

**Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia 209/2018 de 27
Feb. 2018, Rec. 112/2016**

Ponente: Segoviano Astaburuaga, María Luisa.

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 112/2016

Ponente: Excm. Sra. D.^a Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 209/2018

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D.^a. Maria Milagros Calvo Ibarlucea

D.^a. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Angel Blasco Pellicer

D. Sebastian Moralo Gallego

En Madrid, a 27 de febrero de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la letrada D.^a Ester Monferrer Pérez, en nombre y representación de D.^a Gracia , contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, de fecha 21 de octubre de 2015, recaída en el recurso de suplicación núm. 3148/2015, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Sabadell, dictada el 19 de enero 2015 , en los autos de juicio núm. 900/2013, iniciados en virtud de demanda presentada por D.^a Gracia , contra GEMA OD S.A. y Fondo de Garantía Salarial (FOGASA) ampliada posteriormente contra D. Juan Luis , en calidad de Administrador Concursal de la mercantil GEMA OD S.A. y OPTICAL DISCS SPAIN SL, sobre despido.

Ha sido parte recurrida OPTICAL DISCS SPAIN SL, representada por el letrado D. Manuel Rodríguez Costa

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Maria Luisa Segoviano Astaburuaga.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 19 de enero de 2015, el Juzgado de lo Social nº 2 de Sabadell, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: «ESTIMO la demanda rectora de las presentes actuaciones, promovida por DOÑA Gracia contra GEMA OD, S.A., OPTICAL DISCS SPAIN, S.L.U. y FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, DECLARO IMPROCEDENTE el despido de la actora, de fecha 24 de octubre de 2013, y CONDENO a las empresas demandadas, conjunta y solidariamente, a que, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, opten entre la readmisión de la demandante o el abono de una indemnización de 31.170'27 euros. La opción por la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo. En caso de que se opte por la readmisión, el trabajador

tendrá derecho a los salarios de tramitación. Estos equivaldrán a una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación. En el supuesto de no optar el empresario por la readmisión o la indemnización, se entiende que procede la primera.

ABSUELVO al FONDO DE GARANTÍA SALARIAL (FOGASA) sin perjuicio de sus responsabilidades legales para el supuesto de insolvencia empresarial.»

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes: «**PRIMERO** . DOÑA Gracia (actora) ha venido prestando servicios retribuidos por cuenta de la codemandada GEMA OD, S.A., en adelante GEMA, con antigüedad de 8/06/2002, categoría profesional de oficial 1ª y salario bruto diario de 62'78 euros, incluida la parte proporcional de pagas extraordinarias. **SEGUNDO** . El 24 de octubre de 2013, la empleadora notificó a la demandante una carta de esa misma fecha, cuyo contenido se tiene por reproducido en su totalidad, en la que le comunicaba que, con fecha de efectos de 24/10/2013, quedaba extinguido su contrato de trabajo, a tenor de lo previsto en el artículo 52.c) Estatuto de los Trabajadores , alegando causas económicas; en la comunicación escrita se dice que le corresponde una indemnización de 13.293'05 euros, que no se pone a su disposición por dificultades de tesorería. **TERCERO**. La codemandada GEMA no ha puesto a disposición de la trabajadora la indemnización legal de 20 días por año de servicio, correspondiente al despido por causas objetivas. **CUARTO**. GEMA fue declarada en situación legal de concurso voluntario por auto de fecha 11/05/2009, dictado por el Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Barcelona , autos 396/2009-I, recayendo el nombramiento de administrador concursal en Don Juan Luis ; por auto de 17/12/2013 se ha abierto la fase de liquidación. **QUINTO** . En fecha 9/07/2014 se dictó auto por el Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Barcelona , autos 396/2009-I, acordando adjudicar la unidad productiva a OPTICAL DISCS SPAIN, S.L.U., en adelante OPTICAL, autorizando a la administración concursal a documentar la venta de la unidad productiva en las condiciones ofertadas, sin que ello implique sucesión de empresa, salvo en las condiciones limitadas en la oferta aprobada. **SEXTO** . La oferta de OPTICAL, entre otras cuestiones, incluye a 28 trabajadores de GEMA, entre los que no se encuentra la demandante, y que el contenido del auto judicial declare que no se subroga en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago a los trabajadores no asumidos en la presente oferta. **SÉPTIMO** . DOÑA Gracia presentó el 5 de noviembre de 2013 papeleta de conciliación por acomiadament ante el órgano correspondiente del Departament de Treball de la Generalitat de Catalunya y en fecha 11 de febrero de 2014 tuvo lugar el acto de conciliación ante el referido órgano, con el resultado de "INTENTAT SENSE EFECTE per incompareixença de la part interessada no sol licitant sense al legar justa causa».

TERCERO.- Contra la anterior sentencia, la representación letrada de OPTICAL DISCS SPAIN S.L., formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, dictó sentencia en fecha 21 de octubre de 2015, recurso 3148/2015, en la que consta el siguiente fallo: «Debemos estimar y estimamos el recurso de suplicación interpuesto por OPTICAL DISCS SPAIN S.L. contra la Sentencia de 19 de enero de 2015, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Sabadell en autos núm. 900/2013, sobre despido, promovidos por Dª Gracia frente a GEMA OD S.A. Juan Luis (liquidador de Gema OD S.A.), OPTICAL DISCS SPAIN S.L.U. y el Fondo de Garantía Salarial y, en consecuencia, revocamos parcialmente la sentencia recurrida absolviendo a la empresa OPTICAL DISCS SPAIN S.L.U. de los pedimentos formulados en su contra.

Sin costas, con devolución al recurrente del depósito y consignación que hubiera podido constituir para recurrir.»

CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, la letrada D.ª Ester Monferrer Pérez, en nombre y representación de D.ª Gracia , interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó ante esta Sala mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por

la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya de fecha 19 de junio de 2015, recurso suplicación 2649/2015.

QUINTO.- Se admitió a trámite el recurso, y no habiendo sido impugnado por la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de desestimar el recurso interpuesto.

SEXTO.- Se señaló para la votación y fallo el día 22 de febrero de 2018, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- La cuestión que se plantea en este recurso se ciñe a determinar si es responsable de las obligaciones del empleador -en situación de concurso- con sus trabajadores el adquirente, en el seno del concurso, de la unidad productiva autónoma empresarial, cuando en el auto de adjudicación de la misma el Juez Mercantil ha hecho constar que no existe sucesión de empresa.

