

Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia 594/2018 de 5 Jun. 2018, Rec. 471/2017

Ponente: Segoviano Astaburuaga, María Luisa.

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 471/2017

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

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 594/2018

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D.^a. María Luisa Segoviano Astaburuaga

D.^a. Rosa María Viroles Piñol

D.^a. María Lourdes Arastey Sahun

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Angel Blasco Pellicer

En Madrid, a 5 de junio de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Letrada D.^a Sonia Marcos Fernández, en nombre y representación de Don Porfirio , contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede Valladolid, de fecha 7 de diciembre de 2016, recaída en el recurso de suplicación núm. 1404/2016 , que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Palencia, dictada el 11 de enero de 2016 y aclarada por auto de 21 de enero de 2016, en los autos de juicio núm. 602/2014, iniciados en virtud de demanda presentada por D. Porfirio , contra Productora de Chocolates S.L., Doña Felicidad y la empresa Europraline, S.L., con intervención de la Administración Concursal de Productora de Chocolates SL, así como del Fondo de Garantía Salarial, sobre reclamación de cantidad.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de parte recurrida la empresa Europraline, S.L. representada por la Letrada D.^a Pilar Albert Albert.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 11 de enero de 2016, el Juzgado de lo Social nº 2 de Palencia, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que desestimando las excepciones de incompetencia de jurisdicción, de falta de acción, la falta de legitimación activa del actor, de falta de legítima pasiva de Europraline S.L, de inadecuación del procedimiento, de cosa juzgada y de prescripción y estimando parcialmente la demanda formulada por DON Porfirio frente a PRODUCTORA DE CHOCOLATES S.L., DOÑA Felicidad y EUROPRALINÉ S.L., con intervención de la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL DE PRODUCTORA DE CHOCOLATES S.L. en las personas de D. Ángel Daniel , de D. Agapito y de D. Ambrosio , así como del FONDO DE GARANTÍA SALARIAL,

-Debo condenar y condeno a PRODUCTORA DE CHOCOLATES S.L. y DOÑA Felicidad a que solidariamente abonen a la actora la cantidad de 3.078,56 euros

-Debo condenar y condeno a la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL DE PRODUCTORA DE CHOCOLATES S.L. a estar y pasar por dicha condena.

-Debo absolver y absuelvo al resto de demandados de la referida pretensión».

Con fecha 21 de enero de 2016, se dictó Auto de aclaración por el Juzgado nº 2 de Palencia, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «Que ha lugar a la aclaración de la sentencia dictada el 11 de enero de 2016 en los presentes autos, cuyo Fundamento Jurídico séptimo queda redactado como sigue: "Contra esta sentencia cabe interponer recurso de Suplicación de conformidad con lo prevenido en el artículo 191 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social ".

Asimismo, el segundo párrafo del Fallo quedará redactado como sigue:

"Notifíquese esta sentencia a las partes advirtiéndole que contra ella podrán interponer recurso de suplicación, que deberá anunciarse dentro de los cinco días siguientes a su notificación"».

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como hechos probados se declaran los siguientes:

«PRIMERO.- El demandante, DON. Porfirio , con DNI NUM000 , ha prestado servicios laborales, en el centro de trabajo de San Isidro de Dueñas (Palencia), desde el 1 de septiembre de 1975, para las siguientes empresas y durante los siguientes períodos:

- FABRICACIÓN Y DERIVADOS DEL CHOCOLATE S.A.: Del 1/09/1975 a 14/01/1979, de 16/04/80 a 12/07/93, 16/07/93 a 26/01/94, de 28/01/94 a 29/02/96, de 1/03/96
- BLOND 3000 S.L., del 1/9/99 al 19/06/02, del 21/06/02 al 28/02/2005
- PRODUCTOS SIMIENZA S.L. del 1/03/05 al 31/05/06
- PRODUCTORA DE CHOCOLATES S.L.: del 1/06/06 al 23/01/12

SEGUNDO.- Ante el Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción N° 1 de Palencia, con competencia en materia mercantil, se ha tramitado procedimiento nº 252/2011 en el que se dictó auto en fecha 10 de junio de 2011 declarando en concurso voluntario a las mercantiles Productora de Chocolates S.L., Brookfield Promociones 21 S.L. y Soluciones Comerciales Trapa S.L. designándose como Administración Concursal a D. Agapito y a D. Ángel Daniel , siendo designado posteriormente D. Ambrosio .

TERCERO.- Por parte de la Administración Concursal de Productora de Chocolates S.L. se presentó el 10-11-2011 ante el Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Palencia, con competencia en materia mercantil, solicitud de expediente de extinción colectiva de relaciones laborales, concretamente de 8 trabajadores de Mitelman S.L. y de 29 trabajadores de Productora de Chocolates S.L.

CUARTO. - Tras la apertura de un período de negociaciones entre la Administración Concursal, y los representantes de los trabajadores de las dos mercantiles antes indicadas, el 27-12-2011 se alcanzó un acuerdo entre la Administración Concursal y los Comités de Empresa de las Concursadas PRODUCTORA DE CHOCOLATES S.L. y MITELMAN S.L. En el punto 3º se contenía el "Acuerdo para la extinción de 29 contratos de trabajo de "Productora de Chocolates S.L." y de 8 contratos de trabajo de "Mitelman S.L." en los siguientes términos:

"La representación de los trabajadores se posiciona de forma favorable respecto al planteamiento por parte de la empresa, de acuerdo a lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores, en su artículo 64.5.a y aceptar el ofrecimiento empresarial de extinción de 29 contratos de trabajo de la concursada "Productora de Chocolates S.L." y de 8 contratos de trabajo de la concursada "Mitelman S.L." con arreglo a los criterios de elevar la indemnización de 20 días de indemnización por año de trabajo hasta un tope de 13,5 mensualidades por encima de la legalmente establecida, en base a las circunstancias del caso y las dificultades y retrasos en el cobro de los salarios, siendo de igual manera, una compensación por la pérdida del puesto de trabajo. Para aquellos trabajadores que no lleguen al tope se aplicará un incremento del 10% sobre la indemnización base de 20 días por año trabajado para un máximo de 12 mensualidades.

Plan de acompañamiento social: se compromete la empresa a la posible recolocación y preferencia de los ex-trabajadores para la campaña y también para el resto de la temporada de trabajo durante un periodo de 5 años.

El referido detalle con las listas de trabajadores afectados se consigna en el documento unido como Anexo 1, elaborado por la empresa con los criterios objetivos y de producción".

Acordando, asimismo, instar ante el Juzgado de lo Mercantil N° 1 de Palencia la aprobación del expediente de extinción de relaciones laborales respecto de 29 contratos de trabajo en Productora de Chocolates S.L.

QUINTO.- Por parte de la Oficina Territorial de Trabajo de Palencia se emitió el 10-1-2012 informe favorable al acuerdo alcanzado.

