

**Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia 886/2018 de 3  
Oct. 2018, Rec. 259/2017**

**Ponente: Sempere Navarro, Antonio Vicente.**

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 259/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Margarita Torres Ruiz

**TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Social**

**Sentencia núm. 886/2018**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D<sup>a</sup>. Maria Milagros Calvo Ibarlucea

D<sup>a</sup>. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

D<sup>a</sup>. Rosa Maria Viroles Piñol

D. Antonio V. Sempere Navarro

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 MGO by Westfield, S.L., representada y defendida por el Letrado Sr. Becerril Morán, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, de 15 de septiembre de 2016, en el recurso de suplicación nº 1913/2016, interpuesto frente a la sentencia dictada el 29 de febrero de 2016 por el Juzgado de lo Social nº 4 de Valencia, en los autos nº 1349/2014, seguidos a instancia de D<sup>a</sup> Coro contra dicha recurrente, Ministerio Fiscal, Benedicto (Admo. Grupo MGO, S.A.), Benedicto, Klebert Properties S.L., Fondo Garantía Salarial y Westfield Sanidad S.L.U., sobre despido.

Ha comparecido en concepto de recurrida D<sup>a</sup> Coro, representada por la Procuradora Sra. Ruano Casanova y defendida por Letrado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 15 de septiembre de 2016, el Juzgado de lo Social núm. 4 de Valencia, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "Que desestimando la excepción de caducidad alegada por los demandados, y desestimando la demanda formulada por D<sup>a</sup> Coro contra GRUPO MGO SA, declaro la procedencia del despido de la demandante de fecha 26 de octubre de 2014, convalidando la decisión extintiva del contrato de trabajo que el mismo produjo, condenando a la empresa al abono de la indemnización de 15.842,05 euros, condenando al Administrador Concursal D. Benedicto-LEX AUDIT CONCURSAL SLP, a estar y pasar por las consecuencias de dicha declaración en las competencias que le correspondan en el procedimiento Concursal, y al FONDO DE GARANTIA SALARIAL a estar y pasar por las consecuencias de dicha declaración en la forma legalmente prevista, absolviendo a KLEBERT PROPERTIES SL y

WESTFIELD SANIDAD SLU actualmente denominada MGO BY WESTFIELD SL, de las pretensiones deducidas en dicha demanda".

Los hechos probados a tener en cuenta para resolución del presente recurso son los formulados como tales por la sentencia del Juzgado, que se reproducen acto seguido:

1º.- La trabajadora demandante Coro con DNI/NIE número NUM000, cuyas demás circunstancias personales constan en el encabezamiento de la demanda rectora de las presentes actuaciones, ha venido prestando servicios por cuenta y orden de la empresa GRUPO MGO SA, dedicada a la actividad de servicios de prevención ajenos, desde el 21 de marzo de 2000, habiendo suscrito contrato de trabajo indefinido, con categoría profesional de técnico de prevención de riesgos laborales, percibiendo un salario mensual de 1.437 euros por una jornada de 35 horas semanales, abonado mediante transferencia bancaria, correspondiendo percibir a jornada completa un salario mensual de 1.642,28 euros. (doc 18 a 20 demandado).

2º.- Tras la suspensión de contrato por maternidad, la actora disfrutó de excedencia por cuidado de hijo del 11-06-2012 hasta el 10-10-2012, y posteriormente, de reducción de jornada del 12,50%, pasando a ser de 35 horas semanales desde el 6-11-2012. (doc 1 a 8 actora).

3º.- Durante el periodo entre enero de 2013 y diciembre de 2013 la trabajadora tuvo suspendido su contrato de trabajo por causas económicas en virtud de decisión empresarial, tras un periodo de consultas finalizado acuerdo entre la empresa y la representación de los trabajadores. ( doc 1 a 8 actora).

4º.- Mediante comunicación de fecha 10 de enero de 2014, la empresa comunicó a la actora que, tras el periodo de consultas con los representantes de los trabajadores, finalizado sin acuerdo el 8 de enero, había tomado la decisión de adoptar medidas de reducción de jornada y salario de un 20% y suspensión de contratos de 277 empleados durante el periodo comprendido entre el 10-01-2014 hasta el 31-12-2014, alegando a tales efectos causas económicas y productivas. ( doc 1 a 8 actora).

