



Roj: **STSJ CAT 7974/2016 - ECLI: ES:TSJCAT:2016:7974**

Id Cendoj: **08019340012016105307**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **20/09/2016**

Nº de Recurso: **4049/2016**

Nº de Resolución: **5208/2016**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **MARIA MACARENA MARTINEZ MIRANDA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

SALA SOCIAL

NIG : 08019 - 44 - 4 - 2015 - 8017047

mm

Recurso de Suplicación: 4049/2016

ILMO. SR. IGNACIO PALOS PENYARROYA

ILMA. SRA. M. MACARENA MARTINEZ MIRANDA

ILMO. SR. LUIS REVILLA PÉREZ

En Barcelona a 20 de septiembre de 2016

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

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA núm. 5208/2016

En el recurso de suplicación interpuesto por Ángel Daniel , Piedad , Rosalia , Alfredo , Arcadio y Balbino frente a la Sentencia del Juzgado Social 20 Barcelona de fecha 17 de marzo de 2016 dictada en el procedimiento nº 360/2015 y siendo recurridos Grupo Constant Servicios Empresariales, S.L.U, Orfeo Protección Contra Incendios, S.A., Bruno (Administrador Concursal) y Fondo de Garantía Salarial. Ha actuado como Ponente la Ilma. Sra. M. MACARENA MARTINEZ MIRANDA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Reclamación cantidad, en la que el actor alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha 17 de marzo de 2016 que contenía el siguiente Fallo:

"Que desestimando la demanda en materia de reclamación de cantidad interpuesta por Ángel Daniel , Piedad , Rosalia , Alfredo , Arcadio y Balbino frente a GRUPO CONSTANT SERVICIOS EMPRESARIALES S.L., ORFEO PROTECCIÓN CONTRA INCENDIOS S.A., el administrador concursal de ésta Bruno y el FOGASA, debo absolver y absuelvo a los demandados de las pretensiones ejercidas en su contra en el escrito de demanda."

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



"PRIMERO.- Los demandantes prestaron servicios por cuenta y bajo la dependencia de la empresa ORFEO.

SEGUNDO.- La relación laboral de los demandantes Srs Rosalia y Alfredo con la empresa ORFEO se extinguió en fecha 30 de marzo de 2012 y la de los demandantes Srs Ángel Daniel , Piedad , Arcadio y Balbino en fecha 2 de abril de 2012, en todos los casos por despido objetivo por causas económicas.

Por sentencia de 8 de marzo de 2013 dictada por el Juzgado Social 2 de Granollers se estimó la demanda interpuesta por la parte demandante, declarando la improcedencia de los despidos acordados por la empresa ORFEO, con opción por ésta de readmitir a los demandantes o extinguir de forma indemnizada su relación laboral.

Igualmente se estimó la pretensión de los demandantes en reclamación de cantidad frente a la empresa ORFEO, más el interés moratorio del 10%.

Respecto del administrador concursal Sr Bruno se condenó al mismo a estar y pasar por el contenido de dicha sentencia, con absolución del FOGASA sin perjuicio de las responsabilidades legales correspondientes conforme al art. 33 ET .

Por auto de 6 de junio de 2013 dictado por el Juzgado Social 2 de Granollers se declaró extinguida la relación laboral de los actores con la empresa ORFEO en fecha 30 de marzo de 2012 para los Srs Alfredo y Rosalia y en fecha 2 de abril de 2012 para el resto de demandantes, fijando el importe de las indemnizaciones y sumas por cantidad a satisfacer a los demandantes.

Se dan íntegramente por reproducidos los hechos probados fijados en dicha sentencia del Juzgado Social 2 de Granollers de 8 de marzo de 2013 .

TERCERO.- Declarada la insolvencia de la empresa ORFEO, por el FOGASA se abonaron a los demandantes las sumas como responsable subsidiario en concepto de indemnización y salarios recogidas a hecho tercero de la demanda, a cuyo contenido me remito.

La diferencia entre las sumas abonadas por el FOGASA en concepto de indemnización y salarios como responsable subsidiario y las fijadas respecto de la empresa ORFEO para cada demandante en resoluciones del Juzgado Social 2 de Granollers son las siguientes:

Piedad : 70.146'51 euros por indemnización; 2.130'85 euros por salarios.

Rosalía : 9.183'06 euros por indemnización; 2.948'35 euros por salarios.

Alfredo : 10.708'65 euros por indemnización; 2.657'70 euros por salarios.

Arcadio : 6.971'64 euros por indemnización; 718'22 euros por salarios.

Balbino : 81.580'85 euros por indemnización; 1.539'25 euros por salarios.

Ángel Daniel : 2.923'63 euros por indemnización; 1.105'69 euros por salarios.

Todo ello no controvertido.

CUARTO.- Por el Juzgado Mercantil 9 de Barcelona se declaró a la mercantil ORFEO en situación de concurso de acreedores, siendo nombrado administrador concursal el Sr Bruno , en representación de FRADE GOBEO SLP.