SEXTO.- El 19 de enero de 2012 se dictó auto por el Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción N° 1 de Palencia con competencia en materia mercantil, dentro del procedimiento de concurso n° 252/2011, en cuya parte dispositiva se establecía, entre otros extremos, lo siguiente:

"Se autorizan las medidas colectivas en las relaciones laborales que mantienen los concursados Mitelman S.L. y Productora de Chocolates S.L. con sus trabajadores que han sido acordadas entre la administración concursal y los trabajadores y que han quedado reseñadas en los hechos probados de esta resolución.

En el listado de trabajadores afectados por la extinción con una indemnización de 20 días por año trabajado con un máximo de 13,5 mensualidades y por parte de Productora de Chocolates S.L. se encontraba DON Porfirio , en relación con el cual el auto recogía lo siguiente:

- Empleado: Porfirio
- DNI: NUM000
- Antigüedad: 1/ 09/1975
- Bruto anual: 24.628,5
- 20 días año: 1.349,5068
- Meses: 437
- Indemnización: 49.144,5411
- Tope 13,5 mensualidades: 27.707,06

SÉPTIMO.- Por la Administración Concursal de PRODUCTORA DE CHOCOLATES S.L. se emitió a favor de Da. Clemencia el Certificado de inclusión de créditos contra la masa que obra al folio 528 de los autos, cuyo contenido se da por reproducido, y en el que se refleja a su favor una indemnización por despido por importe de 27.707,06 euros.

OCTAVO.- Dª. Clemencia presentó ante el Fondo de Garantía Salarial solicitud de prestaciones, reconociendo dicho organismo a la demandante, por resolución de 21/03/2012, la cantidad de 24.630,20 euros.

NOVENO.- Mediante escritura publica otorgada ante notario el 22 de marzo de. 2013, se constituyó la sociedad mercantil demandada Europraliné S.L., fijando su domicilio social en San Isidro de Dueñas -Dueñas- Palencia, Autovía A-620, Km 90, teniendo como objeto social *"la fabricación, el comercio y la distribución de productos manufacturados y semimanufacturados del sector del cacao y chocolates y otros productos afines tanto nacionales como extranjeros"*.

DÉCIMO.- Por parte de la Administración Concursal de las Sociedades Bookfield Promociones 21 S.L., Soluciones Comerciales Trapa S.L., Productora de Chocolates S.L. y Mitelman S.L. se propuso ante el Juzgado de 1ª Instancia n° 1 de Palencia la liquidación de los bienes y derechos de las citadas mercantiles, plan de liquidación que en su pagina 15, establecía:

"e) Efectos de la transmisión de los bienes y derechos realizados formando parte de la Unidad de Negocio de Trapa.

En este sentido las ofertas vienen condicionadas con una serie de propuestas entre las que se establece el dictado de resolución judicial por el cual se libere al adquirente y en su caso, sucesor en el negocio de "Chocolates Trapa" de cualquier tipo de responsabilidad frente a acreedores de cualquier tipo cuyos créditos se haya generado con anterioridad a la adquisición; la misma será refrendada por el Juzgado con la cesión de uso de las marcas y sin que concurra sucesión alguna de tipo laboral, fiscal, mercantil o de otra índole cualquiera. Así las cosas, el adquirente no se subrogará en las obligaciones tributarias conforme a lo dispuesto en el Art. 42.1 c de la LGT ni en los créditos concursales de naturaleza laboral, ni en los constituidos por las concursadas con la Tesorería General de la Seguridad Social.

Consiguientemente por ello, la venta de la Unidad de Negocio autorizada, dará lugar:

...b) Y no impondrá la subrogación de la compradora de los salarios e indemnizaciones pendientes de pago, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 149.2 de la LC , y Art. 33 del Estatuto de los Trabajadores , aplicable al caso..."

UNDÉCIMO.- Mediante auto de fecha 4 de abril de 2013, el Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Palencia acordó aprobar el Plan de Liquidación presentado por la Administración Concursal, fijando el plazo máximo de seis meses para la recepción de ofertas de adquisición, selección y adjudicación de la Unidad de Negocio.

La parte dispositiva del auto era del siguiente tenor:

"1- SE ACUERDA: aprobar el Plan de Liquidación presentado por la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL con las siguientes modificaciones:

1- Se fija el plazo máximo de 6 meses para la recepción de ofertas de adquisición, selección y adjudicación de la Unidad de Negocio. Transcurrido dicho plazo sin haber materializado la adjudicación de dicha unidad, entrará en juego la segunda opción de venta individualizada o por lotes durante un segundo plazo que no deberá exceder de otros SEIS MESES más.

Debiendo la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL, una vez se conozcan las ofertas de adjudicación de todos los interesados comunicarlas a los representantes de los trabajadores de las concursadas, al objeto de que estas puedan conocerlas en su totalidad.

2- Se hace extensiva la previsión contenida al folio 16, epígrafe a) en relación a los bienes y derechos afectos a créditos de privilegio especial -para el supuesto de venta de la Unidad de Negocio- "procederá la subrogación del adquirente en las obligaciones del deudor que quedarán excluidas de la masa pasiva"- a las restantes opciones de enajenación de dichos bienes y derechos afectos a dichos créditos establecidos en el plan.

Manteniendo las restantes previsiones del Plan de Liquidación, que habrán de ajustarse con las modificaciones introducidas en la presente resolución".

DUODÉCIMO.- Frente a dicho auto se interpuso recurso de apelación, que fue desestimado por auto dictado por la Audiencia Provincial de Palencia el 12 de septiembre de 2013 .

DECIMOTERCERO.- En fecha 2 de mayo de 2013, la Administración Concursal de las sociedades Brookfield Promociones 21 S.L. Soluciones Comerciales Trapa S.L., Productora de Chocolates S.L. y Mitelman S.L. de una parte y de otra la sociedad Europraliné S.L. suscribieron un contrato de venta directa de la Unidad Productiva "Chocolates Trapa" con pago aplazado, destacando los siguientes pactos:

PRIMERO.- VENTA DIRECTA

1.1 Objeto: *Por medio del presente documento, las partes acuerdan la venta por parte de la Administración Concursal a favor de EUROPRALINE de la Unidad Productiva CHOCOLATES TRAPA, compuesta por todos los bienes y derechos que la conforman, así como por los elementos*

personales, laborales e inmateriales que se contienen en los respectivos informes de las mercantiles concursadas.

Todos los elementos materiales que integran la Unidad Productiva objeto de la transmisión se detallan en el Anexo III. Sin perjuicio de ello, la presente venta se realiza como un todo cierto y conocido por EUROPRALINE, sin que esté sujeto a revisión y garantía, debiendo aclararse, no obstante, que alguno de los activos contenidos en el Anexo 111 ya han pasado a ser propiedad de los acreedores privilegiados del concurso.