5º.- Disconforme, la trabajadora promovió demanda de impugnación de decisión empresarial de suspensión de contrato por causas objetivas, que dio lugar a los autos nº 153/14, seguidos ante el Juzgado Social nº 5 de Valencia, que en fecha 17 de junio de 2014 dictó sentencia, cuyo tenor literal obra en autos y se da por reproducido en su integridad, que, estimando la demanda, declara injustificada la decisión empresarial de suspensión del contrato de trabajo durante el periodo 10-01-14 al 31-12-14, condenando a GRUPO MGO SA a reponer a la actora en sus anteriores condiciones, y al abono de los salarios dejados de percibir. En concreto, en su Fundamento de Derecho Segundo, aprecia la existencia de vulneración de derechos fundamentales, en concreto, del art. 14 CE y art. 17 del ET, en cuando discriminación en su afectación, "por el hecho de haber sido madre y haberse acogido a dos medidas primero a una excedencia de cuatro meses y después a una reducción de jornada ... habiendo aportado la actora indicios bastantes de discriminación en su afectación sin que tales indicios hayan quedado desvirtuados por la empresa, procede estimar la demanda". Dicha sentencia devino firme por no haber sido recurrida, y la trabajadora en fecha 4-08-2014 se reincorporó a su puesto de trabajo. (doc 1 a 12 actora).

6º.- La empresa demandada notificó a la actora en fecha 24-10-2014, carta extinción de la relación laboral de fecha 23-10-2014, con efectos de 26 de octubre, según el artículo 51 del ET en relación con el art. 52,c) de la misma norma, y arts. 14 y concordantes del RD 1483/2012, de 29 de octubre, en el marco de un procedimiento de Despido Colectivo, finalizado "sin acuerdo", cuyo tenor literal obra en autos y se da por reproducido en su integridad en aras a la brevedad por su extensión, siendo la decisión final de MGO extinguir colectivamente 394 contratos de trabajo, en relación nominal de trabajadores afectados, de acuerdo con los criterios tenidos en cuenta para la designación de los afectados por las extinciones de trabajo. En concreto, se alega la concurrencia de causas económicas, productivas, técnicas y organizativas, con referencia a que la documentación e información que las soporta, ha sido entregada y puesta a disposición de la parte social durante el desarrollo del periodo de consultas celebrado, en el seno del citado proceso

de Despido Colectivo. La carta de despido, informa de los "criterios tenidos en cuenta para la designación de los afectados por las extinciones de los contratos de trabajo", que, en relación a "servicios periféricos/estructura productiva", son: "premisa: ajuste/acomodación de la situación económica, productiva, técnica, y organizativa, al plan de viabilidad contenido en la Memoria Explicativa y que comporta el cierre de 30 centros de trabajo:

1- Manifestación expresa del trabajador a su no oposición en la inclusión en la lista definitiva de trabajadores afectados por el procedimiento.

2- Adscripción a centros de trabajo antieconómicos, y/o de limitada rentabilidad, conforme a los términos contenidos en las páginas 33 a 35 de la Memoria Explicativa incluida en la documentación legal del despido colectivo. En concreto, figura la Delegación de Valencia ( CT + CM), con una variación 13-14 entre ingresos enero-junio de -6%.

3-Menor polivalencia funcional y menor capacidad técnica / habilitaciones / titulaciones.

4- Exclusivamente para el personal sanitario:

5- Otros colectivos especialmente protegidos:

-trabajadores con discapacidad física, psíquica o sensorial.

-trabajadores que gozan de reducción de jornada por guarda legal o por cuidado de personas dependientes, siempre y cuando, ello sea compatible con el plan de viabilidad, y las obligaciones legales y productivas de la Compañía, habida del significativo número de trabajadores en la Compañía, acogidos al derecho reconocido en el artículo 37.5 del ET".

En relación a la indemnización derivada de la extinción, según el art. 53.1.b) del ET se reconoce a la trabajadora el derecho a percibir una indemnización de 15.842,05 euros, que corresponde a 20 días de salario con un tope de 12 mensualidades, añadiendo que, dada la situación económica de la empresa y el estado de iliquidez en que se encuentra, al amparo del art. 53,1.b) in fine del ET, no procedían a entregar su importe en ese acto, sin perjuicio del derecho que le asiste de exigir su abono cuando tenga efectividad la decisión extintiva. El importe de la indemnización a fecha de la vista no ha sido percibido por la trabajadora. (folios 5 a 12 y vueltos; hecho admitido).