2.- El Juzgado de lo Social número 2 de los de Sabadell dictó sentencia el 19 de enero de 2015 , autos número 900/2013, estimando la demanda formulada por DOÑA Gracia contra GEMA OD, SA, OPTICAL DISCS SPAIN SLU y FOGASA sobre DESPIDO, declarando improcedente el despido de la actora, condenando a las empresas demandadas, conjunta y solidariamente, a que, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, opten entre la readmisión de la demandante o el abono de una indemnización de 31.170,27 €, determinando la opción por la indemnización la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo, teniendo derecho a los salarios de tramitación en el caso de que se opte por la readmisión. Se absuelve al FOGASA, sin perjuicio de sus responsabilidades legales.

Tal y como resulta de dicha sentencia, la actora ha venido prestando servicios por cuenta de la demandada GEMA OD SA, desde el 8 de junio de 2002. El 24 de octubre de 2013 la citada empresa le comunicó que con fecha de efectos de 24 de octubre de 2013 quedaba extinguido su contrato de trabajo, al amparo del artículo 52 c) del Estatuto de los Trabajadores , por concurrir causas económicas, haciendo constar que le corresponde una indemnización de 13.293,05 €, que no pone a su disposición por dificultades de tesorería. La empresa fue declarada en situación de concurso voluntario por auto de fecha 11 de mayo de 2009, dictado por el Juzgado de lo Mercantil número 4 de Barcelona , autos 396/2009, abriéndose la fase de liquidación por auto de 17 de diciembre de 2013. El 9 de julio de 2014 se dictó auto por el Juzgado de lo Mercantil número 4 de Barcelona acordando adjudicar la unidad productiva a OPTICAL DISC SPAIN SLU, autorizando a la administración concursal a documentar la venta de la unidad productiva en las condiciones ofertadas, sin que ello implique sucesión de empresa, salvo en las condiciones limitadas en la oferta aprobada. La citada oferta incluye a 28 trabajadores de GEMA, entre los que no se encuentra la actora y que el contenido del auto judicial declare que la adquirente no se subroga en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago a los trabajadores no asumidos en la oferta.

3.- Recurrida en suplicación por el Letrado D. Manuel Rodríguez Acosta, en representación de OPTICAL DISCS SPAIN SLU, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya dictó sentencia el 21 de octubre de 2015, recurso número 3148/2015, estimando el recurso formulado, revocando parcialmente la sentencia recurrida, absolviendo a la empresa recurrente de los pedimentos contenidos en la demanda en su contra formulada.

La sentencia entendió que «no encontrándose la actora entre los trabajadores subrogados, debe concluirse que el Auto del Juez Mercantil excluía la responsabilidad de la empresa adquirente en el pago de la indemnización que pudiera derivarse con ocasión de la declaración de improcedencia del despido de la actora, en tanto que el mismo se produjo antes de la adjudicación, que la misma no se encontraba entre los trabajadores subrogados y que expresamente dicha resolución hacía constar que no se produciría la sucesión entre las empresas. Dicha resolución se dictó en el marco del artículo 148 de la Ley Concursal, que dispone que el Juez Mercantil aprobará la oferta en los

términos que, en definitiva, estime convenientes y optando el mismo por aprobar la oferta en los términos que han quedado relatados (vid. hecho probado sexto), sin introducir las limitaciones previstas en el artículo 149.2 de la Ley Concursal, debe concluirse que la recurrente no debe responder solidariamente con la empresa empleadora de las consecuencias de la declaración de improcedencia del despido de la actora.»

4. - Contra dicha sentencia se interpuso por la Letrada Doña Esther Monferrer Pérez, en representación de DOÑA Gracia , recurso de casación para la unificación de doctrina aportando, como sentencia contradictoria, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya el 19 de junio de 2015, recurso número 2649/2015.

La parte recurrida no ha impugnado el recurso, habiendo informado el Ministerio Fiscal que el mismo ha de ser desestimado por falta de fundamentación y, subsidiariamente, por motivos de fondo.

SEGUNDO.- 1.- Procede el examen de la sentencia de contraste para determinar si concurre el requisito de la contradicción, tal y como lo formula el artículo 219 de la LRJS, que supone que ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, las sentencias comparadas han llegado a pronunciamientos distintos.

2.- La sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya el 19 de junio de 2015, recurso número 2649/2015, desestimó el recurso de suplicación interpuesto por Gestió i Serveis 2014 SL frente a la sentencia 20/2015, dictada el 20 de enero de 2015 por el Juzgado de lo Social número 2 de Sabadell , en los autos 488/2013. Dicha sentencia estimó en parte la demanda, declaró improcedente el despido del actor y condenó a las empresas codemandadas Almar Bellaterra SA y Gestió i Serveis 2014 SL a que, en plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, opten entre readmitir al actor o indemnizarle con la cantidad de 26.847,57 €, determinando la opción por la indemnización la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo, teniendo derecho a los salarios de tramitación en el caso de que se opte por la readmisión.

Consta en dicha sentencia que el actor ha venido prestando servicios por cuenta de la codemandada Almar Bellaterra SA, desde el 3 de enero de 2005. El 12 de abril de 2013 la empleadora notificó al trabajador una carta en la que le comunicaba que su contrato quedaba extinguido en dicha fecha, en virtud de lo previsto en el artículo 52 c) del Estatuto de los Trabajadores , por causas económicas. La empresa no puso a disposición del trabajador la indemnización correspondiente, cuantificada en 8.524,17 €, teniendo pendiente asimismo de percibir 3.188,62 €, en concepto de liquidación. La empresa fue declarada en situación de concurso voluntario por auto de 27 de junio de 2012, dictado por el Juzgado de lo Mercantil número 7 de Barcelona , autos 437/2012. El 30 de abril de 2014 se dictó providencia por el Juzgado de lo Mercantil acordando autorizar la unidad productiva de Almar y de la unidad productiva de Fatjó Mar a Gestió i Serveis 2014 SL, haciendo constar expresamente que la venta no supone sucesión de empresa, en el sentido de que el adquirente no asume las deudas generadas a la fecha de efectividad de la adjudicación, sean de naturaleza tributaria, laboral y de Seguridad Social, así como las deudas concursales que sean anteriores a dicha fecha de efectos, adquiriendo los activos de las concursadas libres de cargas y gravámenes, con subrogación de la compradora en las posiciones arrendaticias que ostentan las concursadas. En fecha 8 de julio de 2014 se elevó a pública la escritura de compraventa de la unidad productiva, celebrada entre Don Genaro , administrador concursal de ALMAR y FATJÓ MAR, y DON Hermenegildo , administrador único de GESTIÓ, en la que, en ejecución del plan de liquidación concursal y con la debida autorización judicial, el primero vende y transmite al segundo la plena titularidad de las unidades productivas de ALMAR y FATJÓ MAR a GESTIÓ por un precio de 126.000'00 euros, según la forma de pago que se detalla en la estipulación segunda.