1.2 Venta y gestión temporal del negocio: La firma del presente contrato supone la venta de la Unidad Productiva mencionada y que se completa con los anexos indicados, y EUROPRALINE recibe la Unidad Productiva objeto de venta con las particularidades que se contienen más adelante, y para regular el periodo procesal hasta la firmeza o resolución por la Audiencia Provincial de Palencia de un posible recurso contra el Auto de Liquidación, y hasta que se produzca la total formalización de la transmisión de CHOCOLATES TRAPA en favor de la citada entidad (Auto de Adjudicación/ Autorización/ Ratificación firme).

1.3 Gestión y administración de la Unidad Productiva: A partir de la fecha del presente contrato, EUROPRALINE se encargará de la gestión y administración de la Unidad Productiva.

A tal fin, EUROPRALINE desarrollará en nombre propio y bajo su responsabilidad la actividad económica de la Unidad Productiva, dotando de cobertura financiera a la masa activa para la continuación de la actividad económica de CHOCOLATES TRAPA, aportando los medios necesarios para lograr dicho fin.

SEGUNDO.- PRECIO

2.1.- El precio de la compra de la Unidad Productiva se fijó inicialmente en 2.500.000 euros a fin de que dicho importe fuera destinado por la Administración Concursal al pago de los créditos según los *bis* criterios establecidos en el Plan de liquidación y en la Ley Concursal, sin bien dicho importe se ha visto ahora incrementado hasta llegar a los 2.646.548 euros.

No obstante lo anterior, dado que el Auto de liquidación establece que procederá la subrogación del adquirente en las obligaciones del deudor que deriven de créditos privilegiados que quedarán excluidos de la masa pasiva, es necesario tener en cuenta la subrogación de Europraliné en la deuda hipotecaria de Fortis Bank, en los términos del acuerdo al que ha llegado la Administración concursal según lo indicado en el siguiente párrafo.

Por otro lado, la Administración Concursal ha llegado a un acuerdo con Fortis Bank por el cual ésta dará por cobrado su crédito (principal, intereses y costas que se encuentran amparados en la hipoteca que figura inscrita en el Registro de la Propiedad) con el percibo de la cantidad de 2.011.007,72 euros.

El pago de esta cantidad por Europraliné S.L. a Fortis Bank permitirá que no se consigne la referida suma, quedando pendiente de pago, en consecuencia, el importe de 635.540,28 euros. El importe máximo a descontar del precio total de 2.646.548 euros, será por tanto, de 2.011.007,72 euros según el acuerdo alcanzado por la Administración concursal con Fortis Bank.

2.2.- El pago del precio se realizará en la fecha de firma del presente contrato, mediante su depósito en la cuenta escrow regulada en el pacto siguiente. Asimismo Europraliné S.L. abonará en la fecha de firma el importe de 122.325 euros en concepto de anticipo de la primera cuota mensual del contrato de maqui mediante entrega de cheque bancario a favor de la administración concursal dado que se adeudan las mensualidades de marzo y abril de 2013 a los trabajadores, la Sociedad Europraliné S.L. autoriza a la Administración concursal a que se destine todo o parte de la citada cantidad a regularizar todos los salarios.

2.3.- El importe del precio de la compra-venta, será destinado por la Administración Concursal al pago de los créditos del concurso según los criterios establecidos en el Plan de liquidación y en la Ley Concursal. Debiendo satisfacer con carácter prioritario la totalidad de los importes adeudados

por las concursadas a trabajadores o ex trabajadores ya sea en concepto de salario y/ o indemnizaciones.

CUARTO.- MARCAS

Tal y como establece el Plan de Liquidación, con la presente compraventa la Administración Concursal procederá a ceder a favor de EUROPRALINE el uso de las marcas HERMINIA, SABU, CARILLON, TRAPA Y PLIN.

QUINTO.- ASUNCIÓN DE LOS TRABAJADORES.

EUROPRALINE asumirá el 100% de los trabajadores de la Unidad Productiva en el momento en que el Auto de Liquidación y el Auto de Adjudicación/ Autorización/ Ratificación judicial de la compraventa de la unidad productiva a favor de EUROPRALINE devengan firmes.

A este respecto, es preciso resaltar que EUROPRALINE ha mantenido reuniones con los representantes de los trabajadores, los cuales consideran la oferta presentada por este grupo empresarial como la más ventajosa y la que mejores expectativas de futuro presenta.

SEXTO.- COMPROMISO DE MANTENIMIENTO DE LA ACTIVIDAD ECONÓMICA.

EUROPRALINE se compromete a mantener la actividad económica de la Unidad Productiva durante el plazo mínimo de cinco (5) años a contar desde la fecha del Auto de Adjudicación/ Autorización/ Ratificación de la presente compraventa.

(...)

OCTAVO.- DECLARACIONES DEL AUTO JUDICIAL FIRME DE AUTORIZACIÓN.

Si bien el contenido de la presente cláusula se encuentra íntegramente recogido en el Plan de Liquidación judicialmente aprobado, las partes desean reproducir en el presente contrato las declaraciones necesarias que ha de recoger el Auto judicial firme que adjudique/homologue/ratifique la compraventa de la Unidad Productiva, pues constituyen requisitos fundamentales para la perfección de la operación de compraventa:

- Declaración expresa de que la venta de la Unidad Productiva se hace con el pronunciamiento expreso de que no existe sucesión de empresa, no siendo por tanto posible derivar responsabilidad de ninguna naturaleza a la sociedad oferente, en relación con las deudas que hubiera podido contraer CHOCOLATES TRAPA antes y/o después de la presentación de esta oferta tal y como se contempla en el Plan de Liquidación, y, en concreto, quedando exonerada EUROPRALINE de cualquier obligación previa adquirida por CHOCOLATES TRAPA frente a Hacienda Pública, Seguridad Social o acreedores de cualquier otro tipo, cuyos créditos se hayan generado con anterioridad a la adquisición; asimismo, y en relación a los derechos de los trabajadores, el Auto firme del Juzgado deberá 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 149.2 de la Ley Concursal y el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores ;

- Declaración expresa de que los bienes y derechos que integran la Unidad Productiva pueda ser adquiridos por EUROPRALINE libres de cargas y gravámenes de cualquier tipo, tal y como se contempla en el Plan de Liquidación;

- Declaración expresa de que se procede a la cancelación de embargos o cualesquiera otras cargas o deudas anteriores y posteriores al concurso, que fueron constituidas para garantizar créditos concursales que no gozaban de privilegio especial del artículo 90 de la Ley Concursal . A tal fin, la Administración Concursal solicitará mandamiento de cancelación de las mismas, y, en relación con la hipoteca existente a favor de FORTIS, se procederá asimismo a la cancelación de la misma con el pago indicado en el Pacto Segundo.

(...)

DECIMO PRIMERO.- PERÍODO TRANSITORIO HASTA LA FIRMEZA DEL AUTO DE LIQUIDACIÓN Y DEL AUTO DE ADJUDICACIÓN/ AUTORIZACIÓN/ RATIFICACIÓN JUDICIAL DE LA COMPRAVENTA. MAQUILA.