Por auto de 17 de marzo de 2014 se abrió la fase de liquidación de la concursada ORFEO; por auto de 17 de junio de 2014 dictado por dicho Juzgado Mercantil se aprobó el plan de liquidación presentado por la administración concursal, con aplicación supletoria de las normas establecidas en la Ley Concursal.

QUINTO.- En fecha 4 de noviembre de 2014 se presentó por la administración concursal ante el Juzgado Mercantil 9 de Barcelona escrito exponiendo las ofertas realizadas para la compra de la unidad productiva de la concursada, solicitando el dictado de auto de adjudicación de la misma respecto de CONSTANT en las condiciones de su oferta, sin declarar sucesión de empresas a efectos laborales, fiscales o tributarios.

Se dan por reproducidas las condiciones de la oferta 3 del doc. 14 de la parte que consta en dicho escrito realizada por CONSTANT; en concreto en la misma CONSTANT ofreció la subrogación de 12 de los 13 contratos de trabajo de la empresa en el régimen general, manteniendo su puesto los 2 socios-administradores de alta en el RETA, adquiriendo la totalidad de los bienes y derechos de la unidad productiva salvo varios elementos relacionados, subrogándose como pasivo únicamente en varios contratos de leasing de los vehículos que forman parte de la unidad productiva, utilizando las instalaciones de la concursada un plazo máximo de 2 meses desde el auto de adjudicación, diversificando con posterioridad el personal de taller, comerciales y mantenimiento en Santa Perpetua de la Mogoda y el personal administrativo en Barcelona.

Por CONSTANT se ofreció la suma de 120.000 euros como pago.



En fecha 21 de noviembre de 2014 la letrada Sra Guasch Batalla, en nombre y representación de los 6 demandantes en los presentes autos, formuló ante el Juzgado Mercantil 9 de Barcelona alegaciones.

SEXTO.- Por auto de 12 de diciembre de 2014 por el Juzgado Mercantil 9 de Barcelona , doc. 16 de la parte actora a cuyo contenido me remito y doy íntegramente por reproducido, se procedió a adjudicar la unidad productiva propiedad de la concursada ORFEO a la mercantil CONSTANT en los términos y condiciones de su oferta vinculante citada.

Igualmente se declaró únicamente la sucesión de empresas a efectos laborales respecto de los trabajadores en cuyos contratos de trabajo se subrogó la adquirente CONSTANT, no declarando sucesión de empresas respecto de la deuda que la concursada pudiera tener con AEAT, FOGASA y TGSS, exonerando igualmente al adquirente del pago de la deuda laboral pendiente con los trabajadores subrogados en la parte que cubierta por el FOGASA, con venta de los bienes de la unidad productiva libres de cargas y gravámenes.

SEPTIMO.- En caso de estimación de la demanda el importe no satisfecho a los demandantes en concepto de indemnización y cantidades no abonados por el FOGASA y reconocidos en su importe por resoluciones del Juzgado Social 2 de Granollers citadas son los fijados a hecho probado tercero de la presente resolución, no controvertidos."

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Por la parte actora se interpone recurso de suplicación contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social que, desestimando la demanda en materia de reclamación de cuantía, absolvió a los codemandados de las pretensiones deducidas en su contra. El recurso ha sido impugnado por la entidad codemandada Grupo Constant Servicios Empresariales, S. L. U., que interesó su desestimación, con íntegra confirmación de la resolución recurrida.

Constituye el objeto del recurso interpuesto el alcance de la subrogación laboral cuando se produce una transmisión de la unidad productiva empresarial en el marco de un procedimiento de concurso al que se halla sometida la empresa.

Al amparo del apartado b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , la parte actora recurrente insta la adición de dos nuevos ordinales, numerados octavo y noveno.

A) Comenzando por el hecho probado octavo, se postula la siguiente redacción:

"Constant ha continuado con la actividad de Orfeo PCI. La administración concursal de Orfeo PCI valoró que la mejor de las ofertas presentadas era la de Constant, porque Grupo Constant goza de una experiencia contrastada y d una sólida posición en el mercado que asegura la continuidad de la actividad de la unidad productiva de Orfeo PCI.

En la oferta presentada por Constant se determinó que habría continuidad en relación con todos los elementos de Orfeo:

- Marca comercial de Orfeo.
- Propiedad industrial de todos los elementos.
- Fondo de comercio.
- Aplicaciones informáticas.
- Maquinaria, utillaje y otras instalaciones.
- Vehículos y elementos de transporte.
- Contratos de trabajo de toda la plantilla: subrogación de los mismos. Mantenimiento e las condiciones de trabajo.
- Continuidad en los contratos de suministro y servicios relativos a la fabricación externa, así como los contratos de depósito de moldes, maquinaria, etc".