7º.- Mediante escritos de 16-09-2014, la empresa comunicó a las Secciones Sindicales su intención de iniciar un procedimiento de despido colectivo. En fecha 25- 09-2014, dirigió escrito al Subdirector General de Relaciones Laborales del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, comunicando la iniciación de un procedimiento de extinción colectiva de contratos de trabajo por causas económicas, productivas, organizativas y técnicas en los centros de trabajo que se relacionan, junto con la lista de trabajadores afectados, en total 430, desglosados por centros de trabajo, acompañando al escrito la documentación establecida en el art. 51,2 del ET y art. 6 del RD 1483/2012. El periodo de consultas finalizó sin acuerdo, y en fecha 22-10-2014, la empresa presentó ante la Autoridad Laboral escrito comunicando la decisión final adoptada por la empresa e incluyendo entre otros documentos, la relación de trabajadores afectados por el despido colectivo, finalmente 395, especificando la categoría profesional, centro de trabajo y antigüedad, apareciendo la actora, con antigüedad de 21-03-2000, categoría de técnico y centro de trabajo de Valencia. (doc 8, 9, 10 demandado).

8º.- La empresa fue declarada en concurso voluntario de acreedores por auto de fecha 20-11-2014, previa solicitud de 31-07-2014, dictado por el Juzgado Mercantil nº 3 de Madrid. (doc 11 demandado).

9º.- En las cuentas anuales de GRUPO MGO SA de los ejercicios 2011, 2012 y 2013, auditadas y depositadas, obran los siguientes datos:

CONCEPTO 2011 20122013

Importe neto cifra negocios

Gastos personal

Resultado explotación

Resultado ejercicio

52.861.879,18

-34.663.439,93

2.143.748,72

976.597,85

45.606.580,14

-29.578.122,63

1.756.746,41

392.449,53

36.606.625,32

-26.845.925,63

-3.156.217,31

-2.985.393,72

Según las declaraciones de IVA aportadas por la empresa, de 2013 y de enero a octubre de 2014, que se dan por reproducidas, concurre un descenso de la cifra de negocios durante tres trimestres consecutivos. (doc 12 a 14, 17 demandado).

10º.- En fecha 30-10-2014, en el curso del Expediente de Extinción de contratos, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social emitió informe que obra en autos y se da por reproducido en su integridad. En concreto y en relación a los criterios de selección de los trabajadores afectados, concluye que "tras su fijación en la comunicación de inicio del periodo de consultas se incluyen en la negociación a petición de la parte social tanto el criterio de la voluntariedad (48 voluntarios según comunica la mercantil en la comparecencia) como la inclusión de colectivos especialmente protegidos, tanto discapacitados como trabajadores en guarda lega". (doc 17 demandado).

11º.- Al menos dos trabajadoras de los centros de trabajo de Valencia y Alicante en situación de reducción de jornada por guarda legal, no vieron extinguido su contrato de trabajo en el marco del despido colectivo. (doc 22, 213 demandado).

12º.- Entre los trabajadores afectados por el despido colectivo, algunos habían promovido demandas frente a la empresa al tiempo del despido, y otros no. (doc 30 demandado).

13º.- En fecha 4-03-2015 la empresa suscribió contrato de trabajo temporal a jornada completa, posteriormente convertido en indefinido el 4-12-2015, con una trabajadora con categoría profesional de técnico en prevención de riesgos laborales para el centro de trabajo de Alzira. (doc 31 demandado).

14º.- A fecha 30-09-15 cursan baja en Grupo MGO SA 23 trabajadores; desde el 1-10-15, constan de alta en MGO By Wesfield, de un total de 25. (folios 136 a 138; 213).

15º.- En fecha 29 de julio de 2015, por el Juzgado Mercantil nº 3 de Madrid en los autos de concurso ordinario nº 554/12, de GRUPO MGO SA, se dictó auto, cuyo tenor literal se da por reproducido en su integridad, acordando la adjudicación de la unidad productiva de GRUPO MGO SA a favor de KLEBRT PROPERTIES SL, en los términos resultantes de su oferta vinculante, formalizada en documento fechado a 26-01-2015, y con sujeción en cuanto a sus efectos, se dice, al art. 146 bis de la Ley Concursal y a dicho Auto. En el auto consta expresamente, según informe de la Administración Concursal, que la oferta supone la continuación de la actividad, el mantenimiento de 617 puestos de trabajo, la asunción de pasivo laboral por mantenimiento de la antigüedad de los trabajadores, y la inyección de efectivo por importe de 800.000 euros, además de la asunción de un pasivo concursal por importe de 11,3 millones de euros. En relación a los

efectos de la adjudicación añade que " en cuanto a la sucesión de empresa a efectos laborales, se produce la misma en relación exclusivamente con los trabajadores subrogados. Debe partirse, en este punto, de considerar que la subrogación a efectos laborales sólo es posible respecto de aquellos trabajadores que continúan, no respecto de la deuda de trabajadores que no continúen en la empresa porque sus contratos ya se hubieran extinguido". (doc 29 a 33 actor).