La sentencia entendió que el artículo 149.2 de la Ley Concursal establece una regla general que consiste en que cuando como consecuencia de la enajenación del conjunto o, en su caso, de cada unidad productiva del deudor, 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. Es decir, como regla general en las enajenaciones producidas en liquidación concursal de entidades productivas, hay sucesión, si se producen los supuestos del art.44 ET. Invoca las sentencias dictadas por la propia Sala en asuntos similares, entre otras, la más reciente de 2 de julio de 2014, recurso 1984/2014, en la que se establece: «La Sala entiende que sí, sin que a ello sea óbice que el auto de adjudicación se estableciese que la misma no implicaba una sucesión de empresa, al acordar seguidamente al amparo del art. 149.2 LC que el adquirente no se subrogaría en la parte de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que fuese asumida por el Fondo de Garantía Salarial, lo que significa que la exclusión de responsabilidad afectaba únicamente a la parte de deuda de la que se hacía cargo el citado Organismo y que el resto de las deudas laborales debían ser asumidas por la adquirente conforme a lo dispuesto en el art. 44.3 ET». Concluye consignando que la mercantil Gestió i Serveis 2014 SL debe responder de la deuda que la empresa concursada Almar Bellaterra SA mantiene con el trabajador demandante.

3.- Entre la sentencia recurrida y la de contraste concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS. En efecto, en ambos supuestos se plantea si la venta de una unidad productiva de la empresa -en situación de concurso-, empleadora del trabajador despedido, que es adquirida por una tercera empresa en el seno del procedimiento concursal, en el que el auto del Juzgado de lo Mercantil ha adjudicado esta unidad productiva a la tercera empresa, haciendo constar expresamente que no hay sucesión de empresa, supone que la adquirente de la citada unidad productiva ha de asumir las deudas que la empleadora tenía con su trabajador. Las sentencias comparadas han llegado a resultados contradictorios ya que, en tanto la sentencia recurrida entiende que no procede que el adquirente se subrogue en las obligaciones que el empresario concursado tenía con sus trabajadores, la sentencia de contraste mantiene que se produce dicha subrogación.

A la vista de tales datos forzoso es concluir que concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS por lo que, habiéndose cumplido los requisitos establecidos en el artículo 224 de dicho texto legal, procede entrar a conocer del fondo del asunto.

Si bien la fundamentación jurídica del recurso es parca, en cuanto a la denuncia de la forma en que han sido infringidos los preceptos que invoca, es suficiente para entender cumplidos los requisitos legalmente exigidos respecto a la interposición del recurso.

TERCERO.- 1.- La recurrente alega vulneración de los artículos 44 del Estatuto de los Trabajadores y 148 y 149 de la Ley Concursal, aduciendo que la Compañía adjudicataria ha de hacerse cargo de las deudas contraídas por la cesionaria.

2.- Los hechos de los que hay que partir para resolver la cuestión planteada son los siguientes:

- La actora ha venido prestando servicios por cuenta de la demandada GEMA OD SA, habiendo sido despedida el 24 de octubre de 2013, al amparo del artículo 52 c) del Estatuto de los Trabajadores, por concurrir causas económicas, haciendo constar que le corresponde una indemnización de 13.293,05 €, que no pone a su disposición por dificultades de tesorería.

- La empresa fue declarada en situación de concurso voluntario por auto de fecha 11 de mayo de 2009, dictado por el Juzgado de lo Mercantil número 4 de Barcelona, autos 396/2009.

- Se abrió la fase de liquidación por auto de 17 de diciembre de 2013.

- El 9 de julio de 2014 se dictó auto por el Juzgado de lo Mercantil acordando adjudicar la unidad productiva a OPTICAL DISC SPAIN SLU, autorizando a la administración concursal a documentar la venta de la unidad productiva en las condiciones ofertadas, sin que ello implique sucesión de empresa, salvo en las condiciones limitadas en la oferta aprobada.

- La citada oferta incluye a 28 trabajadores de GEMA -entre los que no se encuentra la actora- y que el contenido del auto judicial declare que la adquirente no se subroga en la parte de la

cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago a los trabajadores no asumidos en la oferta.

- El Juzgado de lo Social número 2 de los de Sabadell dictó sentencia el 19 de enero de 2015 , autos número 900/2013, estimando la demanda formulada, declarando improcedente el despido de la actora, condenando a las empresas demandadas, GEMA OD, SA y OPTICAL DISCS SPAIN SLU conjunta y solidariamente, a que, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, opten entre la readmisión de la demandante o el abono de una indemnización de 31.170,27 E, así como el abono de salarios de tramitación en caso de optar por la readmisión.

- La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya dictó sentencia el 21 de octubre de 2015, recurso número 3148/2015, estimando el recurso formulado, revocando parcialmente la sentencia recurrida, absolviendo a la empresa OPTICAL DISCS SPAIN SLU de los pedimentos contenidos en la demanda en su contra formulada.

3.- Para una recta comprensión de la cuestión debatida reproducimos a continuación los preceptos que han de ser tenidos en cuenta para resolver la cuestión debatida:

Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001.

Artículo 5: «1. Salvo disposición en contrario por parte de los Estados miembros, los artículos 3 y 4 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 (que podrá ser un interventor de empresas autorizado por una autoridad pública competente).

2. En el supuesto de que los artículos 3 y 4 se apliquen a un traspaso durante un procedimiento de insolvencia abierto respecto de un cedente (independientemente de que dicho procedimiento se haya iniciado para liquidar los activos del cedente) y a condición de que dicho procedimiento esté bajo la supervisión de una autoridad pública competente (que podrá ser un interventor de empresas determinado por la legislación nacional), un Estado miembro podrá disponer que:

a) no obstante lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 3, no se transfieran al cesionario las obligaciones del cedente, derivadas de los contratos o de las relaciones laborales, que puedan existir antes de la fecha del traspaso o antes de la apertura del procedimiento de insolvencia, siempre y cuando dicho procedimiento dé lugar, en virtud de la legislación de ese Estado miembro, a una protección como mínimo equivalente a la que se establece para las situaciones cubiertas por la Directiva 80/987/CEE del Consejo, de 20 de octubre de 1980, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario(7), y, o alternativamente, que:

b) el cesionario, el cedente, o la persona o personas que ejerzan las funciones del cedente, por un lado, y los representantes de los trabajadores, por otro lado, puedan pactar, en la medida en que la normativa o la práctica en vigor lo permitan, cambios en las condiciones contractuales de empleo de los trabajadores, con la finalidad de mantener las oportunidades de empleo al garantizar la supervivencia de la empresa o del centro de actividad o de la parte de la empresa o del centro de actividad.»

Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, en la redacción dada -teniendo en cuenta la fecha del auto de adjudicación del Juzgado de lo Mercantil, 9 de julio de 2014 - por la Ley 38/2011, de 10 de octubre.

Artículo 100: "Contenido de la propuesta de convenio

2. También podrán incluirse en la propuesta de convenio proposiciones de enajenación, bien del conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a su actividad empresarial o profesional o de determinadas unidades productivas a favor de una persona natural o jurídica determinada.

Las proposiciones incluirán necesariamente la asunción por el adquirente de la continuidad de la actividad empresarial o profesional propia de las unidades productivas a las que afecte y del pago

de los créditos de los acreedores, en los términos expresados en la propuesta de convenio. En estos casos, deberán ser oídos los representantes legales de los trabajadores."

Artículo 109: "Aprobación judicial del convenio.

Dentro de los cinco días siguientes a aquel en que hubiere finalizado el plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores si no se hubieren presentado impugnaciones o, de haberse presentado, dentro de los cinco días siguientes a aquel en que hubiera finalizado el plazo para la revocación de las adhesiones, el Secretario judicial verificará si las adhesiones presentadas alcanzan la mayoría legalmente exigida. El secretario, mediante decreto, proclamará el resultado. En otro caso, dará cuenta al Juez, quien dictará auto abriendo la fase de convenio o liquidación, según corresponda.

2. Si la mayoría resultase obtenida, el juez, en los cinco días siguientes al vencimiento del plazo de oposición a la aprobación judicial del convenio previsto en el apartado 1 del artículo 128 dictará sentencia aprobatoria, salvo que se haya formulado oposición al convenio o éste sea rechazado de oficio por el juez, según lo dispuesto en los artículos 128 a 131. La sentencia pondrá fin a la fase común del concurso y, sin apertura de la fase de convenio, declarará aprobado éste con los efectos establecidos en los artículos 133 a 136."

Artículo 148: "Plan de liquidación.

1. En el informe al que se refiere el artículo 75 o en un escrito que realizará dentro de los quince días siguientes al de notificación de la resolución de apertura de la fase de liquidación, la administración concursal presentará al juez un plan para la realización de los bienes y derechos integrados en la masa activa del concurso que, siempre que sea factible, deberá contemplar la enajenación unitaria del conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes y servicios del concursado o de algunos de ellos. Si la complejidad del concurso lo justificara el juez, a solicitud de la administración concursal, podrá acordar la prórroga de este plazo por un nuevo período de igual duración.

2. Durante los quince días siguientes a la fecha en que haya quedado de manifiesto en la oficina judicial el plan de liquidación, el deudor y los acreedores concursales podrán formular observaciones o propuestas de modificación. Transcurrido dicho plazo, el juez, según estime conveniente para el interés del concurso, resolverá mediante auto aprobar el plan en los términos en que hubiera sido presentado, introducir en él modificaciones o acordar la liquidación conforme a las reglas legales supletorias. Contra este auto podrá interponerse recurso de apelación."

3. Asimismo el plan de liquidación se someterá a informe de los representantes de los trabajadores, a efectos de que puedan formular observaciones o propuestas de modificación, aplicándose lo dispuesto en el apartado anterior, según que se formulen o no dichas observaciones o propuestas.

«4. En el caso de que las operaciones previstas en el plan de liquidación supongan la modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, incluidos los traslados colectivos, o la suspensión o extinción colectivas de las relaciones laborales, previamente a la aprobación del plan, deberá darse cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 64.»

Artículo 149: "Reglas legales supletorias.

1. De no aprobarse un plan de liquidación y, en su caso, en lo que no hubiere previsto el aprobado, las operaciones de liquidación se ajustarán a las siguientes reglas:

1ª El conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes o de servicios pertenecientes al deudor se enajenará como un todo, salvo que, previo informe de la administración concursal, el juez estime más conveniente para los intereses del concurso su previa división o la realización aislada de todos los elementos componentes o sólo de algunos de ellos. La enajenación del conjunto o, en su caso, de cada unidad productiva se hará mediante subasta y si ésta quedase desierta el juez podrá acordar que se proceda a la enajenación directa.

Las resoluciones que el juez adopte en estos casos deberán ser dictadas previa audiencia, por plazo de quince días, de los representantes de los trabajadores y cumpliendo, en su caso, lo previsto en el apartado 3 del artículo 148. Estas resoluciones revestirán la forma de auto y contra ellas no cabrá recurso alguno.

2ª. En el caso de que las operaciones de liquidación supongan la modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, incluidos los traslados colectivos y la suspensión o extinción colectivas de las relaciones laborales, se estará a lo dispuesto en el artículo 64.

2. Cuando, como consecuencia de la enajenación a que se refiere la regla 1ª del apartado anterior, una entidad económica mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesorio, se considerará, a los efectos laborales, que existe sucesión de empresa. En tal caso, el juez podrá acordar que el adquirente no se subrogue 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. Igualmente, para asegurar la viabilidad futura de la actividad y el mantenimiento del empleo, el cesionario y los representantes de los trabajadores podrán suscribir acuerdos para la modificación de las condiciones colectivas de trabajo."

Artículo 146 bis, introducido por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal: "Especialidades de la transmisión de unidades productivas.

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."

Estatuto de los Trabajadores.

Artículo 44. "La sucesión de empresa.

1. El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente.

2. A los efectos de lo previsto en el presente artículo, se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorio.

3. Sin perjuicio de lo establecido en la legislación de Seguridad Social, el cedente y el cesionario, en las transmisiones que tengan lugar por actos inter vivos, responderán solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas."

CUARTO.- 1.- La primera cuestión que nos hemos de plantear es la relativa al orden jurisdiccional competente para resolver si se produce transmisión de empresa 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.