En aras a lograr el éxito de la revisión propuesta, se invoca tanto la oferta presentada por Constant para la adquisición de la unidad productiva (folios 347 a 349), como las valoraciones de la administración concursal



en relación con la oferta presentada por Constant (folios 233, 242 y 243), y la resolución dictada por el Juzgado de lo Mercantil número 9 de Barcelona autorizando la venta de unidad productiva (folio 250).

La propia parte recurrente reconoce que nos encontramos ante un hecho que resultó pacífico en la instancia, lo que corrobora la parte demandada en su impugnación, y conduce a que resulte innecesaria su incorporación al relato fáctico. A ello ha de añadirse que las condiciones de la oferta presentada por Constant obran en el relato de hechos probados de la sentencia de instancia, por cuanto el ordinal quinto de ésta las tiene por reproducidas. Del mismo modo, en el referido ordinal se hace constar que la administración concursal solicitó el dictado de auto de adjudicación de la concursada respecto de Constant en las condiciones de la oferta. Ello conduce al fracaso de la primera de las adiciones solicitadas.

B) Insta, asimismo, la parte recurrente, la adición, como hecho probado noveno, del redactado que sigue:

"El plan de liquidación elaborado por la administración concursal de Orfeo y aprobado por el Juzgado de lo Mercantil número 9 de Barcelona no establecía ninguna regulación relativa a la sucesión de empresas a efectos laborales".

Invocándose el propio plan de liquidación (folios 176 a 223), no ha lugar a la referida revisión, por cuanto se pretende la redacción de un hecho negativo, lo que resulta impropio del relato fáctico conforme a reiterada Jurisprudencia (sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 2010, entre otras).

Todo ello en aplicación de la reiterada doctrina jurisprudencial, relativa a los requisitos exigibles para acceder a la revisión fáctica, compendiados en la sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2015 (recurso 95/2014) del siguiente modo:

"Tal y como nos recuerda nuestra sentencia de 19 de diciembre de 2013, recurso 37/2013, los requisitos generales de toda revisión fáctica son los siguientes: "Con carácter previo al examen de la variación del relato de hechos probados que el recurso propone, han de recordarse las líneas básicas de nuestra doctrina al respecto. Con carácter general, para que prospere la denuncia del error en este trámite extraordinario de casación, es preciso que concurren los siguientes requisitos: a) Que se concrete con claridad y precisión el hecho que haya sido negado u omitido en el relato fáctico [no basta mostrar la disconformidad con el conjunto de ellos]. b) Que tal hecho resulte de forma clara, patente y directa de la prueba documental obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones o conjeturas [no es suficiente una genérica remisión a la prueba documental practicada]. c) Que se ofrezca el texto concreto a figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos. d) Que tal hecho tenga trascendencia para modificar el fallo de instancia (SSTS 02/06/92 -rec. 1959/91 -; ... 28/05/13 -rco 5/12 -; y 03/07/13 -rco 88/12 -).

Más en concreto, la variación del relato de hechos únicamente puede basarse en prueba documental, porque el art. 207 LRJS sólo acepta -en la casación laboral común u ordinaria- el motivo de "error en la apreciación de la prueba" que esté "basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador"» (recientes, SSTS 19/04/11 -rco 16/09 -; 22/06/11 -rco 153/10 -; y 18/06/12 -rco 221/10 -); y que en esta línea hemos rechazado que la modificación fáctica pueda ampararse en la prueba testimonial, tal como palmariamente se desprende de la redacción literal -antes transcrita- del art. 207.d) LRJS y hemos manifestado reiteradamente desde las antiguas SSTS de 29/12/60 y 01/02/61 (así, SSTS 13/05/08 -rco 107/07 -; y 18/06/13 -rco 108/12 -); como también hemos rechazado expresamente la habilidad revisora de la prueba pericial, que «no está contemplada en el ... [art. 207.d) LRJS] como susceptible de dar lugar a sustentar un error en la apreciación probatoria en el recurso de casación, a diferencia de lo que sucede en el de suplicación ... [art. 193.b LRJS], aparte de que la supletoria Ley de Enjuiciamiento Civil [art. 348] confiere a los órganos jurisdiccionales la facultad de valorar "los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica", y la Sala de instancia ya valoró esta prueba en conjunción con el resto de la practicada» (STS 26/01/10 -rco 45/09 -).