16º.- En fecha 30-09-2015, consta otorgada escritura pública de compraventa de la unidad productiva "MGO PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES " de la sociedad " GRUPO MGO SA EN CONCURSO", a favor de WESTFIELD SANIDAD SLU, cuyo tenor literal obra en autos y se da por reproducido, quedando la misma integrada por todos los bienes y elementos de su propiedad, que se describen de manera enunciativa y no limitativa, e incluyen, entre otros, inmuebles; acreditaciones, autorizaciones administrativas, permisos y licencias de actividad; marcas y dominios; participaciones sociales de sanitalia explotación y gestión de infraestructuras y servicios sanitarios SL; vehículos; saldos positivos de cuentas corrientes, depósitos y fianzas; relaciones laborales vinculadas a la unidad productiva, y relaciones contractuales. En dicha escritura, consta que " la mercantil Klebert Properties SL formalizó ante la administración concursal de Grupo MGO SA, una oferta vinculante para la adquisición de la unidad productiva GRUPO MGO, mediante escrito de fecha 26 de enero de 2015. En el condicionante Octavo de dicha oferta se estableció expresamente que, en caso de ser aceptada la oferta, la adquisición de la unidad productiva sería efectuada por la entidad denominada WESTFIELD SANIDAD SL". Igualmente se indica que "expresamente se hace constar que WESTFIELD SANIDAD SLU, según consta en el auto de 29 de julio de 2015, en ningún caso se subrogará en deudas de naturaleza tributaria, ni con ninguna administración pública, distinta de la deuda con la seguridad social por los trabajadores en cuya relación laboral se subroga". (doc 34 a 56 actora).

17º.- WESTFIELD SANIDAD SLU se constituye por escritura pública de 28-01-2015, con domicilio social en la Calle Serrano nº 67, 2º planta de Madrid, con CIF B- 87200994, siendo su objeto social, entre otros, todos aquellos relativos a la prevención de riesgos laborales así como las prestaciones y servicios inherentes a la misma. Su administrador único es Ricardo. Con fecha 25-02-2015 la mercantil pasa a adquirir el carácter de unipersonal, siendo el titular de las acciones y participaciones societarias, Westfield Capital SL. (doc 34 a 56; 82 a 91; 92 a 97 actora).

18º.- Mediante escritura pública de fecha 30-09-2015, se elevan a instrumento publico acuerdos sociales acordados en Junta General de Socios de WESTFIELD SANIDAD SLU, entre otros, el cambio de denominación, pasando a denominarse MGO BY WESTFIELD SL, con dimisión del Administrador Unico, Ricardo, pasando a ser el sistema de administración un Consejo de Administración con cuatro consejeros, Teodoro, Vicente, Victorio y Santiago, pasando Ricardo a ser designado como Secretario no Consejero del Consejo de Administración. Victorio y Vicente habían formado parte del Consejo de Administración de Grupo MGO SA. (doc 57 a 75; 82 a 91 actora; folios 34 a 56).

19º.- KLEBERT PROPERTIES SL con CIF B-86513116 inicia su actividad el 16-07-2012. Dicha empresa, de la que consta como administrador solidario Ricardo, tiene desde septiembre de 2015 su domicilio social en la Calle Serrano nº 67,2 de Madrid. (doc 76 a 81 actora).

20º.- La trabajadora que acciona por despido no ostenta cargos de representación legal o sindical de los trabajadores. (no controvertido).

21º.- Presentada demanda de conciliación ante el SMAC frente a GRUPO MGO SA el día 20-11-2014, en fecha 17 de diciembre de 2014 se celebró el acto de conciliación con resultado intentado " sin efecto". En fecha 22-12-2014 se presentó demanda ante el RUE del Decanato de los Juzgados de Valencia que fue repartida a este Juzgado. (folios 1 y 4)".