2.- La cuestión ha sido resuelta de forma reiterada por esta Sala que ha sentado una consolidada doctrina al respecto, pudiendo citar las Sentencias de 11 de enero de 2017, recurso 1689/2015; 18 de mayo de 2017, recurso 1645/2015; 5 de julio de 2017, recurso 563/2015 y 11 de enero de 2018, recurso 3290/2015.

En la última de las sentencias citadas se contiene el siguiente razonamiento:

« **2.** - Conforme reiteramos en nuestras precitadas sentencias: "la competencia para resolver esa cuestión es de esta jurisdicción social, porque en la resolución de ese problema se encuentra implicada la recurrente, quien no ha sido parte en el proceso concursal, ni como deudor ni como acreedor, al haberse limitado a comprar una unidad productiva de la concursada, razón por la que su relación con el concurso de acreedores se ha limitado a la compra de un activo de la masa. Así lo entendió esta Sala en su sentencia de 29 de octubre de 2014 (Rec. 1573/2013) en la que dijo: «En definitiva, sean cuales sean las circunstancias en las que se ha desarrollado la extinción colectiva de los contratos de los trabajadores en el marco de un concurso de acreedores de una empresa, así como la liquidación de los bienes de ésta, la cuestión de si posteriormente se ha producido o no una sucesión empresarial (art. 44 ET) es competencia de la jurisdicción social».

Esta solución ha sido seguida, igualmente, por la Sala Especial de Conflictos de Competencia del art. 42 de la LOPJ en sus Autos de 9 de diciembre de 2015 (Conflicto 25/2015) y de 9 de marzo de 2016 (Conflicto 1/2016), dictados en supuestos como el que nos ocupa, resoluciones en las que se ha declarado que cuando se acciona contra sociedades diferentes de la concursada en liquidación, sin que se encuentren en situación de concurso, la competencia corresponde a la jurisdicción social. En estas resoluciones se afirma que la competencia atribuida al juez del concurso cede en favor de los órganos de la jurisdicción social cuando: «1. La acción ejercitada, de ser estimada, llevaría aparejada la condena de diversos sujetos que no son parte en el procedimiento concursal, en el que intervienen la entidad concursada [cualquiera de ellas puesto que son varias, no todas, en este caso], como deudoras, y los acreedores.

(...) Este análisis ya ha sido abordado previamente por la doctrina de esta sala, que, con ocasión de la interpretación del incidente concursal laboral contemplado en el artículo 64.10 de la LC , en los autos 24/2011, de 6 de julio (conflicto 23/2010) y 30/2011, de 6 de julio (conflicto 19/2011), se declaró que el juez del concurso es excepcionalmente competente para conocer de las acciones individuales de extinción del contrato de trabajo, pero solo cuando reúnen acumulativamente determinados requisitos, entre los que se encuentra que la acción se dirija «contra el concursado, ya que de dirigirse contra un grupo empresarial generador de responsabilidad solidaria cuyos integrantes no están declarados en situación concursal, como afirma el auto 17/2007, de 21 de junio (conflicto 11/2007), posteriormente reiterado entre otros en el 117/2007, de 30 de noviembre (conflicto 3/2007), la demanda sobrepasa, tanto en términos materiales como subjetivos, el [objeto] contemplado en el artículo 64.10 de la Ley Concursal »".

3.- Ocurre, sin embargo, que el 9 de julio de 2014 se dictó auto por el Juzgado de lo Mercantil número 4 de Barcelona , autos 396/2009, acordando adjudicar la unidad productiva a OPTICAL DISCS SPAIN SLU, autorizando a la administración concursal a documentar la venta de la unidad productiva en las condiciones ofertadas, sin que ello implique sucesión de empresa, salvo en las condiciones limitadas en la oferta aprobada -en la oferta se asumen a 28 trabajadores de GEMA, entre los que no está la demandante-.

Procede examinar la incidencia que en el presente asunto tiene la declaración efectuada por el Juez de lo Mercantil de que la adjudicación de la unidad productiva a OPTICAL DISCS SPAIN SLU, no supone que exista sucesión de empresa entre dicha adjudicataria y GEMA OD SA -la titular de los bienes adjudicados-. A este respecto hemos de tener en cuenta las siguientes consideraciones:

En primer lugar, como anteriormente ha quedado consignado, la competencia para decidir si existe o no sucesión de empresa, aun tratándose de la adjudicación a una empresa de una unidad productiva en el seno de un concurso, corresponde al orden jurisdiccional Social.

En segundo lugar el Juez de lo Mercantil es competente para pronunciarse sobre dicha cuestión, si bien con carácter prejudicial, en los términos establecidos en el artículo 9 de la Ley Concursal.

El citado precepto dispone: "1. La jurisdicción del juez se extiende a todas las cuestiones prejudiciales civiles..., 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".

QUINTO.- 1.- Sentada la premisa anterior pasamos a examinar si se ha producido o no sucesión de empresa entre la empleadora del trabajador demandante -GEMA OD SA- y la adquirente, en el seno del concurso de la unidad productiva autónoma -OPTICAL DISCS SPAIN SLU- y, en consecuencia, si la adquirente se subroga en las obligaciones de la empleadora con sus trabajadores.

2.- El artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, bajo el epígrafe "La sucesión de empresa" contempla, en su apartado 1, el cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma. Por su parte el apartado 2 del precepto puntualiza que se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesorio.

La sentencia de esta Sala de 14 de marzo de 2017, recurso 229/2015, citando la sentencia de 23 de septiembre de 2014, recurso 4514/2007, señala que la misma ha examinado el fenómeno de la sucesión empresarial, sus requisitos y consecuencias y ha establecido lo siguiente:

«Procede señalar a este respecto que la sucesión de empresa, regulada en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, impone al empresario que pasa a ser nuevo titular de la empresa, el centro de trabajo o una unidad productiva autónoma de la misma, la subrogación en los derechos laborales y de Seguridad Social que tenía el anterior titular con sus trabajadores, subrogación que opera "ope legis" sin requerir la existencia de un acuerdo expreso entre las partes, sin perjuicio de las responsabilidades que para cedente y cesionario establece el apartado 3 del precitado artículo 44.