Tal y como se contemplaba en el Pacto 1.2, dado que a la fecha actual el Auto de Liquidación todavía puede ser objeto de recurso, y que previsiblemente transcurrirán varias semanas hasta que el Auto de Adjudicación/ Autorización/ Ratificación judicial de la presente compraventa adquiera firmeza, es necesario contemplar cómo se va a organizar la gestión y administración de la Unidad Productiva por parte de EUROPRALINE, habida cuenta, también, de su necesidad de poner en marcha el negocio a la mayor brevedad posible.

Así pues, mediante la presente cláusula se contempla el modo de organización de la Unidad Productiva durante ese período transitorio, que culminará con la firmeza de sendos Autos de Liquidación y de Adjudicación/ Autorización/ Ratificación judicial de la compraventa a favor de EUROPRALINE, ya que será en dicho momento cuando la referida compraventa se entenderá perfeccionada.

El día 1 de mayo comenzó el contrato de maquila, en virtud del cual, EUROPRALINE pagará a la Administración Concursal una cuota mensual variable a cambio de que la Unidad Productiva le pueda fabricar los chocolates y bombones que desee, tal y como se define a continuación:

- Tal y como se indica en el Anexo VI, existen tres tipos de gastos:

Imprescindibles: que se corresponden con gastos laborales (nóminas, seguridad social y retenciones). Estos gastos se corresponden con la cuota mensual que debe abonar EUROPRALINE, S.L. el último día del mes anterior al que corresponda la cuota. Se realizará una liquidación periódica mensual de la cuota al objeto de ajustar al alza o a la baja el importe de la dicha cuota abonada por EUROPRALINE S.L.

Necesarios: Incluyen, entre otros, mantenimiento, electricidad, agua, etc, y serán abonados bien de forma directa por EUROPRALINE, S.L, o bien, realizando el pago a la Administración Concursal al objeto de que ésta proceda a su pago. A mediados de cada mes, se señalarán cuales de estos gastos abonará EUROPRALINE, S.L. directamente y cuales a través de la Administración concursal.

Gastos propios de la actividad; Incluyen, entre otros, marketing, comisiones, transporte, etc, y serán abonados directamente por EUROPRALINE, S.L.

- Ajuste de producción: El producto fabricado a partir del 1 de mayo corresponderá a EUROPRALINE, S.L. El producto terminado, así como las materias primas existentes a la fecha de este contrato, corresponderá a la masa del concurso, si bien, serán abonados a EUROPRALINE. S.L. los gastos de comercialización que correspondan.

- La responsabilidad de la Unidad Productiva se limitará al proceso de fabricación, control, envasado, acondicionamiento y almacenamiento de los productos, corriendo por cuenta de EUROPRALINE el suministro a las instalaciones de CHOCOLATES TRAPA de las materias primas, materiales auxiliares, materiales de envasado y/o acondicionado y embalajes que sean precisos para la fabricación de los productos, así como el transporte y la distribución de los productos una vez terminados.

- La Administración Concursal, con cargo a la renta mensual antes fijada, pagará con carácter prioritario los salarios de los trabajadores, debiendo aportar mensualmente a EUROPRALINE copia de los justificantes de pago de tales nóminas.

- EUROPRALINE asumirá el pago de los gastos mensuales necesarios indicados en el Anexo VI del presente contrato, bien de forma directa, o bien, realizando el pago a la Administración Concursal al objeto de que ésta proceda a su pago. Los importes indicados en el citado Anexo podrán ser objeto de revisión en caso de que sea necesario en función de la actividad.

- EUROPRALINE no asumirá los costes derivados de las contrataciones realizadas por la Administración Concursal para la gestión de las distintas áreas de CHOCOLATES TRAPA en interés del concurso, ni tampoco los relacionados con LivingstonePartners.

- Dado que los próximos meses constituyen la denominada "época valle" para el negocio del chocolate, con un notable descenso de las necesidades de fabricación y, por ende, de personal, la Administración Concursal se compromete a realizar un Expediente de Regulación Temporal de Empleo (ERTE) dentro del primer mes a contar desde la firma del presente documento, en los términos y condiciones a negociar entre las partes;

- Los trabajadores de la Unidad Productiva dedicarán el tiempo que dure esta situación a la fabricación de los productos que EUROPRALINE les solicite de forma exclusiva;

- La duración del contrato de maquila finalizará con la firmeza de sendos Autos de Liquidación y de Adjudicación/ Autorización/ Ratificación judicial de la compraventa a favor de EUROPRALINE.

DECIMOCUARTO.- El citado contrato fue elevado a público mediante escritura otorgada ante notario el 2 de mayo de 2013 (folios 287 y siguientes).

DECIMOQUINTO.- El Juzgado de 1ª Instancia N° 1 de Palencia, con competencia en materia mercantil, dictó el 25 de septiembre de 2013 un auto en cuya parte dispositiva se acordó:

"Que estimando la solicitud formulada por la Administración Concursal procede aprobar la transmisión de bienes de la Unidad Productiva de Chocolates Trapa a favor de Europraliné S.L. conforme el Plan de Liquidación y con los siguientes pronunciamientos:

1. Inexistencia de sucesión de empresa conforme a la Ley Concursal y transmisión libre de cargas. En concreto de cualquier obligación previa adquirida por Chocolates Trapa frente a Hacienda Pública, Seguridad Social o acreedores de cualquier otro tipo, cuyos créditos se hayan generado con anterioridad a la adquisición.

2. No subrogación de la adquirente 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 art. 149.2 de la Ley Concursal y el Art. 33 del Estatuto de los Trabajadores .

3. Transmisión a favor de Europraliné S.L. de la Unidad Productiva que se compone de todos los bienes, derechos, elementos personales, laborales e inmateriales descritos en el Anexo III de la escritura de elevación a público de contrato de venta directa de unidad productiva con pago aplazado, otorgada ante el notario de Palencia D. José María Machín Acosta el 02 de mayo de 2013, al número 200 de su protocolo, y en concreto los siguientes:

I- Finca n° NUM001 con edificio principal y otras edificaciones. (...)

II- Finca n° NUM002 (...)

4. Mandamiento de cancelación de embargos o cualquiera otras cargas o gravámenes sobre los bienes y derechos que integran la Unidad Productiva o deudas anteriores y posteriores al concurso, que fueron constituidas para garantizar créditos concursales que no gozaban de privilegio especial del Art. 90 de la Ley Concursal (Art. 149.3 LC). Debiéndose librar a tal fin, firme que sea la presente, el oportuno mandamiento por duplicado al Registro de la Propiedad correspondiente, con expresa notificación de la resolución a las partes personadas. En concreto respecto de los siguientes embargos:

A) Finca n° NUM001 (...). Embargo a favor de la Tesorería General de la Seguridad Social. (...)

B) Finca n° NUM002 (...). Embargo a favor de la Tesorería General de la Seguridad Social. (...)

5. Autorización de la cancelación de las hipotecas existentes a favor de FORTIS BANK sobre las fincas números NUM001 y NUM002 descritas anteriormente, previa acreditación del pago de la deuda de la entidad financiera la cual, tras las negociaciones mantenidas entre la Administración Concursal y Fortis Bank ha quedado fijada en el importe de 2.011.007,72 €.

