

**Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia 889/2018 de 3
Oct. 2018, Rec. 1733/2017**

Ponente: Blasco Pellicer, Ángel Antonio.

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 1733/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Angel Blasco Pellicer

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Escudero Cinca

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 889/2018

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D^a. Maria Milagros Calvo Ibarlucea

D^a. Rosa Maria Viroles Piñol

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Angel Blasco Pellicer

D. Sebastian Moralo Gallego

En Madrid, a 3 de octubre de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa MGO by Westfield, representada y asistida por el letrado D. Carlos Ramírez Ovelar, contra la sentencia dictada el 9 de marzo de 2017 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, en el recurso de suplicación núm. 56/2017, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 5 de Santander, de fecha 27 de septiembre de 2016, recaída en autos núm. 747/2015, seguidos a instancia de D^a. Fátima y D. Pio, contra Grupo MGO SA, MGO by Westfield SL; Lexaudit Concursal, SLP; y Fondo de Garantía Salarial, sobre Cantidad.

Ha sido parte recurrida Fogasa, representado y asistido por el Abogado del Estado, y D^a. Fátima y D. Pio, representados por la procuradora D^a. Belén Romero Muñoz.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Angel Blasco Pellicer.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 27 de septiembre de 2016 el Juzgado de lo Social nº 5 de Santander dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

"1º .- Los actores prestaron servicios en la unidad de prevención para la empresa Grupo MGO S.L.-en concurso-, con las siguientes condiciones laborales:

Nombre Antigüedad Categoría Salario día

Sra. Fátima

Sr. Pio

01/07/2018

28/11/2000

Médico

Director Centro

2395,69€

1691,14€

No controvertido)

2º.- La empresa no ha abonado las cantidades siguientes:

- Gentxane Arrechterra:

- Nómina de diciembre de 2013 (90%) 2156,12€

- Nómina de enero de 2014, íntegra 2395,69€

- Nómina de mayo de 2014, íntegra 2395,69€

- TOTAL 6947,47€

- Pio:

- Nómina de diciembre de 2013 (90%) 1522,02€

- Nómina de enero de 2014, íntegra 1691,14€

- Nómina de mayo de 2014, íntegra 1691,14€

- TOTAL 4904,32€

3º.- En fecha 29 de diciembre de 2014 se presentó papeleta de conciliación, celebrándose el acto el día 14 de enero de 2015, con resultado Intentado Sin Efecto, y constando citada la parte instada mediante correo certificado, sin que hasta ese momento se hubiera devuelto el acuse de recibo. (F.6)

4º.- Por sentencia de fecha 21-3-16 del Juzgado de lo Social nº 2 de Santander firme, además de distintos pronunciamientos de este Juzgado, se declaró a la empresa MGO by Westfield S.L. como sucesora de la empresa Grupo MGO S.L. respecto a la unidad de prevención. (F.41 y ss.)".

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva:

"Estimar la demanda interpuesta por Fátima y Pio contra las empresas GRUPO MGO S.A.-en concurso-, y MGO BY WESTFIELD S.L., condenando a éstas últimas solidariamente a abonar a la Sra. Fátima la cantidad de 6.947,74 € y al Sr. Pio la cantidad de 4.904,32 €, debiendo además abonar Grupo MGO S.A.-en concurso los intereses supraescritos".

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por MGO by Westfield, SL ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, la cual dictó sentencia en fecha 9 de marzo de 2017, en la que consta el siguiente fallo:

"Que desestimamos el recurso interpuesto por MGO by Westfield S.L. contra sentencia del Juzgado de lo Social nº Cinco, de fecha 27 de septiembre de 2016 (autos 747/2015), seguida a instancia de Dª Fátima y D. Pio contra MGO by Westfield, S.L., Lexaudit Concursal S.L.P. y FOGASA confirmando íntegramente dicha resolución".

TERCERO.- Por la representación de MGO by Westfield, SL se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en fecha 19 de febrero de 2016, recurso nº 3271/2015.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala se procedió a admitir a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, y por diligencia de ordenación se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días. Evacuado dicho traslado, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal que emitió informe en el sentido de considerar el recurso procedente.

QUINTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 3 de octubre de 2018, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- La cuestión a resolver en el presente recurso de casación unificadora consiste en dilucidar si una empresa que adquiere la unidad productiva de otra empresa concursada, en virtud de adjudicación en el seno del procedimiento concursal, responde de las deudas salariales que la concursada tenía respecto de los trabajadores que vieron extinguidos sus contratos antes del concurso.