La interpretación de la norma ha de realizarse, tal como retiradamente ha venido señalando la jurisprudencia de esta Sala, a la luz de la normativa Comunitaria Europea -Directiva 77/187 CEE, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas, de centros de actividad o de parte de empresas o de centros de actividad, sustituida por la Directiva 98/50 CE de 29 de junio de 1998 y por la actualmente vigente Directiva 2001/23 CE, del Consejo de 12 de marzo de 2001- y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

La sentencia de 12 de diciembre de 2002, recurso 764/02, con cita de la de 1 de diciembre de 1999 establece lo siguiente: "El supuesto de hecho del art. 44 del E.T., al que se anuda la consecuencia jurídica de la sucesión o subrogación de un nuevo empleador en la posición del anterior empresario, presenta una cierta complejidad. La ley española lo describe en términos genéricos como "cambio de titularidad" de la empresa, centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma". Dejando a un lado el caso especial de sucesión en la empresa "mortis causa" a que se refiere el art. 49.1 g. del ET., los acontecimientos constitutivos del cambio de titularidad de la empresa o de alguno de sus elementos dotado de autonomía productiva, han de ser, siguiendo la formulación de la propia ley española, actos "inter vivos" determinantes de una "transmisión" del objeto sobre el que versa (la "empresa" en su conjunto, un "centro de trabajo", o una "unidad productiva autónoma") por parte de un sujeto "cedente", que es el empresario anterior, a un sujeto "cesionario", que es el empresario sucesor.

La Directiva 98/59 CE, de 29 de junio de 1998, ha aclarado este concepto genérico de transmisión o traspaso de empresa, a través de una serie de precisiones sobre el significado de la normativa comunitaria en la materia. Esta aclaración se efectúa, según puntualiza el preámbulo de dicha disposición de la CE, "a la luz de la jurisprudencia" del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. La exposición de motivos de la propia Directiva 98/50 se encarga de señalar a continuación, que la aclaración efectuada "no supone una modificación del ámbito de aplicación de la Directiva 77/187/CEE de acuerdo con la interpretación del Tribunal"

Una primera precisión sobre el concepto de transmisión o traspaso de empresa del nuevo art. 1 de la Directiva Comunitaria se refiere a los actos de transmisión de empresa comprendidos en el ámbito de aplicación de la normativa comunitaria, que pueden ser una "cesión contractual" o una "fusión" (art. 1 .a.). Una segunda precisión versa sobre el objeto de la transmisión en dichos actos de transmisión o traspaso, que comprende en principio cualquier "entidad económica que mantenga su identidad" después de la transmisión o traspaso, entendiendo por tal "un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesoria" (ar. 1.b). Una tercera precisión del concepto de transmisión de empresa en el Derecho Comunitario, que no viene al presente caso, trata de las modalidades de su aplicación en las empresas y Administraciones Públicas (art. 1.c.)"

La normativa Comunitaria alude a "traspaso de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o centros de actividad" (artículo 1.a) de la Directiva 2001/23/CEE, del Consejo de 12 de marzo de 2001), en tanto el artículo 44.1 del Estatuto de los Trabajadores se refiere a "cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma", utilizándose en el apartado 2 de dicho artículo 44 la expresión "transmisión", procediendo a establecer en que supuestos se considera que existe sucesión de empresa de forma similar a la regulación contenida en el artículo 1 b) de la Directiva. En efecto, a tenor del precepto, se considera que existe sucesión de empresa, cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesoria (art. 1 b de la Directiva).

El elemento relevante para determinar la existencia de una transmisión, a los efectos ahora examinados, consiste en determinar si la entidad de que se trata mantiene su identidad, lo que se desprende, en particular, de la circunstancia de que continúe efectivamente su explotación o de que esta se reanude (sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 18 de marzo de 1986, Spijkens, 24/85; de 11 de marzo de 1997, Süzen, C-13/95 ; de 20 de noviembre de 2003, Abler y otros, -340/01 y de 15 de diciembre de 2005, Guney-Gorres, C.232/04 y 233/04). La transmisión debe referirse a una entidad económica organizada de forma estable, cuya actividad no se limite a la ejecución de una obra determinada (sentencia de 19 de septiembre de 19956, Rygaard, C-4888/94), infiriéndose el concepto de entidad a un conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio (sentencias Süzen y Abler y otros, antes citadas).

Para determinar si se reúnen los requisitos necesarios para la transmisión de una entidad, han de tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho características de la operación de que se trate, entre las cuales figuran, en particular, el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate, el que se hayan transmitido o no elementos materiales como los edificios y los bienes muebles, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y de la duración de una eventual suspensión de dichas actividades. Sin embargo, estos elementos son únicamente aspectos parciales de la evaluación de conjunto que debe hacerse y no pueden, por tanto, apreciarse aisladamente (asunto Süzen antes citado)».

3.- En el presente supuesto ha quedado acreditado que el adquirente se ha hecho cargo de una unidad productiva autónoma por lo que, en virtud de lo establecido en el artículo 44.1 y 2 del Estatuto de los Trabajadores, existe sucesión de empresa, lo que, en principio, acarrea las consecuencias previstas en el apartado 3 del precitado artículo 44 en orden a la responsabilidad de cedente y cesionario respecto a las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la cesión.

SEXTO.- 1.- Resta por dilucidar si, cuando la adquisición de una unidad productiva se produce en virtud de la adjudicación que el Juez Mercantil efectúa en la fase de liquidación del concurso, nos encontramos ante el fenómeno de la sucesión de empresa regulado por el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores.

2.- Hay que poner de relieve que el citado precepto 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.

El artículo 148 de la Ley Concursal, en su apartado 1, contempla la posibilidad de enajenación unitaria del conjunto de establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes y servicios del concursado o de cualquiera de ellos, sin hacer referencia alguna a si se produce o no sucesión de empresa respecto al adquirente, a diferencia de lo que sucede en el artículo 149.2 de la propia Ley al fijar las reglas legales supletorias -"Cuando como consecuencia de la enajenación una entidad económica mantenga su identidad...se considerará a efectos laborales que existe sucesión de empresa"-.

La clave para la solución del supuesto aparece en el apartado 4 del propio artículo 148, que dispone: "En el caso de que las operaciones previstas en el plan de liquidación supongan la modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, incluidos los traslados colectivos, o la suspensión o extinción colectivas de las relaciones laborales, previamente a la aprobación del plan, deberá darse cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 64" -procedimiento para la modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo, incluidos los traslados colectivos y de suspensión o extinción colectivas de las relaciones laborales, una vez declarado el concurso-. Tal exigencia obedece a que se trata de evitar que la totalidad de los trabajadores de la empleadora, con las condiciones de trabajo que tenían, pasen a la adjudicataria con todos sus derechos. Si la adquisición de una unidad productiva autónoma en el seno del concurso no supusiera que existe sucesión de empresa, esta previsión normativa 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... 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.