En todo caso se imponen -en este mismo plano general- ciertas precisiones: a) aunque la prueba testimonial no puede ser objeto de análisis en este extraordinario recurso, pese a todo en algunos supuestos puede ofrecer «un índice de comprensión sobre el propio contenido de los documentos en los que la parte» encuentra fundamento para las modificaciones propuestas (en tal sentido, SSTS 09/07/12 -rco 162/11 -; y 18/06/13 -rco 108/12 -); b) pese a que sea exigencia de toda variación fáctica que la misma determine el cambio de sentido en la parte dispositiva, en ocasiones, cuando refuerza argumentalmente el sentido del fallo no puede decirse que sea irrelevante a los efectos resolutorios, y esta circunstancia proporciona justificación para incorporarla al relato de hechos, cumplido -eso sí- el requisito de tener indubitado soporte documental (STS 26/06/12 -rco 19/11 -); y c) la modificación o adición que se pretende no sólo debe cumplir la exigencia positiva de ser relevante a los efectos de la litis, sino también la negativa de no comportar valoraciones jurídicas (SSTS 27/01/04 -rco 65/02 -; 11/11/09 -rco 38/08 -; y 20/03/12 -rco 18/11 -), pues éstas no tienen cabida entre los HDP y de constar se deben tener por no puestas, siendo así que las calificaciones jurídicas que sean determinantes del fallo tienen



exclusiva -y adecuada- ubicación en la fundamentación jurídica (SSTS 07/06/94 -rco 2797/93 -; ... 06/06/12 -rco 166/11 -; y 18/06/13 -rco 108/12 -).

A tales requisitos se ha de añadir el proporcionado por la propia dicción del precepto - artículo 207 d) LRJS -) consistente en que el error que se denuncia, basado en documentos que obren en autos, no resulte contradicho por otros elementos probatorios".

Por lo expuesto, se desestima el primero de los motivos del recurso.

SEGUNDO .- Como segundo motivo, con correcto amparo en el apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , la parte actora recurrente denuncia la infracción, por inaplicación del artículo 146bis de la Ley Concursal , así como, errónea interpretación del artículo 149, apartados 1 y 2, del mismo cuerpo legal, y Jurisprudencia interpretativa del mismo, así como 44.3 del Estatuto de los Trabajadores . Se alega, en síntesis, que procedía la aplicabilidad del artículo 146bis de la Ley Concursal , que entró en vigor el 7 de septiembre de 2014, y que excluye la posibilidad de no asumir las deudas laborales de la empresa cuya unidad productiva se adquiriera por la vía que nos ocupa. De forma supletoria, se insta la aplicación del artículo 149.2 de la Ley Concursal , aduciendo que el mismo remite al artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores , siendo así que existió sucesión de empresa y que el juez de lo mercantil únicamente se encontraba autorizado para eximir a la entidad adquirente de los importes asumidos por el Fondo de Garantía Salarial, y no así respecto al resto de deudas.

Opone la parte codemandada, al impugnar el recurso, que no ha concurrido inaplicación del primero de los preceptos citados, por cuanto el propio Juez de lo Mercantil, en el auto de adjudicación de 12 de diciembre de 2014 , declara que existe sucesión de empresas a nivel laboral, si bien con las limitaciones establecidas en el mismo. A ello añade que, tal como declara la sentencia de instancia, nos encontramos ante unos despidos producidos dos años y medio antes de la adjudicación de la unidad productiva, excluyendo el Juez de lo Mercantil de la responsabilidad sobre tales despidos a la entidad adjudicataria, no dándose un supuesto de los recogidos en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores . En suma, considera que existe una subrogación por parte de la adjudicataria de los trabajadores con contrato vigente en el momento de la sucesión empresarial derivada de la adjudicación de la unidad productiva de la concursada, si bien ello no significa que pueda entender a la adjudicataria como responsable de las deudas derivadas de una diferencia de cantidades correspondientes a indemnizaciones por encima de lo abonado por el Fondo de Garantía Salarial.

Centrados los términos del debate, constituye necesario punto de partida para dirimir sobre la cuestión suscitada el inmodificado relato de hechos probados de la sentencia de instancia, del que, en síntesis -por obrar reproducido en los antecedentes de hecho de esta resolución- se desprende:

1º.- Los actores prestaron servicios por cuenta y bajo la dependencia de la entidad Orfeo. La relación laboral se extinguió en las fechas obrantes al ordinal fáctico segundo, que damos por reproducido.

Por sentencia dictada en fecha 8 de marzo de 2013 por el Juzgado de lo Social número 2 de Granollers , se declaró la improcedencia de los despidos de los actores acordados por la entidad Orfeo, estimándose, asimismo, la reclamación dineraria.

Por auto del mismo Juzgado de 6 de junio de 2013 se declaró extinguida la relación laboral, en las fechas sobrantes al referido ordinal fáctico segundo.

2º.- Declarada la insolvencia de la entidad Orfeo, por el FOGASA se abonaron a los actores las sumas correspondientes a su responsabilidad subsidiaria.

3º.- Por el Juzgado de lo Mercantil número 9 de Barcelona se declaró a Orfeo en situación de concurso de acreedores. En fecha 17 de marzo de 2014 se abrió la fase de liquidación de la entidad concursada, aprobándose en fecha 17 de junio de 2014 el correspondiente plan de liquidación.