La sentencia recurrida, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 9 de marzo de 2017, dictada en el rec. 56/2017, confirmando la de instancia, declaró la responsabilidad solidaria de la entidad adquirente MGO by Westfield como sucesora de la empresa Grupo MGO, S.L. en la entidad productiva de la unidad de prevención de la referida entidad, condenando al pago de las deudas reclamadas. Los actores, acreedores de determinadas deudas salariales habían prestado servicios en la unidad de prevención de la empresa concursada. La Sala de Cantabria, al igual que en otros asuntos idénticos, estimó que se había producido una sucesión empresarial entre las empresas Grupo MGO, S.A. y la recurrente MGO by Westfield. Y, en cuanto a la responsabilidad de la adquirente de la unidad productiva de una empresa concursada, destacó que el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Madrid, que declaró al Grupo MGO en concurso de acreedores, en su auto de 29 de julio de 2015, ya advirtió de modo expreso, respecto a los efectos de la adjudicación, que aun cuando la misma no llevara aparejada obligación de pago de los créditos, se exceptuaba de dicha regla general los que el adquirente asume expresamente en su oferta y los que, en su caso, deba asumir por disposición legal, incluyendo los contratos laborales vigentes; y, por ende, los derivados de la declaración de nulidad del despido de la actora.

2.- Recurre en casación unificadora la empresa MGO by Westfield, S. L., invocando de contraste la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 19 de febrero de 2016, dictada en el Rec 3271/2015, en la que consta que las dos actoras fueron despedidas por causas económicas y organizativas, declarándose en suplicación la improcedencia de los despidos extendiendo las responsabilidades a 7 de las 11 empresas demandadas, aunque con alcance diferente para una respecto de las restantes, en particular, para Aptima Centre Clinic SL. Y, en lo que respecta a los salarios adeudados a las actoras al tiempo de interponer las demandas, Aptima queda exceptuada de la condena. Consta que tras el Auto del Juzgado de lo Mercantil de 28-03-2014 que declaró a la empresa junto con otras cinco en situación de concurso, y previa presentación del plan de liquidación, el Juzgado de lo Mercantil dictó Auto de 20-05-2014 por el que se aprobaba la transmisión de la unidad productiva (con exclusión de la sociedad Mabex Center SLU) a favor de Aptima Centre Clinic, constando en dicho Auto que se obligaba a Aptima a subrogarse en 46 trabajadores, entre los que no se hallaban las actoras, se instaba a la administración concursal a que procediera a la extinción de las relaciones del resto de la plantilla, y se señalaba en su parte dispositiva que Aptima "no queda subrogada en las deudas laborales o de Seguridad Social de la concursada anteriores a la enajenación de la unidad productiva o de las que pudieran existir a favor del FGS", entiende la Sala de suplicación, que puesto que la empresa no se subrogaba en las deudas laborales o de Seguridad Social de la concursada anteriores a la enajenación de la unidad productiva, no se está en presencia de una sucesión empresarial del art. 44 ET, sino ante una sucesión de activos autorizada judicialmente con exclusión de responsabilidad para la adquirente respecto de las deudas laborales de la transmitente, por lo que no son aplicables las reglas previstas en el art. 149.2 LC (en redacción dada por Ley 37/2011 y por lo tanto sin tener en cuenta los cambios incorporados por el RD Ley 117/2014 y Ley 9/2015) ni el art. 44 ET.

3.- Tal como informa el Ministerio Fiscal, concurre el requisito de la contradicción exigido por el artículo 219 LTJS ya que, a pesar de algunas diferencias de matiz totalmente irrelevantes a los

efectos de examinar la contradicción, porque en ambos casos, en el enjuiciamiento de despidos producidos con anterioridad a la situación de concurso, las empresas son declaradas en concurso de acreedores, en los que se produce la adquisición por tercera empresa de la unidad productiva, dictándose por los respectivos Juzgados de lo Mercantil sendos Autos en los que se determina la exención de la adquirente de las obligaciones derivadas de los contratos laborales extinguidos, quedando limitada la responsabilidad, en lo tocante a los efectos laborales derivados de la sucesión, únicamente los trabajadores "subrogados", con exclusión de los contratos que se hubieran extinguido con anterioridad, tal como sucede en el caso de la trabajadora de autos y también en el de las trabajadoras de la sentencia de contraste, a pesar de lo cual ambas alcanzan soluciones distintas en relación a la responsabilidad de la empresa adquirente que la recurrida entiende que alcanza a las deudas salariales que se mantienen con la actora, mientras que la referencial la niega respecto de las actoras reclamantes en el procedimiento.

