

**Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia 1075/2018 de 18
Dic. 2018, Rec. 2279/2017**

Ponente: Sempere Navarro, Antonio Vicente.

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 2279/2017

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

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 1075/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Jesus Gullon Rodriguez, presidente

D^a. Maria Milagros Calvo Ibarlucea

D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

D^a. Maria Lourdes Arastey Sahun

D. Antonio V. Sempere Navarro

En Madrid, a 18 de diciembre de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Administración Concursal de la empresa ORYMU Artes Gráficas, S.A., representada y defendida por el Letrado Sr. de la Morena Sanz, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 3 de febrero de 2017, en el recurso de suplicación nº 995/2016 , interpuesto frente al auto dictado el 7 de junio de 2016 por el Juzgado de lo Social nº 11 de Madrid , en los autos nº 22/2015, seguidos a instancia de D^a Milagrosa y D^a Noemi contra dicha recurrente, sobre ejecución.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 7 de junio de 2016, el Juzgado de lo Social núm. 11 de Madrid, dictó auto cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "Desestimando el recurso de reposición interpuesto por el Administrador Concursal de la empresa Orymu Artes Gráficas, S.A., D. Marco Antonio , contra el auto de 27 de enero de 2016 , procede confirmar la citada resolución en todos sus extremos".

Los antecedentes de hecho a tener en cuenta para resolución del presente recurso son los formulados como tales por el auto del Juzgado, que se reproducen acto seguido:

"1º.- En el presente procedimiento se dictó auto por este Juzgado el 27-1-2016, siendo la parte dispositiva del mismo, del tenor literal siguiente: *"Procede desestimar la solicitud efectuada por el Administrador concursal de la empresa ORYMU ARTES GRÁFICAS S.A., mediante escritos de 9-6-2015 y 15-12-2015, procediendo confirmar las resoluciones dictadas el 13-3-2015, por las que se acordó acceder a la de ejecución, de la actas de conciliación, suscritas ante el SMAC, el 9-9-2014, respectivamente, por Da Milagrosa y Da Noemi , con la empresa Orymu Artes Gráficas S.A., así*

como las dictadas en esa misma fecha, por las que se acordó el embargo de bienes de la citada empresa. Ello no obstante, y, de conformidad con los razonamientos expuestos, procede poner a disposición del Administrador concursal de la demandada, D. Marco Antonio , la cantidad de 24.700,08 euros."

2º.- Mediante escrito de 10-2-2016, por el Administrador Concursal de la empresa Orymu Artes Gráficas S.A., D. Marco Antonio , se ha presentado recurso de reposición contra el mencionado auto de 27-1-2016 , recurso que no ha sido impugnado de contrario".

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictó sentencia con fecha 3 de febrero de 2017 , en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Desestimamos el recurso de suplicación formalizado por D. Marco Antonio en nombre y representación de ORYMU ARTES GRÁFICAS, SA contra el auto de fecha 7/6/2016 dictado por el Juzgado de lo Social número 11 de Madrid , en sus autos número 22/2015, seguidos a instancia de D^a Milagrosa y D^a Noemi frente a ORYMU ARTES GRÁFICAS, SA en reclamación de Resolución de contrato, confirmando la resolución judicial de instancia. Sin costas".

TERCERO.- Contra la sentencia dictada en suplicación, el Letrado Sr. de la Morena Sanz, en representación de la Administración Concursal de la empresa ORYMU Artes Gráficas, S.A., mediante escrito de 27 de marzo de 2017, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 8 de junio de 2015 . SEGUNDO.- Se alega la infracción del art. 248.3 LRJS en relación con el art. 5.bis LC y art. 55.1 LC .

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 20 de noviembre de 2017 se admitió a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, y por diligencia de ordenación se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

QUINTO.- No habiéndose personado las recurridas, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar procedente el recurso.

SEXTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 18 de diciembre actual, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes y términos del debate.

Debemos pronunciarnos sobre una cuestión de corte estrictamente procesal. Se trata de determinar el orden jurisdiccional competente para decidir qué bienes, de los embargados al empresario concursado, son necesarios para la continuación de su actividad.

1 . Datos relevantes.

Para una mejor comprensión de nuestra sentencia interesa ordenar cronológicamente algunos antecedentes e hitos procesales.

A) El 9 de septiembre de 2014 las dos demandantes (D^a Milagrosa y D^a Noemi) y su empleadora (Orymu Artes Gráficas S.A.) suscriben acuerdo transaccional ante el SMAC, sobre extinción contractual y abono de indemnizaciones.