**SEGUNDO.-** Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, dictó sentencia con fecha 19 de febrero de 2016, en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto en nombre de doña Coro contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número CUATRO de los de Valencia el día veintinueve de febrero de dos mil dieciséis en proceso

de despido seguido a su instancia contra GRUPO MGO SA, MGO BY WESTFIELD SL, nueva denominación de WESTFIELD SANIDAD SLU, la Administración Concursal de GRUPO MGO SA, D. Benedicto-LEX AUDIT CONCURSAL SLP y KLEBERT PROPERTIES SL, el FONDO DE GARANTIA SALARIAL, y el MINISTERIO FISCAL y con revocación de dicha sentencia y estimación parcial de la pretensión ejercitada debemos declarar como declaramos nulo el despido de la actora condenando a los demandados a estar y pasar por tal declaración y a MGO BY WESTFIELD SL a que readmita inmediatamente a la parte actora con abono de los salarios dejados de percibir, y a que en concepto de indemnización por infracción de derecho fundamental le abone la cantidad de 6.500 euros, de cuyo importe responderán solidariamente todas las empresas demandadas. Sin costas."

**TERCERO.-** Contra la sentencia dictada en suplicación, el Letrado Sr. Becerril Morán, en representación de MGO by Westfield, S.L., mediante escrito de 23 de noviembre de 2016, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alegan como sentencias contradictorias con la recurrida las dictadas por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 19 de febrero de 2016 y por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 17 de julio de 2014. SEGUNDO.- Se alega la infracción del art. 146.bis Ley Concursal, 148 y 149 misma norma y los arts. 44 y 57 ET, Directiva 2001/23/CE, de 12 de marzo, arts. 3, 4 y 5.

**CUARTO.-** Por providencia de esta Sala de 28 de septiembre de 2017 se admitió 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.

**QUINTO.-** Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar improcedente el recurso.

**SEXTO.-** Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 3 de octubre actual, en cuya fecha tuvo lugar.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **PRIMERO.- Términos del debate casacional.**

La cuestión que se suscita se centra en decidir si la empresa adquirente de la unidad productiva de la mercantil concursada puede resultar responsable del despido declarado nulo de la actora, en aplicación de la figura de la sucesión de empresa.

Se trata de asunto directamente emparentado con los que anteriormente hemos afrontado en las SSTs de 27 de febrero de 2018, Rjud. 112/2016; de 26 de abril de 2018, Rjud. 2004/2018; de 12 de julio de 2018, Rjud. 3525/2016 y 12 de septiembre de 2018, Rjud. 1549/2017.

Asimismo, al tiempo que el presente hemos deliberado y resuelto los recursos 323/2017, 1733/2017 y 3710/2017, de enorme similitud con el presente.

### **1. Antecedentes y datos relevantes.**

Los hechos respecto de los cuales se litiga han sido reproducidos más arriba de manera extensa, sin que haya habido corrección en el trámite de suplicación. Recordando lo fundamental, por tanto:

A) La trabajadora ha venido prestando servicios para la Empresa Grupo MGO SA dedicada a la actividad de servicios de prevención ajenos. Disfrutó de reducción de jornada por cuidado de hijo del 11/6/2012 al 10/10/2012; también a partir de 6/11/2012.

B) Durante el periodo de enero a diciembre de 2013 tuvo suspendido el contrato por causas económicas en virtud de decisión empresarial, tras periodo de consultas finalizado con acuerdo.

C) Mediante escrito de 10 de enero de 2014, la empresa comunicó a la actora que había tomado medidas de reducción de jornada y suspensión de contratos de 277 empleados alegando causas

económicas y productivas. La trabajadora promovió demanda de impugnación que finalizó con sentencia firme del Juzgado de lo Social nº 5 de Valencia, declarando injustificada la decisión empresarial, reincorporándose la trabajadora a su puesto de trabajo el 4 de agosto de 2014.

D) El 23 de octubre de 2014, la empresa comunicó a la empleada la extinción de la relación laboral por causas objetivas en el marco de un despido colectivo finalizado sin acuerdo. La carta de despido, informa de los criterios tenidos en cuenta para la designación de los afectados por las extinciones de los contratos de trabajo.

E) La empresa fue declarada en concurso voluntario de acreedores por Auto de fecha 20 de noviembre de 2014. El 29 de julio de 2015, se dictó Auto por el Juzgado de lo Mercantil, acordando la adjudicación de la unidad productiva de GRUPO MGO SA a KLEBERT PROPERTIES SL

F) El 30 de septiembre de 2015 se otorga escritura pública de compraventa a favor de la empresa WESTFIELD Sanidad SLU (luego denominado MGO by Westfield SA) de la unidad productiva de GRUPO MGA, conforme a lo acordado por el citado Auto de 29 de julio de 2015. En el mismo se indica que la oferta supone la continuación de la actividad, y la adquirente se subroga en todas las relaciones contractuales- de la transmitente afectas a la misma que continuasen en la empresa, con exclusión de los contratos que se hubiesen ya extinguido, comprometiéndose a mantener 617 puestos de trabajo.