6. Cesión del uso de las siguientes marcas de Chocolates Trapa que se han venido utilizando por la Unidad Productiva como consecuencia de la subrogación universal: HERMINIA, SABU, CARILLO, TRAPA Y PLIN.

DECIMOSEXTO.- En fecha 9-2-2015 se ha dictado sentencia por el Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 1 de Palencia en la sección sexta del concurso 252/2011 en cuyo fallo establece:

"Que estimando la propuesta de calificación formulada por la Administración Concursal y el Ministerio Fiscal, condeno a la parte demandada a los siguientes pronunciamientos:

1.-Declarar CULPABLE el concurso de: BROOKFIELD PROMOCIONES 21, S.L., SOLUCIONES COMERCIALES TRAPA, S.L., PRODUCTORA DE CHOCOLATES, S.L. Y MITELMAN, S.L

2.-Declarar PERSONAS AFECTADAS por la calificación a: Dª Felicidad , D. Francisco , D. Hipolito y D. Lázaro .

3.- Imponer a Dª Felicidad , D. Francisco , D. Hipolito y D. Lázaro la inhabilitación para administrar los bienes ajenos durante un periodo de quince años, así como para representar o administrar a cualquier persona durante el mismo periodo.

Imponiéndoles asimismo la pérdida de cualquier derecho que tuvieran como acreedores concursales o de la masa y la condena a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa.

4.- Condenar:

1º) A D. Hipolito y a D. Lázaro a pagar, de forma solidaria, a los acreedores de la masa y concursales el total importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa de MITELMAN, S.L.

2º) A Dª Felicidad y a D. Lázaro a pagar, de forma solidaria, a los acreedores de la masa y concursales el total importe que de sus créditos no perciba en la liquidación de la masa activa de SOLUCIONES COMERCIALES TRAPA S.L y de PRODUCTORA DE CHOCOLATES S.L.

3º) A D. Francisco y a D. Lázaro pagar de forma solidaria, a los acreedores de la masa y concursales, el total importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa de BROOKFIELD PROMOCIONES 21 S.L."

DECIMOSÉPTIMO.- DON Porfirio no ha recibido cantidad alguna por el concepto de diferencia entre la indemnización por extinción de su contrato reconocida en auto de 19 de enero de 2012 (27.707,06 euros) y la cantidad abonada por el Fondo de Garantía Salarial en Resolución de 21 de marzo de 2012 (24.630,20 euros).

DECIMOCTAVO.-Presentada papeleta de conciliación ante el SMAC el 22 de julio de 2014, el acto se celebró el 1 de agosto de 2014 con el resultado siguiente: "Sin avenencia con Europraliné S.L. Intentada sin efecto dada su incomparecencia con Productora de Chocolates S.L. y con D. Agapito (Administrador Concursal de Productora de Chocolate S.L.).

Se aplaza la celebración del acto de conciliación con D. Ángel Daniel ..."

Y el 20 de agosto de 2014 con el resultado de "Intentada sin efecto por incomparecencia de D. Ángel Daniel (Administrador Concursal)».

TERCERO.- Contra la anterior sentencia, la Letrada Doña Sonia Marcos Fernández, en representación de D. Porfirio , formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Valladolid, dictó sentencia en fecha 7 de diciembre de 2016, recurso 1404/2016 , en la que consta el siguiente fallo: «Que DESESTIMANDO el recurso de Suplicación interpuesto por D. Porfirio . contra la Sentencia del Juzgado de lo Social N° Dos de Palencia, de fecha 11 de enero de 2.016 , (Autos núm. 602/2014), dictada a virtud de demanda promovida por el precitado recurrente contra EUROPRALINE S.L., PRODUCTORA DE CHOCOLATES S.L., Y ADMINISTRACIÓN CONCURSAL DE PRODUCTORA DE CHOCOLATES S.L. (D. Ángel Daniel , D. Agapito , D. Ambrosio en calidad de administradores concursales), Dª Felicidad Y EL FONDO DE GARANTÍA SALARIAL sobre RECLAMACIÓN DE CANTIDAD, y en su consecuencia, debemos CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS la sentencia recurrida».

CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Valladolid, Don Porfirio , 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 Castilla y León, sede de Valladolid, de fecha 18 de julio de 2016, recurso número 742/2016 .

QUINTO.- Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de que el recurso debe ser declarado improcedente.

SEXTO.- Se señaló para la votación y fallo el día 5 de junio de 2018, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- La cuestión que es objeto de este recurso es si existe sucesión de empresa y, por tanto subrogación de la adquirente en los derechos y obligaciones de la empresa transmitente con sus trabajadores, en el supuesto en el que una unidad productiva perteneciente a una empresa en situación de concurso, sea adquirida, en fase de liquidación, por una tercera empresa, cuando en el auto de adjudicación se consigna expresamente que no existe sucesión de empresa entre la concursada y la adjudicataria de los bienes.

2.- El Juzgado de lo Social número 2 de los de Palencia dictó sentencia el 11 de enero de 2016 , aclarada por auto de 21 de enero de 2016, autos número 602/2014, desestimando las excepciones de incompetencia de jurisdicción, falta de acción, falta de legitimación activa y falta de legitimación pasiva de Europraline SL y estimando en parte la demanda formulada por D. Porfirio contra PRODUCTORA DE CHOCOLATES SL, DOÑA Felicidad y EUROPRALINÉ SL, con intervención de LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL DE PRODUCTORA DE CHOCOLATES SL, así como del FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, condenó a PRODUCTORA DE CHOCOLATES S y a DOÑA Felicidad a que solidariamente abonen a la actora la cantidad de 3078,56 E, condenando a LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL DE PRODUCTORA DE CHOCOLATES SL a estar y pasar por dicha declaración, absolviendo a las restantes demandadas de los pedimentos contenidos en la demanda en su contra formulada.

Tal y como resulta de dicha sentencia, el actor ha venido prestando servicios en el centro de trabajo de San Isidro de Dueñas, desde el 1 de septiembre de 1975, para las siguientes empresas: Fabricación y Derivados del Chocolate SA, Blond 3000 SL, Productos Simienza SL y desde el 1 de junio de 2006 para la demandada Productora de Chocolates SL. El 10 de junio de 2011, el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Palencia, con competencia en materia mercantil, dictó auto declarando en concurso voluntario a las mercantiles Productora de Chocolate SL, Brookfield Producciones 21 SL y Soluciones Comerciales Trapa SL, procedimiento número 252/2011. El 27 de diciembre de 2011 se alcanzó un acuerdo, ante el citado Juzgado, entre la Administración Concursal y los Comités de Empresa de las concursadas Productora de Chocolates SL y Mitelman SL para la extinción de 29 contratos de trabajo de Productora de Chocolates SL y de 8 contratos de trabajo de Mitelman SL, dictándose auto por el Juzgado de Primera Instancia aprobando el acuerdo alcanzado. Entre los trabajadores cuyo contrato se extinguía se encontraba el hoy demandante. Por la Administración Concursal se propuso al Juzgado el Plan de Liquidación, que entre otros extremos, establecía lo siguiente:

"e) Efectos de la transmisión de los bienes y derechos realizados formando parte de la Unidad de Negocio de Trapa.

