al margen de la legalidad, que podrá calificarse como improcedente o nulo, según las circunstancias concurrentes.

Descendiendo al concreto supuesto que nos ocupa. Los datos fácticos a considerar son los siguientes. En primer lugar, la empresa B3 Cable fue declarada en situación de concurso, en fecha 5-10-2012. La actividad de la referida empresa desde el mes de noviembre del año 2012 hasta mayo de 2013 fue meramente residual. Permanecieron trabajando veinticinco trabajadores de un total de trescientos. El cese definitivo de la actividad se produjo en el mes de mayo de 2013 -hechos probados tercero y cuarto-.

En el plan de liquidación se fijaban dos opciones. La opción A) permitía ofertas para la adquisición unitaria de la unidad productiva de la empresa B3 Cable y la opción B), subsidiaria de la anterior, permitía la realización de ofertas para adquirir el conjunto de la empresa o elementos aislados de la misma, sin obligación de subrogación de los trabajadores.

Ante la imposibilidad de realización de la primera opción, se procedió a la apertura de la opción B). La venta se materializó del modo siguiente. La empresa Standard Cableteam Spain S.L. adquirió la materia prima que consta en la relación que se le entregó (14-10-2013) y la empresa H. WILMS REAL ESTATE S.L. UNIPERSONAL,



en la misma fecha, adquirió una finca urbana y el complejo industrial compuesto por diez edificaciones, así como las licencias y derechos concesionales (también en fecha 14-10-2013).

Ambas empresas pertenecen al mismo grupo empresarial (Sudkable GMBH), que integra además a unas sesenta empresas.

La empresa Standard Cableteam Spain S.L. inició la actividad productiva en las instalaciones de B3 Cable el día 14-10-2013. Para ello, tuvo que realizar importantes inversiones para la puesta en marcha de la factoría y contrató a veinticinco trabajadores de la cedente.

Con tales datos, la Sala comparte la valoración efectuada por la Magistrada de instancia.

El elemento fundamental que debemos considerar de cara a determinar si se ha producido una sucesión empresarial es la explotación continúe o se reanude (SSTJCE 18-3-1986 (Asunto Spijkers) y de 11-3-1997 (Asunto Sützen).

Así lo establece la STS 27-5-2013 (Rec. 825/2012), al indicar que es necesaria la continuidad de la actividad para que la venta de una unidad productiva pueda ser considerada sucesión de empresa a efectos jurídico-laborales.

Por tanto, ha de haberse producido la transmisión de un conjunto organizado de elementos materiales que sean suficientes, "por sí mismos", para "seguir" con la "explotación empresarial".

Cuando no hay "continuidad" ni disponibilidad de la explotación empresarial, porque estaba interrumpida al tiempo de la toma de posesión del adquirente y además, los elementos materiales vendidos no bastaban por sí solos para desarrollar la actividad empresarial propia, no cabe entender que se haya producido una sucesión.

La continuidad en la actividad supone mantener una explotación empresarial "viva", que es lo que permitiría considerar la permanencia de su identidad. Así lo recoge la STS 5-3-2013 (Rec. 988/2012). No se produce esta circunstancia cuando se crea una nueva empresa a partir de las cenizas de una anterior, ya sin actividad.

En supuestos de empresas declaradas en situación de concurso, cuando han cesado en su actividad productiva al tiempo del nacimiento de las nuevas y los elementos productivos subsistentes no son suficientes para afirmar la continuidad de la actividad, no se produce sucesión. En este sentido se pronuncia la STS 25-2-2002 (Rec. 4293/2000). En dicho supuesto, la nueva Sociedad Laboral que continuó con la actividad de la precedente, se había constituido cuando la anterior había dejado de existir. Era una masa integrada por un pasivo que superaba al activo, por lo que carecía de capital social y de organización, por lo que no podía considerarse como unidad productiva autónoma. Aunque había utilizado bienes de la anterior, lo cierto es que los tenían cedidos a título de arrendamiento y permanecían hipotecados y gravados con cargas superiores a su valor. La sentencia puntualiza que no se niega la posibilidad de que las ventas, en caso de situaciones de "quiebra", puedan determinar una sucesión de empresa, sino de que en ese concreto supuesto, no se dan las circunstancias particulares que permitan declarar dicha situación.

En el caso que examinamos, consta probado que la empresa había mantenido una actividad meramente residual desde noviembre de 2012 hasta mayo de 2013, cesando de forma definitiva en dicho mes. La extinción colectiva de los contratos de trabajo se produjo por auto del Juzgado de lo Mercantil el 30-7-2013 .

Por tanto, con independencia de la fecha de remisión de las cartas de despido, lo cierto es que la actividad había cesado en mayo de 2013, lo que determina que al tiempo de la transmisión, ya no había actividad.

Conviene precisar que por la similitud que presentan los supuestos de extinción colectiva de contratos de trabajo en sede concursal con los antiguos expedientes de regulación de empleo administrativos, tramitados ante la Autoridad Laboral, se ha planteado doctrinalmente y en la práctica, el carácter o la naturaleza de la decisión del Juzgado de lo Mercantil. Esto es, si autoriza los despidos colectivos, como antes hacía la Autoridad Laboral, o si declara la extinción de los contratos.