B) Mediante Decreto de 2 de marzo de 2015 el Juzgado de lo Mercantil (nº 3 de Madrid) tiene por efectuada la comunicación prevista en el artículo 5 bis de la Ley Concursal (LC) que realiza la citada empresa (concretamente, el 18 de febrero anterior).

C) Mediante Autos de 13 de marzo de 2015 el Juzgado de lo Social (nº 11 de Madrid) accede a la ejecución de lo acordado ante el SMAC.

D) Mediante Decreto de 13 de marzo de 2015 el Juzgado de lo Social acuerda el embargo de bienes de la empresa.

E) Con fecha 14 de mayo de 2015 el Juzgado de lo Mercantil (nº 1 de Madrid) declara a la empresa en concurso de acreedores (solicitado el 20 de abril anterior).

F) Con fecha 27 de mayo de 2015 la empresa presenta ante el Juzgado de lo Social escrito acompañando el auto de la declaración de concurso.

G) Mediante Decreto de 2 de junio de 2015 el Juzgado de lo Social acuerda dejar en suspenso la ejecución despachada.

H) Con fecha 9 de junio de 2015 la administración concursal (AC) interesa al Juzgado de lo Social que deje sin efecto el embargo acordado, presentando al efecto copia del Decreto del Juzgado de lo Mercantil (nº 3 de Madrid) teniendo por efectuada la comunicación del art. 5.bis LC .

I) Mediante escrito de 15 de diciembre de 2015 la AC solicita la nulidad de actuaciones seguidas ante el Juzgado de lo Social en orden al embargo de bienes de la empresa.

J) Con fecha 27 de enero de 2016 el Juzgado de lo Social dicta auto desestimando la solicitud de la AC.

K) Mediante Auto de 7 de junio de 2016 el Juzgado de lo Social desestima el recurso de reposición interpuesto por la AC contra el dictado el 27 de enero de 2016.

2 . Recurso de suplicación y sentencia recurrida.

A) Disconforme con el criterio del Juzgado de lo Social la AC formaliza recuso de suplicación.

Sostiene que es el Juez del concurso quien debe pronunciarse sobre si los bienes a embargar son necesarios para continuar la actividad empresarial. Por tanto, el Juzgado de lo Social debió esperar a tal pronunciamiento antes de proseguir su actividad. Solicita la nulidad del embargo de todos los saldos de las cuentas abiertas en bancos, acordado por el Juzgado de lo Social. Consecuencia de ello es que deba acordarse la entrega y devolución a la AC del importe consignado.

B) La STSJ Madrid 102/2017 de 3 febrero (rec. 995/2016) desestima el recurso de suplicación y confirma la resolución judicial de instancia.

Son dos los argumentos básicos que desarrolla la sentencia. En primer lugar, subraya que los Autos dictados por el Juzgado de lo Social despachando ejecución (de 13 marzo 2015) son anteriores a la declaración de la empresa en situación concursal (Auto del JM de 14 mayo 2015). En segundo lugar, considera que no se ha demostrado que los créditos son necesarios para continuar la actividad empresarial.

Concluye que la apreciación sobre el carácter necesario de los fondos destinados a satisfacer los créditos de los trabajadores "bien puede ser efectuada por el Juez de lo Social, como es el caso". Entiende que carece de sustento legal el planteamiento de la AC conforme al cual antes de haber acordado el embargo de bienes el ejecutante debió solicitar del JM que se pronunciase sobre si los bienes que se proponía embargar eran necesarios o no para la actividad.

3 . Recurso de casación unificadora.

Con fecha 27 de marzo de 2017 el AC interpone recurso de casación para la unificación de doctrina contra la sentencia del TSJ de Madrid. Desarrolla un motivo único, centrado en la determinación de la competencia para declarar si los bienes del concursado que han sido embargados resultan necesarios para continuar la actividad empresarial o profesional, a los efectos de hacer valer en su caso la suspensión de las ejecuciones en trámite.

Denuncia la vulneración de diversos preceptos de la LC y de la LRJS, citando en su favor diversos Autos de la Sala de Conflictos de Jurisdicción en los que se sostiene que la competencia para determinar si el bien es necesario corresponde en exclusiva al JM.

4 . Informe del Ministerio Fiscal.

Con fecha 18 d enero de 2018 la representante del Ministerio Fiscal ante esta Sala Cuarta emite el Informe contemplado en el art. 226.3 LRJS . Considera concurrente la contradicción entre las sentencias opuestas.

Tras analizar la regulación aplicable y diversas resoluciones de este Tribunal Supremo, explica que la doctrina correcta se encuentra en la sentencia de contraste.