En este sentido las ofertas vienen condicionadas con una serie de propuestas entre las que se establece el dictado de resolución judicial por el cual se libere al adquirente y en su caso, sucesor en el negocio de "Chocolates Trapa" de cualquier tipo de responsabilidad frente a acreedores de cualquier tipo cuyos créditos se haya generado con anterioridad a la adquisición; la misma será

refrendada por el Juzgado con la cesión de uso de las marcas y sin que concurra sucesión alguna de tipo laboral, fiscal, mercantil o de otra índole cualquiera. Así las cosas, el adquirente no se subrogará en las obligaciones tributarias conforme a lo dispuesto en el Art. 42.1 c de la LGT ni en los créditos concursales de naturaleza laboral, ni en los constituidos por las concursadas con la Tesorería General de la Seguridad Social.

Consiguientemente por ello, la venta de la Unidad de Negocio autorizada, dará lugar:

...b) Y no impondrá la subrogación de la compradora de los salarios e indemnizaciones pendientes de pago, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 149.2 de la LC , y Art. 33 del Estatuto de los Trabajadores , aplicable al caso...".

Dicho Plan fue aprobado por auto del Juzgado de 1º Instancia de 4 de abril de 2013 .

El 2 de mayo de 2013, la Administración Concursal de Brookfield Promociones SL, Soluciones Comerciales Trapa SL, Productora de Chocolates SL y Mitelman SL, de una parte y de otra la sociedad Europraliné SL suscribieron un contrato de venta directa de la unidad productiva Chocolates Trapa, con pago aplazado, conteniendo, entre otras, las siguientes cláusulas:

«PRIMERO.- VENTA DIRECTA

1.1 Objeto : Por medio del presente documento, las partes acuerdan la venta por parte de la Administración Concursal (a favor de EUROPRALINE de la Unidad Productiva CHOCOLATES TRAPA, compuesta por todos los bienes y derechos que la conforman, así como por los elementos personales, laborales e inmateriales que se contienen en los respectivos informes de las mercantiles concursadas.

.....

OCTAVO.- DECLARACIONES DEL AUTO JUDICIAL FIRME DE AUTORIZACIÓN .

Si bien el contenido de la presente cláusula se encuentra íntegramente recogido en el Plan de Liquidación judicialmente aprobado, las partes desean reproducir en el presente contrato las declaraciones necesarias que ha de recoger el Auto judicial firme que adjudique/homologue/ratifique la compraventa de la Unidad Productiva, pues constituyen requisitos fundamentales para la perfección de la operación de compraventa:

- Declaración expresa de que la venta de la Unidad Productiva se hace con el pronunciamiento expreso de que no existe sucesión de empresa, no siendo por tanto posible derivar responsabilidad de ninguna naturaleza a la sociedad oferente, en relación con las deudas que hubiera podido contraer CHOCOLATES TRAPA antes y/o después de la presentación de esta oferta tal y como se contempla en el Plan de Liquidación, y, en concreto, quedando exonerada EUROPRALINE de cualquier obligación previa adquirida por CHOCOLATES TRAPA frente a Hacienda Pública, Seguridad Social o acreedores de cualquier otro tipo, cuyos créditos se hayan generado con anterioridad a la adquisición; asimismo, y en relación a los derechos de los trabajadores, el Auto firme del Juzgado deberá 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 149.2 de la Ley Concursal y el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores ;

- Declaración expresa de que los bienes y derechos que integran la Unidad Productiva pueda ser adquiridos por EUROPRALINE libres de cargas y gravámenes de cualquier tipo, tal y como se contempla en el Plan de Liquidación; »

El Juzgado de 1ª Instancia el 25 de septiembre de 2013 dictó auto , cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

«Que estimando la solicitud formulada por la Administración Concursal procede aprobar la transmisión de bienes de la Unidad Productiva de Chocolates Trapa a favor de Europraliné S.L. conforme el Plan de Liquidación y con los siguientes pronunciamientos:

1. Inexistencia de sucesión de empresa conforme a la Ley Concursal y transmisión libre de cargas. En concreto de cualquier obligación previa adquirida por Chocolates Trapa frente a Hacienda Pública, Seguridad Social o acreedores de cualquier otro tipo, cuyos créditos se hayan generado con anterioridad a la adquisición.

2. No subrogación de la adquirente 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 art. 149.2 de la Ley Concursal y el Art. 33 del Estatuto de los Trabajadores .

3. Transmisión a favor de Europraliné S.L. de la Unidad Productiva que se compone de todos los bienes, derechos, elementos personales, laborales e inmateriales descritos en el Anexo III de la escritura de elevación a público de contrato de venta directa de unidad productiva con pagó aplazado, otorgada ante el notario de Palencia D. José María Machín Acosta el 02 de mayo de 2013, al número 200 de su protocolo, y en concreto los siguientes:

I- Finca nº NUM001 con edificio principal y otras edificaciones. (...)

II- Finca nº NUM002 .(...)»

El actor no ha percibido la diferencia entre la indemnización por extinción de su contrato, reconocida en auto de 19 de enero de 2012 (27.707,06 E) y la cantidad abonada por el Fondo de Garantía Salarial, en resolución de 21 de marzo de 2012 (24.630,20 E).

3.- Recurrida en suplicación por la Letrada Doña Sonia Marcos Fernández, en representación de D. Porfirio , la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Valladolid, dictó sentencia el 7 de diciembre de 2016, recurso número 1404/2016 , desestimando el recurso formulado.