La dicción del apartado 4 del artículo 148 de la Ley Concursal 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.

Por otra parte hay que señalar que en el preámbulo de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, concursal, se consigna :

«En definitiva, esta ley aporta al instituto del concurso una mayor seguridad jurídica, la apertura de nuevas vías alternativas que buscan el equilibrio entre la viabilidad de la empresa y la necesaria garantía judicial, el impulso de los medios electrónicos, así como la simplificación y la agilización procesal, sin olvidarse de efectuar una notable mejora de la posición de los trabajadores».

La finalidad de la reforma es, por tanto, mejorar la posición de los trabajadores en el concurso, finalidad que se consigue aplicando la subrogación en los supuestos de adjudicación de una unidad productiva en los términos anteriormente consignados.

3.- No se opone a la anterior conclusión que el apartado 2 del precitado artículo 148 disponga que "...el juez, según estime conveniente para el interés del concurso, resolverá mediante auto aprobar el plan en los términos en que hubiera sido presentado..." 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 del Estatuto de los Trabajadores .

4.- Tampoco se opone a lo razonado lo dispuesto en el artículo 5 de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001.

Dicho precepto regula, el supuesto de traspaso de empresa, cuando el cedente se halle incurso en un procedimiento de quiebra, que esté bajo la supervisión de una autoridad pública. Prevé dos posibilidades:

-Que los Estados miembros decidan no aplicar los artículos 3 y 4 de la Directiva. Estos artículos establecen la transferencia al cesionario de los derechos y obligaciones del cedente respecto a sus trabajadores, el mantenimiento de las condiciones de trabajo de los trabajadores de la cedente pactadas en Convenio Colectivo hasta que expire este y que el traspaso de empresa no constituya, por sí mismo, una causa de despido.

- Que los Estado miembros decidan aplicar limitadamente los artículos 3 y 4 de la Directiva. Esta limitación puede realizarse de dos formas. La primera, se refiere a la posibilidad de que un Estado miembro no transfiera al cesionario las obligaciones del cedente, derivadas de los contratos o de las relaciones laborales que puedan existir antes de la fecha del traspaso, siempre que los trabajadores gocen de una protección, como mínimo, equivalente a la fijada en la Directiva 80/987/CEE.

La segunda forma se refiere a la posibilidad de que un Estado miembro disponga que el cesionario, el cedente o la persona o personas que ejerzan funciones del cedente, por un lado, y los representantes de los trabajadores, por otro, puedan pactar, en la medida en que la normativa o la práctica en vigor lo permitan, cambios en las condiciones contractuales de empleo de los trabajadores, con la finalidad de mantener las oportunidades de empleo al garantizar la supervivencia de la empresa o del centro de actividad o de la parte de la empresa o del centro de actividad.

Como hemos señalado con anterioridad, el precitado artículo 5 de la Directiva no se opone a la conclusión alcanzada ya que, tal y como dispone el artículo 8 de la norma, la misma 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.

5.- Asimismo hay que señalar que no contradice a todo lo razonado el que el artículo 149 de la Ley Concursal, al establecer las reglas legales supletorias, para el supuesto de que no se aprobase el plan de liquidación, haya dispuesto, en su apartado 2: "Cuando como consecuencia de la enajenación...una entidad económica mantenga su identidad...se considerará, a los efectos laborales, que existe sucesión de empresa", previsión que no aparece expresamente contemplada en el artículo 148 de la Ley Concursal, que regula el plan de liquidación, ya que, como ha quedado anteriormente razonado, la sucesión de empresa opera por mor de lo dispuesto por el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores con carácter imperativo, siempre que no exista una norma que la excluya expresamente.

6 .- Por último hay que poner de relieve que la adición a la Ley Concursal, por la Ley 9/2015, de 25 de mayo del artículo 146 bis, no supone que con anterioridad no se produjera sucesión de empresa en los supuestos de adjudicación de una unidad productiva en fase de convenio.

A este respecto procede señalar que el Preámbulo de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, en su apartado IV establece:

«En materia de liquidación se modifican determinados preceptos del Capítulo II del título V de la Ley Concursal con el objeto de facilitar el desarrollo de esta fase de procedimiento concursal. Se trata, como se ha expuesto previamente, de garantizar en lo posible la continuación de la actividad empresarial, facilitando, fundamentalmente, la venta del conjunto de los establecimientos y explotaciones del concursado o de cualesquiera otras unidades productivas.

Así, se introduce la subrogación «ipso iure» del adquirente en los contratos y licencias administrativas de que fuera titular el cedente (artículo 146 bis) y se arbitran los mecanismos de

exención de responsabilidad por deudas previas, salvo en determinados casos especiales que por su singularidad siguen mereciendo una especial tutela, como es el caso de las deudas frente a la Seguridad Social o a los trabajadores».

El preámbulo consigna que no existe exoneración por deudas previas - artículo 146 bis de la Ley Concursal- en casos especiales, como las deudas frente a los trabajadores, que **siguen mereciendo una especial tutela**, es decir que la no exoneración en las deudas frente a los trabajadores no se ha introducido "ex novo" por vía del artículo 146 bis añadido por la Ley 9/2015, sino que se mantiene la tutela que se otorgaba a dichos créditos.

SÉPTIMO.- 1.- Habiéndose producido sucesión de empresa entre la empleadora de la trabajadora demandante -GEMA OD SA- y la adquirente, en el seno del concurso- de la unidad productiva autónoma -OPTICAL DISCS SPAIN SLU- resta por determinar las responsabilidades exigibles a esta última, teniendo en cuenta que la adquirente, si bien se subrogó en los contratos de 28 trabajadores de la empleadora, no se subrogó en el contrato de la actora, que había sido despedida el 24 de octubre de 2013.

En virtud de lo establecido en el artículo 44.3 del Estatuto de los Trabajadores el cedente y el cesionario responden solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas.

2.- Esta Sala se ha pronunciado sobre la responsabilidad de la cesionaria en supuestos en los que el despido aconteció antes de la subrogación, entre otras, en la sentencia de 4 de octubre de 2003, recurso 585/2003, conteniendo el siguiente razonamiento:

«El Estatuto de los Trabajadores en el art. 44.1 ET recogió y mejoró la redacción de aquel precepto de la Ley al que añadió la coetilla final comprensiva del deber de informar a los representantes de los trabajadores y de la responsabilidad solidaria de cedente y cesionario respecto durante tres años, que es el que ahora contemplamos; y la doctrina de esta Sala siguió entendiendo que la responsabilidad a que dicho precepto se refería incluía la del empresario anterior respecto de los trabajadores con los que ya había extinguido la relación como puede apreciarse en las SSTs de 30- 6-1988 y 22-11-1988 , al aceptar ambas la responsabilidad solidaria de las dos empresas respecto de indemnizaciones por despidos producidos con anterioridad a la transmisión - al igual que ya lo había entendido así el antiguo Tribunal Central de Trabajo (por todas STCT 2-9-1986).