## **2.Sentencias recaídas en el procedimiento.**

A) La Sentencia 71/2016 de 29 febrero, dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de Valencia (proc. 1349/2014) convalida la extinción extintiva del contrato de trabajo y condena a la empresa al abono de la indemnización de 15.842,05 euros.

B) La trabajadora formaliza recurso de suplicación frente a la sentencia de instancia. Denuncia infracción por no aplicación del art 14 CE y art 17 ET (derecho a la no discriminación), así como del art 24 CE (garantía de indemnidad). Solicita la declaración de nulidad del despido, con condena a la empresa sucesora y la condena solidaria de las demandadas en lo atinente al abono de la indemnización por daños morales.

El recurso es estimado, declarando la nulidad del despido por vulneración de derechos fundamentales. La sentencia ahora recurrida condena solidariamente a las empresas demandadas al entender que se produjo sucesión de empresas. Su fallo declara nulo el despido de la actora " *condenando a los demandados a estar y pasar por tal declaración y a MGO BY WESTFIELD SL a que readmita inmediatamente a la parte actora con abono de los salarios dejados de percibir, y a que en concepto de indemnización por infracción de derecho fundamental le abone la cantidad de 6.500 euros, de cuyo importe responderán solidariamente todas las empresas demandadas*".

## **3.Recurso de casación y escritos concordantes.**

Con fecha 18 de noviembre de 2016 el Abogado y representante de MGO by Westfield S.L. interpone recurso de casación unificadora. Lo estructura en dos motivos, cada uno de ellos amparado en su correspondiente sentencia de contraste.

Con fecha 27 de octubre de 2017, debidamente representada y asistida, la trabajadora presenta escrito impugnando el recurso. Cuestiona la contradicción y expone argumentos en favor de la doctrina acogida por la sentencia recurrida.

Con fecha 23 de noviembre de 2017 la representante del Ministerio Fiscal ante esta Sala Cuarta emite el Informe contemplado en el artículo 226.3 LRJS. Considera que no concurre la contradicción en ninguno de los motivos del recurso, por lo que propone su desestimación.

## **SEGUNDO.- Análisis de la contradicción.**

En el diseño legal del recurso de casación para la unificación de doctrina aparece como un presupuesto procesal la existencia de contradicción entre sentencias; se trata de una exigencia de orden público, sumamente relevante y que hemos de controlar de oficio, máxime cuando en el escrito de impugnación y en el Informe del ministerio Fiscal se ha puesto en duda.

## **1.Consideraciones previas.**

Como hemos recordado innumerables veces, el artículo 219 LRJS exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales". Así lo manifiestan numerosísimas sentencias, como las de 31 de enero de 2017 (rcud 2147/2015), 30 de marzo de 2017 (rcud 3212/2015), 31 de mayo de 2017 (rcud 1280/2015) y 5 de julio de 2017 (rcud 2734/2015).

## **2.Primer motivo del recurso.**

El primer motivo de recurso versa sobre la sucesión de empresas y la posible extensión de responsabilidad a la nueva empresa adquirente de la unidad productiva de la concursada de las relaciones laborales extinguidas mediante despido con anterioridad a la adquisición judicial.

### **A)Sentencia de contraste.**

Con base en la STSJ Cataluña de 19 de febrero de 2016, rec.3271/2015 la recurrente sostiene que los efectos de la sucesión de empresa deben regirse por los dispuesto en el Auto del juez del concurso que acuerda la adjudicación y los limita exclusivamente a las obligaciones laborales de los trabajadores cuyos contratos se encontraban en ese momento vigentes.

La Sala tras realizar un examen de la Directiva y la Jurisprudencia de TJUE, en relación con los arts. 148 y 149 de la Ley Concursal (LC), concluye que al no subrogarse la empresa en las deudas laborales no estamos ante una sucesión de empresas del artículo 44 ET, sino ante una autorización de activos aprobada judicialmente con exclusión para la adquirente de las deudas de la transmitente por lo que no son aplicables las reglas del artículo 149 LC, ni el artículo 44 ET. y estima el recurso de la empresa adquirente a la que se exime de toda responsabilidad en los despidos de las demandantes,

### **B)Consideraciones específicas.**

Es verdad que, como apunta el Informe de Fiscalía, aparecen algunas diferencias entre las sentencias comparadas. Aquí la sentencia recurrida declaró nulo el despido de la trabajadora por vulneración del derecho fundamental a la garantía de indemnidad, mientras que en la referencial el despido de las trabajadoras fue declarado improcedente. Además, en la sentencia referencial la empresa recurrente se hace cargo de todos los contratos vigentes en la empresa transmitente.

