



Roj: **STSJ CANT 1187/2014 - ECLI:ES:Tsjcant:2014:1187**

Id Cendoj: **39075340012014100744**

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

Sede: **Santander**

Sección: **1**

Fecha: **17/12/2014**

Nº de Recurso: **762/2014**

Nº de Resolución: **899/2014**

Procedimiento: **Recursos de Suplicación**

Ponente: **MARIA JESUS FERNANDEZ GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA nº 000899/2014

En Santander, a diecisiete de diciembre de 2014.

PRESIDENTE

Ilma. Sra. D^a. Mercedes Sancha Saiz

MAGISTRADAS

Ilma. Sra. D^a. MARIA JESUS FERNANDEZ GARCIA (PONENTE)

Ilma. Sra. D^a. Elena Pérez Pérez

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. Claudio , D. Eliseo , D. Francisco , D. Ildefonso , D. Laureano , D. Modesto , D. Roberto , D. Teodosio y D. Carlos Jesús contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social Núm. Uno de Santander, ha sido Ponente la Ilma. Sra. D^a. MARIA JESUS FERNANDEZ GARCIA, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por D. Claudio , D. Eliseo , D. Francisco , D. Ildefonso , D. Laureano , D. Modesto , D. Roberto , D. Teodosio y D. Carlos Jesús siendo demandados B3CABLE SOLUTIONS SPAIN, SL, SUDKABEL GMBH, STANDARD CABLETEAM SPAIN S.L., FONDO DE GARANTÍA SALARIAL y H. WILMS REAL STATE S.L.U. sobre Despido y que en su día se celebró el acto de la vista, habiéndose dictado sentencia por el Juzgado de referencia en fecha 6 de Junio de 2014 en los términos que se recogen en su parte dispositiva.

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

"1º.- Los actores han venido prestando sus servicios para la empresa B3 CABLE SOLUTIONS SPAIN, S.L. con las siguientes características:

1. Don Claudio , desde el 25 de noviembre de 1974, categoría, técnico de fábrica D, salario diario de 89,38 euros con prorrata de pagas extraordinarias, habiendo percibido la prestación por desempleo desde el 17 de septiembre de 2013 hasta el 20 de marzo de 2014.

2. Don Eliseo , desde el 1 de marzo de 1973, categoría, programador informático, salario diario de 121,95 euros con prorrata de pagas extraordinarias, habiendo percibido la prestación por desempleo desde el 21 de septiembre de 2013 hasta el 20 de marzo de 2014.



3. Don Francisco , desde el 8 de enero de 1996, categoría, técnico de fábrica D, salario diario de 87,27 euros con prorrata de pagas extraordinarias, habiendo percibido la prestación por desempleo desde el 3 de octubre de 2013 hasta el 2 de abril de 2014.

4. Don Ildefonso , desde el 19 de mayo de 1997, categoría, técnico de fábrica C, salario diario de 78,68 con prorrata de pagas extraordinarias, percibiendo la prestación por desempleo desde el 15 de septiembre de 2013.

5. Don Laureano , desde el 5 de julio de 2004, categoría, técnico de fábrica B, salario diario de 75,89 euros con prorrata de pagas extraordinarias, habiendo percibido la prestación por desempleo desde el 9 de octubre de 2013 hasta el 8 de abril de 2014. Posteriormente, ha prestado sus servicios desde el 21 de abril de 2014 hasta el 30 de abril de 2014 en la empresa ATEDENA COMUNICACIÓN S.L., prestándolos, en la actualidad, en la empresa FAGRA S.L. GASOLINERA desde el 1 de mayo de 2014.

6. Don Modesto , desde el 18 de septiembre de 2006, categoría, técnico de fábrica C, salario diario de 83,54 euros con prorrata de pagas extraordinarias, habiendo percibido la prestación por desempleo desde el 17 de septiembre de 2013 hasta el 16 de enero de 2014.

7. Don Roberto , desde el 11 de octubre de 2004, categoría, técnico de fábrica C, salario diario de 78,74 euros con prorrata de pagas extraordinarias, habiendo percibido la prestación por desempleo desde el 15 de septiembre de 2013 hasta el 21 de octubre de 2013, percibiéndolo en la actualidad desde el 4 de noviembre de 2013.

8. Don Teodosio , desde el 18 de febrero de 1975, categoría, maestro de taller, salario diario de 103,49 euros con prorrata de pagas extraordinarias, percibiendo la prestación por desempleo desde el 25 de septiembre de 2013.