4º.- Presentada ofertas para la adquisición de la unidad productiva de la concursada, por la administración concursal se instó el dictado de auto de adjudicación de aquélla a Constant, en las condiciones de su oferta, sin declarar sucesión de empresas a efectos laborales, fiscales y tributarios.

Presentadas alegaciones por la representación de los actores, por auto de 12 de diciembre de 2014, por el Juzgado de lo Mercantil número 9 de Barcelona se procedió a adjudicar la unidad productiva propiedad de la concursada Orfeo a la mercantil Constant, en los términos y condiciones de su oferta vinculante. Asimismo, se declaró la sucesión de empresas a efectos laborales únicamente en relación a los trabajadores en cuyos contratos de trabajo se hubiera subrogado la adquirente Constant, no declarando la sucesión de empresas respecto de la deuda que la concursada pudiera tener con AEAT, FOGASA y TGSS, exonerando igualmente al adquirente del pago de la deuda laboral pendiente con los trabajadores subrogados en la parte cubierta por el FOGASA, con venta de los bienes de la unidad productiva libre de cargas y gravámenes.



Expuestos, de forma resumida, los presupuestos fácticos de que necesariamente hemos de partir, concluye la sentencia de instancia que, dados los términos en que el Juzgado de lo Mercantil aprobó la venta de unidad productiva, la empresa adquirente no responde por sucesión de empresa de las deudas por diferencias de indemnización y salarios no cubiertas por el Fondo de Garantía Salarial como responsable subsidiario por insolvencia de la empleadora Orfeto, pendientes de abono a los actores, ni por la vía del artículo 149.2 de la Ley Concursal, ni por la del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, absolviendo a los codemandados de las pretensiones deducidas en su contra.

Ahora bien, concurre una primera cuestión a dirimir, cual es la propia aplicabilidad al supuesto que nos ocupa de la modificación operada en la regulación de la Ley Concursal en la materia (concretamente, con la introducción del artículo 146bis) por el Real Decreto 11/2014, de 5 de septiembre, de Medidas Urgentes en Materia Concursal.

Al respecto, tal como expusimos en la sentencia de 29 de febrero de 2016 (recurso 6944/2015), razones de temporalidad excluyen su aplicación. Así, concluíamos en aquélla:

" (...) razones de temporalidad excluyen la aplicación del Real Decreto ley 11/2014, de 5 de septiembre, de Medidas Urgentes en Materia Concursal (BOE 6-9-2014), aplicado por la magistrada a quo. Al respecto, procede poner de relieve que, de conformidad con la disposición transitoria primera de la referida norma (que regula el régimen transitorio aplicable a los procedimientos concursales en tramitación a la entrada en vigor de este Real Decreto-ley), el artículo 146bis de la Ley Concursal, introducido por aquella norma, será de aplicación a los procedimientos concursales en tramitación en que no se hubiese iniciado la fase de liquidación, lo que no concurre en el supuesto que nos ocupa. Así, tal como se expone en el auto dictado por el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Barcelona, en fecha 22 de septiembre de 2014 (concurso 378/2011), fue abierta la fase de liquidación por auto de 14 de marzo de 2014 (razonamiento jurídico cuarto, en extremo incontrovertido en esta sede).

Cierto es que, tal como expone la juzgadora de instancia, la venta de unidad productiva se produjo con posterioridad a la entrada en vigor de la reforma operada en la Ley Concursal por Real Decreto ley 11/2014, y que la citada norma, en su Exposición de Motivos, se refiere a la necesidad de extender al convenio concursal el principio aplicado en el Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo (por el que adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, en materia pre-concursal), así como a la necesaria continuidad de las empresas económicamente viables en beneficiosa no sólo para las propias empresas, "sino para la economía en general y, muy en especial, para el mantenimiento de la empresa", pretendiendo fomentar la adquisición de unidades productivas de empresas en concurso de acreedores. Para ello, entre otras modificaciones, se añade el artículo 146bis a la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, introduciendo como especialidad de la transmisión de unidades productivas que, en este caso, se cederá al adquirente los derechos y obligaciones derivados de contratos afectos a la continuidad de la actividad profesional o empresarial cuya resolución no hubiera sido solicitada, subrogándose el adquirente en la posición contractual de la concursada sin necesidad de consentimiento de la otra parte. Ahora bien, se advierte que esta norma no será aplicable a aquellas licencias, autorizaciones o contratos en los que el adquirente haya manifestado expresamente su intención de no subrogarse; "sin perjuicio, a los efectos laborales, de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores en los supuestos de sucesión de empresa".

En concreto, disponía el artículo 146 bis de la Ley Concursal, en el redactado vigente en el momento en que fue transmitida la unidad productiva que nos ocupa, dentro de la regulación de la fase de liquidación del concurso:

"Artículo 146 bis. Especialidades de la transmisión de unidades productivas.