Siguiendo la evolución histórica de dicho precepto, la reforma introducida por la Ley 12/2001, de 9 de junio, lo que ha hecho es extraer el principio de responsabilidad solidaria del apartado 1 del art. 44 para situarlo con carácter independiente en el apartado 3 de dicho precepto, y ha sacado igualmente de dicho apartado el deber de comunicación a los representantes de los trabajadores para situarlo en los apartados 6 y siguientes del mismo, tratando por primera vez con total independencia el principio de subrogación -apartado 1- la exigencia de responsabilidad solidaria, y el deber de notificación que antes figuraban en el mismo apartado. Con lo cual ha ayudado a despejar las dudas interpretativas que hasta ahora pudieran existir, a favor de la segunda de las tesis antes indicadas, puesto que ha hecho desaparecer las dos razones en las que podía fundarse una interpretación reduccionista de las previsiones de aquel precepto, según lo indicado al contemplar los dos posibles criterios de interpretación del precepto.

El indicado criterio interpretativo no tiene su base exclusivamente en la evolución histórica en la redacción del precepto y en la interpretación hecha por la jurisprudencia, sino que viene avalada por otros criterios hermenéuticos como los siguientes: a) Desde una interpretación meramente literal del apartado en cuestión es perfectamente posible deducir que lo que el legislador quiso establecer fue no solo la garantía de la subrogación, sino también la garantía de la responsabilidad solidaria de ambos empresarios sobre deudas laborales del cedente sin distinguir entre anteriores y posteriores, puesto que en términos jurídicos subrogarse no es otra cosa que colocarse uno en el lugar del otro, tanto en la titularidad de los derechos que éste tuviera como en relación con sus obligaciones; b) Desde un criterio de interpretación lógico y sistemático se llega a la misma conclusión, puesto que el apartado final del precepto al referirse sólo a las transmisiones

'inter vivos', lo que está haciendo es equiparar esta modalidad de sucesión a lo que ya está previsto en el Código Civil para la sucesión 'mortis causa', pues la responsabilidad de los herederos en caso de transmisiones por causa de muerte ya está garantizada por las normas generales en materia de sucesión a salvo la aceptación de la herencia 'a beneficio de inventario' - arts. 659 y sgs del Código Civil -, y si contiene aquella concreción es porque en nuestro Código Civil no existe esa misma previsión de responsabilidad por transmisiones derivadas de actos 'inter vivos', como sin embargo sí que existe en el Código de Comercio alemán o en el Código Civil italiano, a los que el art. 44 ET se acomodaría en esta interpretación que defendemos; c) La responsabilidad solidaria de que aquí se trata no significa que el sucesor deba responder por unas deudas ajenas sin más, sino que responderá sin perjuicio de poder reclamarlas del verdadero deudor, constituyendo tal previsión de solidaridad una garantía de seguridad jurídica tanto a favor de los trabajadores frente a posibles transmisiones fraudulentas llevadas a cabo en su perjuicio y en ocasiones sin su consentimiento como a favor de los empresarios responsables si se tiene en cuenta que esta responsabilidad además de solidaria no es ilimitada en el tiempo, sino que sólo se mantiene viva durante tres años a contar de la transmisión, cual ha entendido no solo esta Sala - STS 30-6-1988- sino también la Sala 3^a de este mismo Tribunal -STS (3^a) 28-11-1997 -. Se trata de considerar en una interpretación finalista de esta previsión legal, que estamos ante una cláusula anti fraude que, por otra parte, ha sido aceptada tradicionalmente como tal no solo por la doctrina jurisprudencial antes citada, sino por la propia doctrina mercantilista, pues no cabe olvidar que una empresa tiene el precio que resulta de restar a los activos las deudas que pudiera tener, por lo que no es congruente con la lógica del mercado aceptar la compraventa de empresas sin el cómputo de las deudas preexistentes, en este caso las deudas laborales.

A la vista de tales antecedentes y consecuentes, esta Sala considera que la interpretación que procede hacer del precepto cuestionado ha de ser la misma que ya fue tradicional en nuestro derecho histórico, o sea, la que entiende que el legislador español, yendo más allá del comunitario, ha establecido que, en caso de sucesión empresarial no solo se produce la subrogación de la nueva en los derechos y obligaciones del anterior respecto de los trabajadores cedidos, sino que ha mantenido la responsabilidad solidaria de ambas empresas respecto de las deudas laborales que la empresa cedente tuviera pendientes de abonar».

3.- Aplicando la anterior doctrina al supuesto debatido de ha de concluir que la empresa adjudicataria, OPTICAL DISCS SPAIN SLU, es responsable conjunta y solidariamente con la empleadora GEMA OD SA del despido de la trabajadora DOÑA Gracia declarado improcedente y, al no haberlo entendido así la sentencia recurrida, procede estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por la actora y, resolviendo el debate planteado en suplicación, desestimar el recurso de tal clase interpuesto por OPTICAL DISCS SPAIN SLU, confirmando la sentencia de instancia. No ha lugar a la imposición de costas, de conformidad con lo establecido en el artículo 235.1 de la LRJS.

FALLO

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

que debemos estimar y estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto la Letrada Doña Esther Monferrer Pérez, en representación de DOÑA Gracia , frente a la sentencia dictada el 21 de octubre de 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, en el recurso de suplicación número 3148/2015, y, resolviendo el debate planteado en suplicación, desestimamos el recurso de tal clase interpuesto por el Letrado D. Manuel Rodríguez Acosta, en representación de OPTICAL DISCS SPAIN SLU, contra la sentencia dictada el 19 de enero de 2015 por el Juzgado de lo Social número 2 de Sabadell , en autos 900/2013, seguidos a instancia de la ahora recurrente contra GEMA OD, SA, OPTICAL DISCS SPAIN SLU y FOGASA sobre DESPIDO, confirmando la sentencia de instancia. Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por la Excma. Sra. Magistrada D^a María Luisa Segoviano Astaburuaga hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.