9. Don Carlos Jesús , desde el 23 de junio de 2007, categoría, técnico de fábrica B, salario diario de 68,42 euros con prorrata de pagas extraordinarias, habiendo percibido la prestación por desempleo desde el 14 de septiembre de 2013 hasta el 21 de octubre de 2013. Posteriormente, ha prestado sus servicios desde el 22 de octubre de 2013 hasta 31 de enero de 2014 en la empresa FLEXIPLAN, E.T.T., prestándolos en la actualidad en la empresa TRANSPORTES AZCAR S.A. desde el 3 de febrero de 2014.

2º.- Las relaciones de las partes se rigen por el Convenio Colectivo de Siderometalurgia de Cantabria.

3º.- Con fecha 5 de octubre de 2012, el Juzgado de lo Mercantil de Santander dictó auto por el que declaró en concurso de acreedores a la deudora B3 CABLE SOLUTIONS SPAIN, S.L. con simultánea apertura de la fase de liquidación, con fecha 24 de enero de 2013 dictó auto por el que aprobó el plan de liquidación propuesto por la administración concursal y con fecha 30 de julio de 2013 dictó auto por el que acordó la medida colectiva de extinción de la totalidad de los contratos laborales.

4º.- Los actores, Don Modesto , Don Laureano , Don Eliseo , Don Teodosio , y Don Francisco , como miembros del Comité de Empresa de B3 CABLE SOLUTIONS SPAIN, S.L. por el Sindicato U.G.T., con fecha 4 de julio de 2013, votaron a favor del Acuerdo de extinción que afectó a toda la totalidad de la plantilla.

5º.- Como consecuencia de este Acuerdo, del informe favorable de la Dirección General de Trabajo y de la última resolución judicial, los administradores concursales enviaron a los actores carta de despido, con efectos de 12 de septiembre de 2013, comunicándoles el importe de la indemnización que les correspondía, de 20 días de salario por año de servicio con el máximo de una anualidad así como el finiquito devengado, comunicándoles también, la imposibilidad de abonar la referida cantidad. La referida carta obra incorporada a autos y se da por reproducida.

6º.- La administración concursal, con fecha 6 de septiembre de 2013, presentó ante el Juzgado de lo Mercantil informe razonado sobre las ofertas recibidas para la transmisión de bienes y derechos de la empresa en liquidación. Una vez examinadas las ofertas y tras un proceso de negociación, los liquidadores concursales, que habían propuesto dos opciones A y B, la primera de enajenación unitaria del conjunto de la unidad productiva, y la segunda, de transmisión subsidiaria de la principal, para así proceder a la venta libre y directa, persiguiendo la finalidad de que la transmisión fuera sobre la totalidad de los bienes con la única excepción de los derechos de cobro, tesorería y existencias, siendo la más ventajosa la oferta presentada por la empresa SÜDKABEL GMBH, a la que se adjudicó y quien, al hacerlo, se reservó la facultad de designar a los adquirentes.

7º.- La oferta presentada por la anterior empresa no contempló el compromiso de subrogación de ningún trabajador de B3 CABLE SOLUTIONS SPAIN, S.L., sino únicamente el compromiso de contratar a 50 empleados antes del 31 de diciembre de 2015, teniendo preferencia los de la anterior empleadora.

8º.- 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.

9º.- En la actualidad STANDARD CABLETEAM SPAIN, S.L., que forma un grupo de empresas con SÜDKABEL GMBH y con H. WILMS REAL ESTATE S.L. UNIPERSONAL con idéntico domicilio social, desarrolla en el mismo centro de trabajo, arrendado por la anterior empresa, una actividad similar a la que venía realizando la empresa B3 CABLE SOLUTIONS SPAIN, S.L., (fabricación de fibra óptica), con parte de su clientela, prestando además, servicios laborales en la primera, distintos trabajadores, que habían sido de ésta última.

10º.- Los actores han ostentado la condición de representantes de los trabajadores, al formar parte del Comité de Empresa.

11º.- El preceptivo acto de conciliación instado, terminó sin avenencia."

TERCERO.- En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "Se desestima la demanda formulada por los actores, que constan en el encabezamiento de esta resolución contra las empresas, que figuran en la misma, a las que se absuelve 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 .- La sentencia de instancia desestima la demanda formulada, declarando en valoración conjunta de la prueba documental aportadas por los litigantes, interrogatorio de la representación de la empresa B3 CABLE SOLUTIONS SPAIN, S.L., resoluciones del Juzgado Mercantil en proceso de concurso de acreedores, declaraciones de representante de REAL ESTATE S.L. unipersonal y STANDARD CABLETEAM SPAIN, S.L., que las tres empresas que cita (incluida SÜDKABEL GMBH), han adquirido B3 CABLE SOLUTIONS SPAIN, formando parte de un grupo de empresas con dirección única y un mismo domicilio social, siendo SÜDKABEL GMBH una sociedad instrumental de las otras dos citadas, y STANDARD CABLETEAM, la empresa productiva, así como, no controvertido, que ésta realiza una actividad similar a la que realizaba la empresa codemandada, en estado actual de liquidación.