1. En caso de transmisión de unidades productivas, se cederá al adquirente los derechos y obligaciones derivados de contratos afectos a la continuidad de la actividad profesional o empresarial cuya resolución no hubiera sido solicitada. El adquirente se subrogará en la posición contractual de la concursada sin necesidad de consentimiento de la otra parte. La cesión de contratos administrativos se producirá de conformidad con lo dispuesto por el artículo 226 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

2. También se cederá aquellas licencias o autorizaciones administrativas afectas a la continuidad de la actividad empresarial o profesional e incluidas como parte de la unidad productiva, siempre que el adquirente continuase la actividad en las mismas instalaciones.

3. Lo dispuesto en los dos apartados anteriores no será aplicable a aquellas licencias, autorizaciones o contratos en los que el adquirente haya manifestado expresamente su intención de no subrogarse. Ello sin perjuicio, a los efectos laborales, de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores en los supuestos de sucesión de empresa.



4. La transmisión no llevará aparejada obligación de pago de los créditos no satisfechos por el concursado antes de la transmisión, ya sean concursales o contra la masa, salvo que el adquirente la hubiera asumido expresamente o existiese disposición legal en contrario y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.2.

La exclusión descrita en el párrafo anterior no se aplicará cuando los adquirentes de las unidades productivas sean personas especialmente relacionadas con el concursado."

No obstante, tal como veníamos exponiendo en esta resolución, al proceso concursal en que fue dictada la resolución no le resulta de aplicación la normativa expuesta, en su redacción posterior al Real Decreto 11/2014".

Tal circunstancia concurre, asimismo, en el supuesto que nos ocupa, en que la normativa vigente en la fecha de apertura de la fase de liquidación era la anterior al dictado por el Real Decreto 11/2014, tal como acertadamente entendió tanto la sentencia de instancia como el auto de 12 de diciembre de 2014, dictado por el Juzgado de lo Mercantil número 9 de Barcelona; por lo que mal puede entenderse vulnerada una norma (artículo 146 bis) que no resultaba aplicable por razones de temporalidad.

Ello conduce a desestimar la infracción jurídica invocada en relación a este particular.

TERCERO .- Continuando con la infracción jurídica denunciada, y centrándonos en la aplicabilidad de los artículos 149.2 de la Ley Concursal y 44 del Estatuto de los Trabajadores, la cuestión atinente a los efectos que la resolución del Juzgado de lo Mercantil acordando la venta de unidad productiva autónoma ha de proyectar en la responsabilidad de la adquirente respecto a las consecuencias de la extinción de la relación laboral anterior a la referida adquisición, en aplicación de la legislación anterior al Real Decreto 11/2014, en supuestos en que exista un plan de liquidación aprobado en sede concursal, ha sido objeto de resolución por el Pleno de esta Sala.

Así, tal como recordábamos en nuestra sentencia de 29 de febrero de 2016 (recurso 6944/2015),

"Al respecto, en relación a la legislación anterior al Real Decreto ley 11/2014 -modificada en la forma que posteriormente se expondrá-, y en supuesto en que existía un plan de liquidación aprobado en sede concursal, expusimos en la reciente sentencia de Pleno de esta Sala de 19 de febrero de 2016 (recurso 3271/2015):

"Por lo que respecta a nuestro Derecho español, la Ley Concursal, en sus arts. 148 y 149 (atendiendo a su redacción vigente al tiempo de los hechos enjuiciados, dada por ley 38/11; y, por tanto sin atender a los cambios introducidos en estos y otros artículos que, en su caso, serían relevantes para un asunto posterior, introducidos por el RD-Ley 11/14, de 5 de septiembre y la Ley 9/2015, de 25 de mayo) disponían lo siguiente:

(...)"

De la consideración del conjunto de dichas normas, debe destacarse a los efectos de la resolución del presente asunto, la previsión del supuesto en que en la fase de liquidación la administración concursal hubiera presentado al juez un plan para la realización de los bienes y derechos integrados en la masa activa del concurso (que habrá de procurar contemplar la enajenación unitaria del conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes y servicios del concursado o de alguno de ellos), en cuyo caso dicho plan podrá ser aprobado mediante auto por el juez, bien en los términos exactos en que se hubiera planteado, bien introduciendo en él modificaciones o bien acordar que se siga la liquidación según las reglas supletorias del art. 149. Ha de destacarse que dicho auto solo se dictará tras haberle sido dada la publicidad correspondiente por el secretario judicial (hoy, letrado de la Administración de Justicia) al citado plan de liquidación para que deudor y acreedores concursales puedan formular observaciones o propuestas de modificación y para que se someta a informe de los trabajadores para los mismos fines; así como que este auto puede ser objeto de recurso de apelación, para cuya interposición están legitimados los trabajadores, por cuanto son titulares de un interés legítimo y, por tanto, están comprendidos dentro del art. 184. 4 y 6 de la LC.