SEGUNDO.- 1.- Para la solución del recurso, debemos empezar recordando que la cuestión ya ha sido resuelta por la Sala en sus recientes SSTs de 27 de febrero de 2018, Rec. 112/2016, de 26 de abril de 2018, Rcu. 2004/2018; de 12 de julio de 2018, Rcu. 3525/2016 y 12 de septiembre de 2018, Rcu. 1549/2017; en las que, tras reiterar que el orden jurisdiccional es competente para resolver si se produce una subrogación en un supuesto en el que una empresa adquiere una unidad productiva en virtud de la liquidación efectuada en el seno de un procedimiento concursal, han establecido la plena aplicación del art. 44 ET en un supuesto en el que auto de adjudicación de aquella el Juez Mercantil hizo constar que no existía sucesión de empresa, concluyendo que la adquirente de la unidad productiva debía hacerse cargo de la responsabilidad derivada del despido.

Las razones que avalaron la decisión están contenidas en dichas sentencias de la siguiente forma:

En primer lugar, porque con la adjudicación, en realidad, se había producido el cambio de titularidad de una entidad económica que mantiene su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesoria; lo que, en principio, acarrea las consecuencias previstas en el apartado 3 del precitado artículo 44 ET en orden a la responsabilidad de cedente y cesionario respecto a las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la cesión.

En segundo lugar, porque el artículo 44 ET es una norma de carácter imperativo por lo que, únicamente en el supuesto en el que existiera una disposición que estableciera que en estos particulares supuestos de empresas en situación de concurso no se produce la sucesión de empresa, habría de admitirse que no opera el fenómeno de la sucesión.

En tercer lugar, porque el apartado 4 del art. 148 LC nos conduce a la conclusión de que la norma no ha excluido que la adquisición de una unidad productiva en el seno del concurso suponga sucesión de empresa sino, al contrario, de forma indirecta está admitiendo que en dicho supuesto se produce sucesión de empresa, al remitir al artículo 64 LC los supuestos en los que las operaciones previstas en el plan de liquidación implicasen modificaciones sustanciales colectivas, traslados colectivos, suspensiones o extinciones colectivas de contratos; porque si la adquisición de una unidad productiva autónoma en el seno del concurso no supusiera que existe sucesión de empresa, la remisión del art. 148.4 LC al procedimiento descrito en el art. 64 LC, sería superflua, ya que la adquisición de la unidad productiva autónoma no conllevaría la asunción de los trabajadores de la empleadora, por lo que el plan de liquidación habría de limitarse a contemplar las condiciones de la realización de bienes y derechos del concursado, pero sin previsión alguna respecto a la situación de los trabajadores. Si del precepto resultare que no hay sucesión de empresa sería única y exclusivamente la empleadora la responsable de adoptar las medidas legales para la modificación sustancial de condiciones de trabajo, extinciones colectivas... etc. de sus trabajadores, pero estas medidas no tendrían que aparecer ligadas a la aprobación del plan de liquidación de los bienes de la masa activa ya que la adquirente sería por completo ajena a la suerte de los trabajadores de la empleadora.

Por último, nuestras aludidas sentencias remarcan que a la conclusión alcanzada no se opone, por un lado, el contenido del art. 148.2 LC ya que el interés del concurso no puede erigirse en la norma suprema que rija la adjudicación de los bienes pues habrán de respetarse las normas imperativas de nuestro ordenamiento jurídico, entre las cuales se encuentra el artículo 44 ET; ni, por otro lado, por el artículo 5 de la Directiva 2001/23 porque tal y como prevé el artículo 8 de la misma, su contenido no afectará a la facultad de los Estados miembros de aplicar o adoptar disposiciones legales, reglamentarias o administrativas más favorables para los trabajadores, que es, en definitiva, lo que resulta del artículo 148 de la Ley Concursal.

2.- A lo que ahora añadimos, que esta interpretación es la que resulta la más conforme con la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, en cuyo 3. 1 se dispone que "Los derechos y obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de trabajo o de una relación laboral existente en la fecha del traspaso, serán transferidos al cesionario como consecuencia de tal traspaso".

Es cierto que el art. 5 de esa misma Directiva establece posteriormente que tales garantías "no serán aplicables a los traspasos de empresas, centros de actividad, o partes de empresas o centros de actividad, cuando el cedente sea objeto de un procedimiento de quiebra o de un procedimiento de insolvencia análogo abierto con vistas a la liquidación de los bienes del cedente y éstos estén bajo la supervisión de una autoridad pública competente".

Pero no lo es menos, que esa previsión decae si el legislador nacional así lo considera oportuno, tal y como se dice en ese mismo precepto al disponer que esta regla general no es de aplicación si hay una disposición en contrario por parte de los Estados miembros, y en el apartado 2 del mismo precepto que permite a los Estados regular el alcance de esas obligaciones dentro de determinados límites y siempre bajo la supervisión de una autoridad pública.

Y eso es justamente lo que hace el legislador nacional en la Ley Concursal, en cuyo art. 148 bis, que regula las especialidades de la transmisión de unidades productivas, ha incluido un apartado cuarto en el que dispone: "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 149.4".