Sin embargo, consideramos que no se trata de diferencias que impidan la comparación pedida por el artículo 219.1 LRJS. En ambos casos se trata del enjuiciamiento de despidos producidos con anterioridad a la situación de concurso 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. También sucede así en el caso 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, pues mientras la recurrida entiende que comprende la totalidad de las obligaciones laborales que se mantienen pendientes con la actora, la referencial llega a una conclusión contraria.



### **C) Conclusión.**

Al igual que hemos decidido en el caso del recurso 3710/2017, respecto de la misma sentencia de contraste, consideramos concurrente la contradicción. En ambos casos la transmisión realizada mediante adjudicación en procedimiento concursal queda limitada, en lo tocante a los efectos laborales derivados de la sucesión, a 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.

### **3.Segundo motivo de recurso.**

Mediante el segundo motivo, el recurso de la empresa pretende mostrar su disconformidad con la declaración de vulneración de la garantía de indemnidad.

#### **A)Sentencia referencial.**

Invoca como referencial la STSJ Extremadura de 17 de julio de 2014 (Rec 25/14) confirmatoria de la de instancia que con estimación parcial de las demandas presentadas por el trabajador declara la extinción de la relación laboral desde la fecha de efectos del despido (12/4/2012), si bien modifica el importe de la indemnización.

En relación con lo que ahora interesa, el actor había sido despedido por dos veces en la empresa, mediando condena judicial readmisoria, si bien la presunción de vulneración de la garantía de indemnidad que protege la tutela judicial efectiva que tales indicios aportan queda neutralizada con la lejanía de tales despidos y la realidad de la causa económica justificativa del despido, debidamente expuesta en la carta de despido y acreditada.

#### **B)Consideraciones específicas.**

La contradicción entre las sentencias comparadas es inexistente al ser diferentes los supuestos de hecho. Por otra parte, tampoco existe discrepancia doctrinal alguna que necesite ser unificada, en tanto que ambas resoluciones aplican la abundante jurisprudencia constitucional sobre la necesidad en caso de que se alegue lesión de derechos fundamentales, de aportar indicios razonables de que la vulneración se ha producido para que proceda la inversión de la carga probatoria. ( STS 25/1/2011 rec 3060/2009). Alcanzado, en su caso, por el demandante el anterior resultado probatorio, sobre la parte demandada recaerá la carga de probar la existencia de causas suficientes, reales y serias, para calificar de razonable y ajena a todo propósito lesivo del derecho fundamental la decisión o práctica empresarial cuestionada, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios.

Pues bien, ninguna semejanza presentan ni los indicios valorados ni la actuación de la empresa a fin de desacreditar los mismos. En la sentencia de contraste, se analiza la impugnación de un despido objetivo acumulado a una extinción de contrato por incumplimiento empresarial grave. Se estiman como indicios de la vulneración denunciada dos despidos previos, el primero en el que se dictó sentencia el 19/10/2009 declarando la improcedencia y siendo readmitido el trabajador, fue nuevamente despedido, dictándose sentencia el 2/12/2010 que se declaró nulo por apreciar la violación del derecho a la garantía de indemnidad. El despido analizado, por causas objetivas, es de 12/4/2014. La sentencia considera que dichos indicios han quedado neutralizados por la actuación de la empresa, dada la seriedad de la decisión, que viene avalada por la declaración de procedencia de la decisión extintiva al quedar probadas las causas del despido; la desvinculación con el ejercicio por el trabajador de sus derechos legítimos, y por el tiempo transcurrido entre uno y otro despido.

Sin embargo, en la sentencia recurrida y en aplicación de la misma doctrina, consta que la trabajadora ha disfrutado de excedencia por cuidado de hijo y reducción de jornada en los términos ya expuestos. Se considera como indicio la existencia del pleito precedente donde se había obtenido la declaración de nulidad del despido, mediante sentencia de 17/6/2014, habiéndose reincorporado la actora el 4/8/2014. La empresa no ha acreditado razones

justificativas del cese que demuestren la ausencia del móvil discriminatorio, siendo de destacar el nexo temporal entre la sentencia y el despido.