Pero, destacando que, el contrato de los actores, que incluyen a cinco miembros del Comité de Empresa de B3 CABLE, firmaron el acuerdo colectivo extintivo, fueron extinguidos por auto del Juzgado Mercantil, en el marco de un expediente de regulación de empleo seguido en el concurso de acreedores, con el acuerdo favorable; trabajadores y representación social, que estuvieron presentes en el mismo. Pues, precisándose que los contratos de trabajo estén vigentes en el momento de la demanda por despido, sin que tenga relevancia alguna el llamamiento de determinados trabajadores, para prestar servicios en la nueva empresa dada su libertad de contratación y los términos pactados que declara probados. Sin que en el proceso concursal, la oferta limitada de la empresa contemple el compromiso de subrogación de ningún trabajador, de la antigua empleadora, concluye desestimando la demanda, ante el planteamiento de las excepciones opuestas por las demandadas de falta de legitimación pasiva y falta de acción.

Frente a esta decisión formula recurso de suplicación la representación letrada de los actores, con apoyo procesal en la letra b) del artículo 193 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social, interesando la revisión del relato fáctico de la instancia. Solicitando la modificación del hecho declarado probado noveno, para incluir el texto propuesto, con apoyo documental, en factura de una empresa de mantenimiento que gira a Standard Cable Team Spain S.L., por trabajos realizados a partir del 16 de octubre de 2013, para puesta en marcha y mantenimiento de la maquinaria y que figura al folio 391 de las actuaciones. La fecha de declaración de concurso de acreedores, por auto del Juzgado de lo Mercantil de 5-10-2012; que el 30-7-2013, se aprueba el ERE extintivo, de la plantilla, con efectividad desde el 12-9-2013, siguiente. Plan de liquidación presentado por la administración concursal; informe favorable de la administración del concurso al JM sobre la oferta de la empresa SÜDKABEL GMBH. Del siguiente tenor literal:

"La empresa Standard Cableteam comenzó su actividad productiva en las instalaciones de B3 Cable Solutions Spain S.L., a partir del 16 de octubre de 2013".

No obstante, la documental que cita, no es fehaciente a los efectos pretendidos, por constituir una factura de una empresa de puesta en marcha y mantenimiento de maquinaria, que no implica con el carácter necesario establecido en el art. 196.3 de la LRJS, lo que pretende. Para concluir la fecha concreta del inicio de actividad



de la nueva empresa en las instalaciones de la empleadora de los actores, en fase de liquidación del concurso. Como tampoco, del resto de resoluciones e informes del JM, a los que remite.

Por lo que no puede accederse a la ampliación solicitada. Ya que, en realidad, se trata, de una valoración parcial e interesada de lo sucedido en el concurso, de la propia parte recurrente, y el contenido de las resoluciones que enumera (ERE extintivo, declaración de concurso y su liquidación e informes previos...) que no es atendible.

Siendo, además, insuficiente, la conclusión fáctica buscada en el recurso, para la estimación del mismo, como a continuación se expone, en cuanto al pretendido inicio concreto de la producción en la fábrica.

SEGUNDO .- Con amparo procesal en la letra c) del artículo 193 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social, la parte recurrente denuncia infracción de lo establecido en el artículo 24 de la Constitución Española y 103 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social, por sostener la sentencia la falta de acción de los demandantes. Transcurriendo 42 días desde la extinción de su contrato por auto del Juzgado de lo Mercantil, de 30-7-2013, y la fecha de la carta individual de su despido, de 12-9-2013, siguiente. El inicio del plazo impugnatorio del despido formulado en demanda, considera que no es el auto del citado JM que, en realidad, no impugna. Sino la efectividad de la nueva actividad, idéntica a la anterior desde el día 16-10-2013, pretendiendo que la recurrida le causa indefensión, siendo la jurisdicción social la competente para su demanda, como indica esta misma sala en nuestra sentencia de 14-4-2014 (rec. 99/2014), sobre el debate de existencia de sucesión de empresa, del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores.

Ahora bien, aquí, la cuestión de la sucesión de empresa del art. 44 del Estatuto de los Trabajadores, con relación al relato de la recurrida, que no se ha visto alterado en el recurso, está íntimamente unida a la acción ejercitada por los demandantes. Concluyendo la recurrida, tanto de sus pretensiones como de la oposición de las codemandadas (que invocan la excepción de falta de acción y falta de legitimación pasiva), por estar todo ello (lo planteado en demanda y la oposición de las demandadas) involucrado en su resolución; no que carecen de acción, sino, desestimando la demanda, como en la parte dispositiva de la recurrida se expresa lo que no causa indefensión a la parte recurrente (por todas, STS Sala 4ª, de 2-7-2014, rec. 241/2013).