La sentencia entendió que « el art. 57 bis del Estatuto de los Trabajadores prevé que en caso de concurso a los supuestos de modificación, suspensión y extinción colectivas de los contratos de trabajo así como de sucesión de empresas se les aplicará las especialidades previstas en la Ley Concursal, es decir existe una normativa específica en relación con referidas materias para las empresas declaradas en concurso, normativa específica que por lo que aquí interesa está contenida en los artículos 148 y 149 de la Ley Concursal que prevén dos sistemas o procedimientos de liquidación del activo de las empresas concursadas, el convencional establecido en el art. 148 y el legal y supletorio previsto 149 al que dado su carácter supletorio sólo cabe acudir cuando no se haya seguido el sistema convencional; en el presente caso se ha seguido el procedimiento convencional establecido en el art. 148 para la fase liquidatoria de la empresa declarada en concurso y la empresa adquirente, es decir la demandada Europraline S.L. aceptó la oferta realizada por la Administración concursal estableciendo como una de las condiciones para adquirir la unidad productiva denominada "Chocolates Trapa" el pronunciamiento expreso de inexistencia de sucesión de empresas así como la exclusión de toda responsabilidad que hubiera haber podido contraer la transmitente antes o después de la oferta frente a la Hacienda Pública, Seguridad Social y acreedores de cualquier otro tipo, condición que expresamente fue aceptada y que se homologó y recogió como pronunciamiento en el Auto de 25 de septiembre de 2.013 (hecho probado 15º) que autorizó la transmisión y que no consta fuera impugnado; parece pues claro que expresamente en la venta de la unidad productiva citada realizada en la fase liquidatoria del concurso seguido contra la mercantil Productos de Chocolate S.L., se excluyó tanto la sucesión como la asunción de responsabilidad por todo tipo de deudores generada antes de la transmisión debiendo recordarse que el Auto que autorizó la extinción colectiva de los trabajadores de la concursada fijando además la correspondiente indemnización en favor de cada uno de ellos, está fechado el 19 de enero de 2.012, es decir casi un año y medio antes de la transmisión de la unidad productiva por lo que parece claro que la adquirente no venía obligada ni a subrogarse ni asumir responsabilidades en el pago de deudas contraídas con anterioridad a la transmisión, de conformidad además con las condiciones expresamente aceptadas por el Auto antes mencionado;»

4. -Contra dicha sentencia se interpuso por la Letrada Doña Sonia Marcos Fernández, en representación de D. Porfirio , 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 Castilla y León, sede de Valladolid, el 18 de julio de 2016, recurso número 742/2016 .

La Letrada Doña Pilar Albert Albertt, en representación de EUROPRALINÉ SL, ha impugnado el recurso, habiendo informado el Ministerio Fiscal que el mismo ha de ser declarado improcedente.

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 Castilla y León, sede de Valladolid, el 18 de julio de 2016, recurso número 742/2016 , estimó el recurso de suplicación interpuesto por la Letrada Doña Sonia Marcos Fernández, en representación de D. Eliseo , frente a la sentencia, dictada por el Juzgado de lo Social número 1 de los de Palencia el 23 de diciembre de 2015 , en autos número 590/2014, seguidos a su instancia, en reclamación de cantidad, contra Productora de Chocolates SL y su administración concursal, la sociedad Europraliné SL y Doña Felicidad , condenando solidariamente a las demandadas a abonar al actor el importe de la diferencia de la indemnización por despido.

Consta en dicha sentencia que el actor ha venido, prestando servicios en el centro de trabajo de San Isidro de Dueñas, desde el 1 de septiembre de 1975, para las siguientes empresas: Fabricación y Derivados del Chocolate SA, Blond 3000 SL, Proyectos Simienza SL y desde el 1 de junio de 2006 para la demandada Productora de Chocolates SL. El 10 de junio de 2011, el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Palencia, con competencia en materia mercantil, dictó auto declarando en concurso voluntario a las mercantiles Productora de Chocolate SL, Brookfield Producciones 21 SL y Soluciones Comerciales Trapa SL, procedimiento número 252/2011.

Las vicisitudes del procedimiento concursal en lo que ahora interesa, son las ya consignadas en los hechos de la sentencia recurrida, al tratarse del mismo procedimiento.

El actor no ha percibido la diferencia entre la indemnización por extinción de su contrato, reconocida en auto de 19 de enero de 2012 (29.304,73 E) y la cantidad abonada por el Fondo de Garantía Salarial, en resolución de 21 de marzo de 2012 (26.050,05 E).

La sentencia, invocando el artículo 149.2 de la Ley Concursal entendió que «De tal norma, si alguna cosa queda clara, es que si bien a las empresas concursadas no le es de aplicación en toda su extensión de régimen jurídico previsto en el artículo 44 TRET, sí debe serlo en cuanto a la garantía del mantenimiento de los derechos laborales de los trabajadores que no pueden verse afectados por la simple transmisión de la empresa o parte de ella, y todo ello, claro está, sin perjuicio de que bajo supervisión del Juez mercantil se libere al adquirente, en términos de responsabilidad solidaria, únicamente del cumplimiento de determinadas cargas económicas u otro tipo de obligaciones frente a la seguridad social o ante la administración tributaria anteriores a la enajenación. Que es en realidad lo que resuelve el auto de 25 de septiembre de 2013 en su pronunciamiento primero *"inexistencia de sucesión de empresas conforme a la ley concursal y transmisión libre de cargas, en concreto de cualquier obligación previa adquirida por Chocolates Trapa frente a Hacienda pública, Seguridad Social o acreedores de cualquier tipo, cuyos créditos se hayan generado con anterioridad a la transmisión"*. Mientras que en el segundo dispone *"no subrogación de la adquirente en la parte de la cuantía de los salarios e indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por el Fogasa, de conformidad con el art 149.2 de la Ley Concursal y art 33 ET "*. Es decir transcribe en este punto el art 149.2 de la ley concursal literalmente, con lo que resulta claro a juicio de esta Sala que lo que hace el Juez mercantil es trasladar el contenido del artículo referido a la parte dispositiva de aquella resolución que autoriza la transmisión, con lo que ni se está imputando al Fogasa ninguna responsabilidad más allá que la que le compete en aplicación del art 33 del estatuto laboral, ni se está acordando una exoneración de responsabilidad de la adquirente por créditos salariales impagados por su

predecesora, ya que el artículo 149.2 es claro al limitar la exclusión a la parte de los salarios e indemnizaciones que sea asumida por el FOGASA y no al resto. Pero es que además la transmisión ya era una realidad tiempo antes, el 2 de mayo de 2013 en que se suscribió por la Administración concursal y Europraline contrato de venta directa de la unidad productiva con pago aplazado, elevado a escritura pública esa misma fecha, asumiendo a partir de entonces la adquirente la gestión de la misma, aún a través de un contrato puente de "maquila", dado que se condicionaba la perfección de la compraventa a su aprobación judicial en firme, con lo que en dicha fecha habría entrado en juego el artículo 44 del estatuto laboral y desplegado sus efectos - entre ellos, por lo que aquí interesa, la responsabilidad solidaria respecto de las deudas laborales preexistentes a la transmisión, respecto de un trabajador que había extinguido el contrato de trabajo antes de la transmisión, en tal sentido STS Sala General de 15 de julio de 2003 (rcdu 3442\2001) -, sin que un auto dictado meses después pueda en su caso dejar sin efecto unos derechos ya adquiridos por ministerio de la ley».

3.- Entre la sentencia recurrida y la de contraste concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS . En efecto, se trata de trabajadores de la misma empresa que es declarada en concurso y cuyos bienes, que constituyen una unidad productiva autónoma, son adquiridos por una tercera empresa que no se subroga en las deudas que la concursada tenía con sus trabajadores, anteriores a la transmisión. Las sentencias comparadas han llegado a resultados contradictorios, en tanto la recurrida entiende que no hay sucesión de empresa regulada en el artículo 44 del ET y, por lo tanto, la empresa adquirente no ha de subrogarse en los derechos y obligaciones que la concursada tenía con sus trabajadores, anteriores a la adquisición, la de contraste razona que se ha producido sucesión de empresa y, en consecuencia, la adquirente se subroga en los derechos y obligaciones de la concursada con sus trabajadores.