### **C) Conclusión.**

Coincidiendo en este punto con el Informe del Ministerio Fiscal, consideramos que en este segundo motivo no existe la preceptiva contradicción.

Por tanto, hemos de circunscribir nuestra atención al punto primero ya expuesto, referido al alcance de lo acaecido como consecuencia de la adjudicación realizada por el Juzgado de lo mercantil.

### **TERCERO.- Doctrina de la Sala sobre alcance de la adquisición de una unidad productiva en el seno del concurso.**

Para la solución del recurso debemos empezar recordando que la cuestión abordada ya ha sido resuelta por las SSTs de 27 de febrero de 2018, Rec. 112/2016, de 26 de abril de 2018, Rjud. 2004/2018; de 12 de julio de 2018, Rjud. 3525/2016 y 12 de septiembre de 2018, Rjud. 1549/2017.

#### **1. Criterio sentado.**

En todos los casos ya mencionados, tras reiterar que el orden social de la jurisdicción es competente para resolver si se produce subrogación cuando una empresa adquiere una unidad productiva en virtud de la liquidación efectuada en el seno de un procedimiento concursal, se proclama la plena aplicación del art. 44 ET,

Se concluye, por tanto, que la adquirente de la unidad productiva debe hacerse cargo de la responsabilidad derivada del despido, en un supuesto en el que auto de adjudicación el Juez Mercantil hizo constar que no existía sucesión de empresa, respecto a los trabajadores cuyos contratos de trabajo ya se habían extinguido previamente.

#### **2. Argumentos de nuestra doctrina.**

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

a) 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.

b) 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.

c) 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.

d) 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 rijan 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.

### **3. Alineamiento con el Derecho de la UE.**

Ampliando el último razonamiento, consideramos que esta interpretación es 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.

La STJUE 22 junio 2017 (C-126/6; *Federatie Nederlandse Vakvereniging*) viene a respaldar, a nuestro entender, esas apreciaciones cuando sienta la siguiente doctrina:

El artículo 5, apartado 1, de la Directiva 2001/23 exige que el procedimiento de quiebra o el procedimiento de insolvencia análogo se haya abierto con vistas a la liquidación de los bienes del cedente. Pero "no cumple este requisito un procedimiento que tenga por objeto la prosecución de la actividad de la empresa de que se trate" (& 47).

"Un procedimiento persigue la continuación de la actividad cuando tiene como objetivo salvaguardar el carácter operativo de la empresa o de sus partes viables" (& 48).

Cuando una operación de adjudicación de bienes no tiende, en definitiva, a la liquidación de la empresa, el objetivo económico y social que persigue no puede explicar ni justificar que, cuando la empresa de que se trate sea objeto de una transmisión total o parcial, sus trabajadores se vean privados de los derechos que la Directiva 2001/23 les reconoce (& 50).

En suma: la interpretación conforme de nuestro ordenamiento también exige que en casos como el ahora resuelto se aplique el régimen de la sucesión empresarial. En el caso de España no es otro que el definido en el artículo 44 ET.

#### **CUARTO.- Resolución.**

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.

Recordemos que el art. 44.3 ET impone al cedente y al cesionario la responsabilidad solidaria durante tres años "de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieren sido satisfechas", lo que abarca todo tipo de obligaciones laborales con independencia de su naturaleza, e incluye a todos los trabajadores de la empresa cedente que mantengan créditos contra la misma, incluso aquellos en cuyos contratos de trabajo no se subroga la cesionaria por haberse extinguido previamente conforme a derecho,

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.

Tampoco es 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.

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 MGO by Westfield, S.L., representada y defendida por el Letrado Sr. Becerril Morán.
- 2) Declarar la firmeza de la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, de 15 de septiembre de 2016, en el recurso de suplicación nº 1913/2016, interpuesto frente a la sentencia dictada el 29 de febrero de 2016 por el Juzgado de lo Social nº 4 de Valencia, en los autos nº 1349/2014, seguidos a instancia de D<sup>a</sup> Coro contra dicha recurrente, Ministerio Fiscal, Benedicto (Admo. Grupo MGO, S.A.), Benedicto, Klebert Properties S.L., Fondo Garantía Salarial y Westfield Sanidad S.L.U., sobre despido.
- 3) Decretar la pérdida del depósito constituido para recurrir.
- 4) Ordenar que la consignación efectuada para recurrir se destine al fin legalmente previsto y acorde con nuestro pronunciamiento.
- 5) Condenar en costas a la empresa recurrente.

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

Así se acuerda y firma.