La recurrida, también, claramente, afirma la firmeza de la extinción por auto del JM, relativo a su contrato de trabajo con la empresa B3 CABLE, junto a, la existencia de sucesión de empresas con las codemandadas. Siendo lo que lleva a desestimar sus pretensiones, la falta de vigencia del contrato de los actores cuando aquello (la sucesión), se produce.

Luego, no se trata de que, con ello, se cause indefensión alguna a los actores. Sino que, en atención a lo planteado por la parte actora y oposición de las demandadas, estimando parte de las alegaciones de ambos litigantes (en el relato fáctico); sin embargo, llega a la conclusión desestimatoria de la demanda por las razones que expone.

Que son susceptibles de análisis fáctico y jurídico, en la presente resolución, como efectivamente plantea la parte recurrente, en siguiente motivo del recurso. Luego, ninguna indefensión se aprecia, le ocasiona a la parte recurrente. Que no cabe identificar con desestimación de sus pretensiones.

TERCERO .- Por último, en cuanto al fondo de la litis, con igual apoyo procesal, pretende la infracción en la recurrida de lo establecido en los artículos 44 del Estatuto de los Trabajadores; 4.1 y 5.1 de la Directiva 2011/23/CE del Consejo sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros, relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en el traspaso de empresa, de centros de actividad, o de partes de la empresa; y, art. 149.2 de la Ley Concursal. Valorando lo actuado en el proceso concursal seguido por su empleadora, así como, que a pocos días de la transmisión del centro de trabajo, vuelve a producir una nueva empresa, contratando antiguos trabajadores de la anterior. Con objeto de producción y venta del mismo material (cable de cobre y fibra de vidrio), utilizando similar proceso productivo que el aplicado por la anterior. Lo que la misma recurrida considera acreditado, en virtud de lo establecido en el art. 44 del ET.

Y, en aplicación del mismo relato, considera subsistentes sus derechos laborales a continuar en la citada actividad, incluso en un proceso concursal, porque el precepto imperativo citado, no puede ser objeto de disposición por las partes, también en los supuestos de enajenación de bienes y derechos de la empresa concursada, en liquidación. Con cita de doctrina suplicacional y de la AN que lo ampara, por lo que reitera la pretensión de declaración de despido improcedente, con sus consecuencias legales, para cada actor.

La situación ha sido resuelta en reciente sentencia de esta sala de fecha 28 de noviembre de 2014 (rec. 708/2014), cuyos argumentos legales y jurisprudenciales se dan por reproducidos, en sentido desestimatorio de las pretensiones de los actores. Al no constar hechos diferentes (se trata de la misma venta de activos en el procedimiento concursal seguido de la empresa B3 CABLE), que permitan apartarnos del citado pronunciamiento. En la citada se indica, que:



El examen de las cuestiones planteadas en el recurso exige recordar que la Directiva 2001/23/CE, de 12 de marzo de 2001 (invocada en el recurso), 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 accesorio, 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 accesorio".

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. 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 esta interpretación. 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 (como efectivamente aquí lo ha sido en la instancia, en que no se concluye la incompetencia de jurisdicción). 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-.

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.

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). La transmisión debe referirse a una entidad económica organizada de forma estable, cuya actividad no se limite a la ejecución de una obra determinada. 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.

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.

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.

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 otras numerosas.

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 contratación 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.

En los casos en los que concurra 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.

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, a partir de octubre de 2013. Para ello, tuvo que realizar importantes inversiones para la puesta en marcha de la factoría (a cuya factura remite la recurrente en la revisión fáctica pretendida) y contrató a veinticinco trabajadores de la cedente.

El elemento fundamental que debemos considerar de cara a determinar si se ha producido una sucesión empresarial es la explotación continúa o se reanuda.

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. 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.

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.

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 (a diferencia de lo concluido por la recurrida, pero igualmente, tendente a su confirmación), debe desestimarse el recurso interpuesto por los trabajadores.

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

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por D. Claudio , D. Eliseo , D. Francisco , D. Ildefonso , D. Laureano , D. Modesto , D. Roberto , D. Teodosio y D. Carlos Jesús , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número Uno de Santander de fecha 6 de junio de 2014 , en virtud de demanda formulada por los demandantes contra las empresas B3 CABLE SOLUTIONS SPAIN,S.L., SÜDKABEL GMBH, STANDARD CABLETEAM SPAIN, S.L., H. WILMS REAL STATE S.L.U., siendo parte el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL y la administración concursal, en materia de despido y en su consecuencia, confirmamos la resolución recurrida.

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

Devuélvase, 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.