Parece que el Juez de lo Mercantil ha de declarar la medida, sin que sea preciso un acto extintivo ulterior del empresario o de la Administración Concursal (SSTSJ Cataluña 27-9-2005 y Asturias 21-12-2007). Aunque puede haber casos excepcionales en los que la resolución del Juez de lo Mercantil se asimile a la autorización administrativa, especialmente, cuando haya de diferirse en el tiempo, porque sea necesario que varios trabajadores continúen prestando servicios pendientes o necesarios hasta el cierre definitivo de la empresa (S. JM 1 Cádiz de 30-7-2007 , nº 1 Valencia de 21-1-2008 , nº 5 Madrid, 5-3-2010 , que aplaza las extinciones a la fecha de la liquidación).

Esta solución parece estar presente en la modificación del art. 64.7 LC por la Ley 38/2011, que prevé que la resolución de los contratos surta efectos desde la fecha en la que se dicte, salvo que se disponga otra cosa en el auto.



Ahora bien, como decimos, en el presente caso, con independencia de la fecha de efectiva notificación a los trabajadores, lo cierto es que la extinción de los contratos se produjo en julio de 2013 y que, en dicha fecha, la empresa ya no tenía actividad desde mayo.

De este modo, aunque la jurisprudencia unificada ha declarado que puede apreciarse fraude de ley en supuestos en los que con carácter previo a la venta, se ha producido un cese de actividad, porque se advierta que el referido cese ha tenido por finalidad evitar la aplicación de lo dispuesto en el artículo 44 ET, en el presente caso no se aprecian indicios de fraude.

El cese de la actividad se produjo cinco meses antes de la venta y no existen elementos objetivos ni indiciarios de una actuación fraudulenta.

Recordemos que los casos declarados fraudulentos por la jurisprudencia atienden, fundamentalmente, al tiempo transcurrido entre el despido de los trabajadores adscritos a la unidad productiva y el reinicio de la actividad. Así ocurre en las SSTs de 16-4-2014 (Rec. 152/2013), SS. 18-2-2014 (Recs. 115/2013 y 108/2013) o 17-2-2014 (Rec. 1423/2013), en las que la reanudación de la actividad de la unidad objeto de enajenación se había producido al día siguiente de la decisión de despido colectivo.

Por otro lado, a mayor abundamiento, en este caso, la entidad que continúa materialmente el desarrollo de la actividad no ha adquirido de la transmitente más que la materia prima. El desarrollo de la actividad en los locales de la anterior se produjo previa concertación de un contrato de arrendamiento con la empresa que adquirió los bienes inmuebles. En la cláusula primera se recogen los bienes inmuebles objeto del contrato y los elementos del activo fijo, con indicación expresa de las instalaciones, maquinaria, utillaje, etc...

Ahora bien no existen datos relativos a la cesión a esta empresa de las licencias y los derechos concesionales, por lo que a falta de acreditación de tal extremo, no podemos presumir que se hayan transferido o cedido a la misma, dichos elementos inmateriales.

Por tanto, nos encontramos ante un supuesto semejante a los examinados en las SSTs 18-2-2014 (Rec. 108/2013) y 16-7-2003 (Rec. 2342/2002). En dichas sentencias se establece que en los casos en los que la adquisición no deriva directamente de la entidad titular que desarrollaba la actividad sino de terceros, no se produce una transmisión global de empresa ni de una unidad productiva, salvo que se acredite fraude de ley.

De nuevo, no existen elementos objetivos ni tampoco indiciarios de un posible fraude. Por el contrario, la empresa ha reanudado una actividad que había cesado cinco meses antes. Lo ha hecho sin que conste que haya adquirido las licencias y derechos concesionales y además, ha tenido que hacer importantes inversiones de capital para poner en funcionamiento la factoría -hecho probado octavo-. Este elemento adicional se considera en algunas resoluciones judiciales para excluir los efectos del artículo 44 ET, como ocurre en la STSJ de Galicia de 15-2-2007 (Rec. 6151/2006).

Con tales datos, no cabe sostener que estemos ante una venta de una unidad productiva regulada en el artículo 44 ET, ya que ello presupone la entrega de todos los elementos esenciales que sean necesarios para asegurar la continuidad o, al menos, la de aquellos que puedan constituir "un soporte productivo dotado de autonomía funcional", siendo así que la mera transmisión de determinados elementos patrimoniales y algunos trabajadores tampoco puede considerarse como unidad productiva autónoma [STS 17-7-1998 (Rec. 4223/1997)].

En definitiva, al no concurrir los requisitos exigidos legalmente para apreciar una sucesión de empresa, debe desestimarse el recurso interpuesto por el trabajador, confirmando íntegramente la resolución dictada en instancia.

CUARTO .- COSTAS .

No ha lugar a expresa condena en costas, de conformidad con lo establecido en el artículo 235.1 LRJS.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Desestimamos el recurso interpuesto por D. Basilio frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Santander, de fecha 18-6-2014 (proceso nº 771/2013), confirmando la misma en su integridad.

Sin costas.

Notifíquese esta Sentencia a las partes y a la Fiscalía de la Comunidad Autónoma, previniéndoles de su derecho a interponer contra la misma, recurso de casación para la unificación de doctrina, regulado en los artículos 218 y siguientes de la Ley 36/2011, de 10 de Octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social, que podrá prepararse



ante esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, dentro de los diez días hábiles contados a partir del siguiente a su notificación.

Devuélvanse, una vez firme la sentencia, el proceso al Juzgado de procedencia, con certificación de esta resolución, y déjese otra certificación en el rollo a archivar en este Tribunal.

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

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