Así, en el citado art. 148 no se menciona en absoluto que las actuaciones que regula lleven consigo la sucesión de la empresa a efectos laborales; es decir, por tanto, que no hay disposición española en sentido contrario a la previsión del art. 5.1 de la Directiva 21/2003 (que establece la exclusión de la aplicación de sus artículos 3 y 4) cuando se trata de la cesión de una empresa en el seno de un proceso concursal.

Para tal caso, el art. 148 concede al juez un amplio margen de decisión, sin perjuicio de resolver tras permitir y atender las alegaciones que tuvieran por conveniente formular deudor y acreedores y recibir el informe de la representación de los trabajadores y teniendo en cuenta que tal decisión es recurrible en apelación.

Por su lado, el art. 149, en su número 2, sí nos dice que "se considerará, a los efectos laborales, que existe sucesión de empresa", pero se trata de una previsión supletoria, esto es, para el caso de no aprobarse un plan de liquidación o en lo que no hubiere previsto el aprobado (de ahí su expresivo epígrafe: "reglas legales



supletorias"). Con lo cual, esta norma estatal se halla en consonancia con la previsión del número 2 del artículo 5 de la Directiva 21/2003, cuando permite que la legislación de un Estado miembro establezca determinadas limitaciones a las consecuencias de la subrogación prevista en términos generales en sus artículos 3 y 4, cuando se transmite una unidad productiva que mantenga su identidad para poder desarrollar una actividad económica, garantizando en todo caso la protección mínima que se establece en la Directiva 80/987.

Por último, merece ser añadido que cuando el Juez de lo Mercantil decide sobre el alcance de la subrogación por parte del adquirente en los derechos y obligaciones de la empresa concursada no estamos ante una cuestión prejudicial de las previstas en el artículo 9 de la LC ("1. La jurisdicción del juez se extiende a todas las cuestiones prejudiciales civiles, con excepción de las excluidas en el artículo 8, las administrativas o las sociales directamente relacionadas con el concurso o cuya resolución sea necesaria para el buen desarrollo del procedimiento concursal. 2. La decisión sobre las cuestiones a las que se refiere el apartado anterior no surtirá efecto fuera del proceso concursal en que se produzca"); no se trata de una cuestión que resuelva incidenter tantum o de modo accesorio sino un extremo que, en virtud del artículo 148, entra plenamente dentro de su competencia y vincula a este orden social; de modo que no sería aceptable que esta Sala resolviera sobre el alcance de la responsabilidad de la adquirente en términos diferentes a los fijados en el auto del Juez de lo Mercantil que aprobó el plan de liquidación. Por tanto, esta Sala no comparte los razonamientos de la sentencia número 78/2014, de 22 de abril, de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional -que alega una de las trabajadoras recurrentes-, ya que conforme a tal resolución el auto del Juzgado Mercantil carecería de efectos vinculantes por carecer de los efectos de la cosa juzgada positiva, conforme al artículo 222.4 de la LEC.

CUARTO: Así, pasamos a aplicar la citada normativa junto con las anteriores consideraciones -insistimos que son las correspondientes a las fechas en que suceden los hechos de este asunto-, a fin de la resolución de reseñados recursos.

(...)

De lo anterior resulta que estamos en un supuesto en el que durante la tramitación del concurso se presentó un plan de liquidación con una oferta de APTIMA valorada favorablemente por la administración concursal, que el Juez acogió en los términos que dispuso en su auto de 20.5.2014, adjudicando la unidad productiva transmitida (que excluía a MABEX CENTRE, S.L.U.) con la obligación de subrogación de 46 trabajadores (entre los que no se hallaban las demandantes en este proceso) a APTIMA, como empresa adquirente de tal unidad productiva declarada en concurso, y disponiendo que tal empresa no se subrogaba en las deudas laborales o de la Seguridad Social de la concursada anteriores a la enajenación de la unidad productiva o de las que pudieran existir a favor del FGS. Es decir que no estamos en presencia de una sucesión empresarial del artículo 44 del ET ni de un cambio de titularidad, denominación o domicilio social sino ante una sucesión de activos autorizada judicialmente con exclusión de responsabilidad para la adquirente respecto a las deudas laborales de la transmitente, lo cual viene autorizado por el artículo 148 de la LC y, en último lugar, por el artículo 5.1 de la Directiva 21/2003.

Por tanto, no son aplicables al presente caso las reglas previstas en el artículo 149.2 de la LC ni en el artículo 44 del ET; tal y como resolvió esta Sala en el recurso de suplicación número 3271/2014, sentencia número 5869/2014, de 12 de septiembre, y en las sentencias de 19.10.2010, recurso 2838/2010 y 28.12.2012, recurso 1830/2012; y a diferencia de nuestra sentencia de 16.10.2014, número 6847/2014, recurso 4556/2014, en que no consta la existencia de tal plan de liquidación.