De esa exención de créditos no satisfechos por el concursado se deja a salvo lo dispuesto en el art. 149. 4 LC, y en este precepto lo que se señala es que "Cuando, como consecuencia de la enajenación a que se refiere la regla 1.ª del apartado 1, 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 y de Seguridad Social, que existe sucesión de empresa. En tal caso, el juez podrá acordar que el adquirente no se subroge en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por el Fondo de Garantía Salarial de conformidad con el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores".

Se califica esta situación jurídica como sucesión de empresas a efectos laborales, y esto conlleva la aplicación en todos sus términos de lo dispuesto en el art. 44 ET, de manera que - en uso de aquella facultad que concede el art. 5. 2 de la referida Directiva-, tan solo se autoriza al juez del concurso para excluir de la responsabilidad del adquirente la parte de salarios o indemnizaciones asumidas por el FOGASA, con lo que claramente se evidencia que no cabe eximirle del cumplimiento de otras distintas obligaciones laborales que siga pendiente en la fecha de la adjudicación.

En este punto debemos recordar que el art. 149.4 LC fue objeto de modificación por el RDL 11/2014, de 9 de septiembre, precisamente para incluir de forma expresa que la sucesión de empresa opera igualmente a efectos de Seguridad Social -para poner fin a la práctica habitual de muchos juzgados mercantiles de eximir de ese tipo de deudas al adjudicatario-, en lo que

constituye clara manifestación de la voluntad del legislador de aplicar en todo su integridad el régimen legal de la sucesión de empresas en esta materia, con la única excepción de las deudas asumidas por el FOGASA.

3.- La transcrita doctrina debe ser aplicada al presente supuesto, no sólo por razones de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la ley, sino, también, por ser la que responde a una correcta aplicación de los preceptos en cuestión. En efecto, en el supuesto examinado no cabe duda de que con la adjudicación de la unidad productiva autónoma se ha producido una auténtica transmisión de una entidad económica que mantiene su identidad, a través de la asunción por la adjudicataria de un conjunto de medios organizados que permiten llevar a cabo la actividad económica que se venía desarrollando con anterioridad. Estamos, por tanto, ante una transmisión de empresa a la que deben aplicarse las consecuencias previstas en el artículo 44 ET y, especialmente, por lo que a los presentes efectos interesa, las concernientes a la subrogación en la posición empresarial y la consiguiente asunción de responsabilidades en las obligaciones derivadas de la calificación de nulidad del despido.

Además, por lo que hace referencia a la aplicación temporal de la normativa concursal, la aplicación del artículo 44 ET no ha sido nunca ignorada y, lo que resulta más relevante, es - sin duda- que la adjudicación de la unidad productiva por parte del Juez del Concurso es un acto de liquidación, al que le resulta de aplicación, las normas que disciplinan la misma y, especialmente a los presentes efectos, las consideraciones normativas expuestas en el apartado anterior.

4.- Sin que sea óbice para alcanzar esa solución la circunstancia de que el Auto de adjudicación dictado por el Juez Mercantil hubiere ganado firmeza al no ser recurrido por ninguna de las partes, lo que no puede operar en contra de los trabajadores individuales no personados en el procedimiento concursal que carecen de la posibilidad de impugnar esa resolución, que por este motivo no despliega efectos de cosa juzgada frente a los mismos conforme al art. 222.4 LEC, lo que les habilita para accionar ante el orden social de la jurisdicción en solicitud del reconocimiento de los efectos jurídicos derivados de una situación de sucesión de empresa conforme a lo dispuesto en el art. 44 ET.

TERCERO.- Consecuentemente, oído el Ministerio Fiscal, procede la desestimación del recurso y el mantenimiento íntegro de la sentencia recurrida por ser la que contiene la buena doctrina. Ello lleva consigo la pérdida de los depósitos y consignaciones efectuadas para recurrir, así como la condena en costas a la entidad recurrente.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido:

1.- Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa MGO by Westfield, representada y asistida por el letrado D. Carlos Ramírez Ovelar.

2. Confirmar la sentencia dictada el 9 de marzo de 2017 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, en el recurso de suplicación núm. 56/2017, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 5 de Santander, de fecha 27 de septiembre de 2016, recaída en autos núm. 747/2015, seguidos a instancia de D^a. Fátima y D. Pio, contra Grupo MGO SA, MGO by Westfield SL; Lexaudit Concursal, SLP; y Fondo de Garantía Salarial, sobre Cantidad.

3.- Decretar la pérdida del depósito y la consignación efectuada para recurrir, a las que se les dará el destino legal.

4.- Condenar en costas a la entidad recurrente.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.