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.

TERCERO.- 1.- Al amparo del artículo 224 de la LRJS , en relación con lo dispuesto en el artículo 207 del mencionado cuerpo legal, denuncia la recurrente infracción por inaplicación de lo dispuesto en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores , así como aplicación e interpretación errónea de lo dispuesto en los artículos 57 bis del Estatuto de los Trabajadores y 149 de la Ley Concursal .

2.- Cuestión similar a la ahora planteada ha sido resuelta por las sentencias de esta Sala de 27 de febrero de 2018, recurso 112/2016 y de 26 de abril de 2018, recurso 2004/2016 .

La primera de las sentencias dictadas contiene el siguiente razonamiento:

"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 accesoria, 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 accesoria.

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 1.998, 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" (art. 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 Sützen 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 Sützen 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 coletilla 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 3ª de este mismo Tribunal -STS (3ª) 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».

CUARTO.-1.- Aplicando la anterior doctrina al supuesto debatido de ha de concluir que la empresa adjudicataria, EUROPRALINÉ SL, es responsable conjunta y solidariamente con la empleadora PRODUCTORA DE CHOCOLATES SL, y con DOÑA Felicidad de la cantidad adeudada al trabajador D. Porfirio , que asciende a 3.078,56 E, diferencia entre la cantidad abonada al trabajador por el FOGASA, en concepto de indemnización, y la cantidad que le fue reconocida en tal concepto por auto del Juzgado de 1ª Instancia de 19 de enero de 2012, en el que se acordó la extinción de la relación laboral.

Hay que tomar en consideración que, al igual que sucedió en el asunto anteriormente transcrito, por auto del Juzgado de 1ª Instancia de 25 de septiembre de 2013 , en fase de liquidación del concurso, se aprobó la transmisión de bienes de la unidad productiva de Chocolates Trapa a la empresa EUROPRALINÉ SL, haciendo constar expresamente la no subrogación de la adquirente en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones correspondientes a los trabajadores, pendientes de pago anteriores a la enajenación, teniendo el trabajador D. Porfirio pendiente de cobrar una parte de la indemnización por la extinción de su contrato. Concurriendo similares circunstancias a las que aparecen en los asuntos resueltos por las sentencias de esta Sala de de 27 de febrero de 2018, recurso 112/2016 y de 26 de abril de 2018, recurso 2004/2016 , como anteriormente se ha consignado, se ha de dar idéntica solución.

2.- No empece tal conclusión lo establecido en el auto del TJUE de 28 de enero de 2015, asunto C-688-13, que resolvió la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil número 3 de Barcelona , respecto a la responsabilidad por las deudas de Seguridad Social de la empresa concursada Gimnasio, que gestionaba la Escuela Laia, cuya unidad productiva autónoma había sido adquirida por la Institució Pedagògica Sant Andreu, en virtud de auto de adjudicación de 15 de octubre de 2013, dictado por el citado Juzgado Mercantil en el seno del procedimiento concursal. En el citado auto se dispone expresamente que el adquirente no se subroga en las deudas que la concursada pudiera tener con la Tesorería General de la Seguridad Social anteriores a la transmisión.

La parte dispositiva del citado auto es del siguiente tenor literal: «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, debe interpretarse en el sentido de que:

en el supuesto de que, en el marco de una transmisión de empresa, el cedente sea objeto de un procedimiento de insolvencia que esté bajo la supervisión de una autoridad pública competente y el Estado miembro de que se trate haya optado por hacer uso del artículo 5, apartado 2, de la mencionada Directiva, ésta no se opone a que dicho Estado miembro disponga o permita que las cargas que, en el momento de la transmisión o de la apertura del procedimiento de insolvencia, resulten para el cedente de contratos o relaciones laborales, incluidas las relativas al régimen legal de la seguridad social, no se transfieran al cesionario, siempre que dicho procedimiento garantice una protección de los trabajadores como mínimo equivalente a la establecida 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, si bien nada impide que dicho Estado miembro prevea que tales cargas deban ser soportadas por el cesionario aun en caso de insolvencia del cedente;

sin perjuicio de las disposiciones previstas en su artículo 3, apartado 4, letra b), dicha Directiva no establece obligaciones en cuanto a las cargas del cedente resultantes de contratos o relaciones laborales que ya se hubieran extinguido antes de la fecha de la transmisión, pero no se opone a que la normativa de los Estados miembros permita la transferencia de tales cargas al cesionario».

La legislación española no ha optado por no hacer uso del artículo 5, apartado 2 de la Directiva 2001/23/CE , siendo aplicables las previsiones contenidas en el artículo 44 del Estatuto de los

Trabajadores , tal y como se ha razonado en el fundamento de derecho sexto, apartado 4 de la sentencia de esta Sala de 27 de febrero de 2018, recurso 112/2016 , transcrita en el fundamento de derecho tercero de esta resolución.

QUINTO.- Por todo lo razonado procede la estimación del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Letrada Doña Sonia Marcos Fernández, en representación de D. Porfirio , contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Valladolid, el 7 de diciembre de 2016, recurso número 1404/2016 , formulado por la citada recurrente frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 2 de los de Palencia el 11 de enero de 2016 , en autos número 602/2014, seguidos a instancia de D. Porfirio contra PRODUCTORA DE CHOCOLATES SL, DOÑA Felicidad , EUROPRALINÉ SL, LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL DE PRODUCTORA DE CHOCOLATES SL, y FONDO DE GARANTÍA SALARIAL y, resolviendo el debate planteado en suplicación, estimar el recurso de tal clase interpuesto por la Letrada Doña Sonia Marcos Fernández, en representación de D. Porfirio , revocando la sentencia de instancia en el extremo relativo a la absolución de la empresa EUROPRALINÉ SL,

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 por la Letrada Doña Sonia Marcos Fernández, en representación de D. Porfirio , contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Valladolid, el 7 de diciembre de 2016, recurso número 1404/2016 , formulado por la citada recurrente frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 2 de los de Palencia el 11 de enero de 2016 , en autos número 602/2014, seguidos a instancia de D. Porfirio contra PRODUCTORA DE CHOCOLATES SL, DOÑA Felicidad , EUROPRALINÉ SL, LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL DE PRODUCTORA DE CHOCOLATES SL, y FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, sobre CANTIDAD, y, resolviendo el debate planteado en suplicación, estimar el recurso de tal clase interpuesto por la Letrada Doña Sonia Marcos Fernández, en representación de D. Porfirio , revocando la sentencia de instancia en el extremo relativo a la absolución de la empresa EUROPRALINÉ SL., estimando en su integridad la demanda formulada.

Condenamos solidariamente a la empresa EUROPRALINÉ SL a abonar al actor la cantidad de 3.078,56 E, manteniendo el resto de la sentencia tal y como se consignó.

Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.