Y, en consecuencia, tampoco puede interpretarse el auto del Juzgado de lo Mercantil en los términos en los que lo hace la sentencia de instancia, en el sentido de excluir a APTIMA exclusivamente de las deudas laborales generadas hasta el día anterior al auto que aprueba la transmisión, ya que se trata de una deuda derivada de una relación laboral con las empresas cedentes pero que nunca llega a establecerse o surgir en el patrimonio de APTIMA al no darse tal sucesión, puesto que -reiteramos- el Juzgado de lo Mercantil en su auto excluye tales responsabilidades para la adquirente y porque, además, tampoco las actoras están incluidas en la lista de los 46 trabajadores que asume APTIMA al adquirir la unidad productiva cuya transmisión se aprueba mediante el repetido auto del Juez de lo Mercantil".

Esta doctrina resulta plenamente aplicable al supuesto que nos ocupa, en que el auto dictado por el Juzgado de lo Mercantil número 9 de Barcelona acordó la transmisión de unidad productiva a la mercantil Constant, en los términos sobrantes en la oferta, declarando únicamente la sucesión de empresas a efectos laborales respecto de los trabajadores en cuyos contratos de trabajo se subrogó la adquirente, y excluyendo la responsabilidad respecto de la deuda que la concursada pudiera tener con AEAT, FOGASA y TGSS, así como de la deuda laboral pendiente con los trabajadores subrogados en la parte no cubierta por el FOGASA.

A ello ha de añadirse -siquiera sea a los efectos dialécticos- que tampoco resultarían acreditadas las circunstancias determinantes de sucesión laboral, en los términos del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, tal como se alega en el recurso, por cuanto del fundamento jurídico sexto de la sentencia de



instancia se desprende, con valor fáctico (entre otras, sentencia del Tribunal Supremo de 27 de julio de 1992) que no se colige que los clientes de la concursada y adjudicataria sean los mismos, constando expresamente en la oferta vinculante que la adquirente ocuparía las previas instalaciones de Orfeo únicamente dos meses, diversificado posteriormente su personal de taller, mantenimiento y comercial en un centro de trabajo, y el administrativo en otro.

Por lo expuesto, procede desestimar la infracción jurídica denunciada, y, consecuentemente, el recurso interpuesto, con íntegra confirmación de la resolución recurrida.

CUARTO .- En aplicación del artículo 235 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, no ha lugar a la imposición de costas a la parte actora, al disfrutar del derecho a la asistencia jurídica gratuita, de conformidad con el artículo 2, apartado d, de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita.

Vistos los preceptos legales citados, sus concordantes, y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Desestimar el recurso de suplicación interpuesto por don Ángel Daniel, doña Piedad, doña Rosalía, don Alfredo, don Arcadio, y don Balbino contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 20 de Barcelona en fecha 17 de marzo de 2016, en autos en materia de reclamación de cuantía, seguidos con el número 360/2015, a instancia de la parte recurrente contra Grupo Constant Servicios Empresariales, S. L., Orfeo Protección Contra Incendios, S. A., el administrador concursal de ésta, y el Fondo de Garantía Salarial, confirmando íntegramente la resolución recurrida. Sin costas.

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

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia se devolverán los autos al Juzgado de instancia para su debida ejecución.

La presente resolución no es firme y contra la misma cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. El recurso se preparará en esta Sala dentro de los diez días siguientes a la notificación mediante escrito con la firma de Letrado debiendo reunir los requisitos establecidos en el Artículo 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 229 del Texto Procesal Laboral, todo el que sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o no goce del beneficio de justicia gratuita o no se encuentre excluido por el artículo 229.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, depositará al preparar el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, la cantidad de 600 euros en la cuenta de consignaciones que tiene abierta esta Sala, en BANCO SANTANDER, Oficina núm. 6763, sita en Ronda de Sant Pere, nº 47, cuenta Nº 0937 0000 66, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se realizará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 230 la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, con las exclusiones indicadas en el párrafo anterior, y se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANCO SANTANDER (oficina indicada en el párrafo anterior), cuenta Nº 0937 0000 80, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos. La parte recurrente deberá acreditar que lo ha efectuado al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

Podrá sustituirse la consignación en metálico por el aseguramiento de la condena por aval solidario emitido por una entidad de crédito dicho aval deberá ser de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento.

Para el caso que el depósito o la consignación no se realicen de forma presencial, sino mediante transferencia bancaria o por procedimientos telemáticos, en dichas operaciones deberán constar los siguientes datos:

La cuenta bancaria a la que se remitirá la suma es IBAN ES 55 0049 3569 920005001274. En el campo del "ordenante" se indicará el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y el NIF o CIF de la misma. Como "beneficiario" deberá constar la Sala Social del TSJ DE CATALUÑA. Finalmente, en el campo "observaciones o concepto de la transferencia" se introducirán los 16 dígitos indicados en los párrafos anteriores referidos al depósito y la consignación efectuados de forma presencial.

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



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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