SEGUNDO.- Análisis de la contradicción.

Aunque la parte recurrida no haya impugnado el recurso y la representante del Ministerio Fiscal considere concurrente la contradicción entre las sentencias opuestas por el recurso, el artículo 219.1 LRJS configura la misma como un requisito procesal de orden público, por lo que solo si la estimamos podremos examinar el fondo del asunto.

1.Exigencia legal y jurisprudencial.

De manera muy reiterada hemos expuesto que el art. 219.1 LRJS exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales".

Por otra parte, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales.

2. Sentencia referencial.

Actúa como referencial la STSJ Cataluña 8 junio 2015 (rec. 978/2015). Aborda el problema suscitado cuando el JS dicta orden general de ejecución y embargo de bienes de una empresa en situación de "preconcurso", considerando que no había elemento que permitiera concluir que las cantidades embargadas constituían un bien necesario para el desempeño de la actividad mercantil de la empresa recurrente y que tampoco existía declaración judicial sobre el carácter necesario del importe de 2.258,06 € embargados por el juzgado. Se declara en concurso a la sociedad ejecutada, pero en fecha posterior a los despachos de ejecución y embargo de bienes. Además, un Auto del JM declara que los bienes embargados eran necesarios para la continuidad de la actividad empresarial.

Sostiene que compete al JM en exclusiva la competencia para decidir sobre la misma, de conformidad con el artículo 56.5 de la LC . Recuerda la doctrina de la Sala de Conflictos de Jurisdicción, conforme a la que la valoración sobre qué bienes objeto del embargo resultan o no necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor corresponde al JM y no a la jurisdicción social.

3 . Consideraciones específicas.

En la sentencia de contraste el JM había dictado la resolución correspondiente estableciendo si los bienes embargados resultaban o no necesarios para la continuidad de la actividad de la empresa (resolución incorporada al procedimiento a través del art. 233 LRJS). En el presente supuesto no concurre ese pronunciamiento y la sentencia recurrida expone que no se ha acreditado en forma fehaciente y convincente que los créditos embargados fueran necesarios e imprescindibles para la continuidad de la actividad empresarial.

Sin embargo, la identidad de los hechos relevantes concurre en los dos casos. En ambos se recurre el Auto dictado en pleito laboral acordando la ejecución de bienes embargados a la empresa declarada en concurso con posterioridad a dicho embargo. En los dos se plantea si procede la suspensión de la ejecución en tanto no se declare por el Juez del concurso si los bienes embargados son necesarios o no para la continuidad de la actividad de la empresa. Mientras la sentencia recurrida estima que dicha declaración sobre los bienes puede efectuarse por el Juez de lo Social, en la referencial se entiende que dicha declaración es de la exclusiva competencia del Juez Mercantil.

TERCERO.- Normas aplicables.

El debate que se suscita es por completo interpretativo. Está en juego la competencia para determinar si los bienes embargados del concursado resultan necesarios para continuar la actividad empresarial o profesional, a efectos de decretar la suspensión de las ejecuciones en trámite antes de la declaración de concurso. Seguidamente repasamos las principales disposiciones que han de presidir nuestra respuesta, en todo caso por referencia al Derecho vigente en febrero de 2015 (fecha en que se inician las actuaciones ante el JM).

1. Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

El Libro Cuarto ("De la ejecución de sentencias") de la LRJS, en su Título I ("De la ejecución de sentencias y demás títulos ejecutivos") alberga un Capítulo II ("De la ejecución dineraria") alberga el artículo 248 ("Concurrencia de embargos"), cuyo número 3 realiza una remisión del máximo interés para la materia que nos ocupa:

"En caso de concurso, las acciones de ejecución que puedan ejercitar los trabajadores para el cobro de los salarios e indemnizaciones por despido que les puedan ser adeudados quedan sometidas a lo establecido en la Ley Concursal".

2. Ley Concursal.

La remisión que la norma procesal del orden social realiza a "lo establecido en la Ley Concursal" trae al primer plano de relevancia un conjunto de previsiones, invocadas tanto por las sentencias ahora enfrentadas cuanto por el recurso o el Informe de la Fiscalía. Repasemos su tenor.

A) El artículo 5.bis ("Comunicación de negociaciones y efectos") recoge una figura generalmente denominada "preconcurso" y que permite al deudor poner en conocimiento del juzgado competente para la declaración de su concurso que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación. Interesa ahora examinar su apartado 4:

"Desde la presentación de la comunicación y hasta que se formalice el acuerdo de refinanciación previsto en el artículo 71 bis.1, o se dicte la providencia admitiendo a trámite la solicitud de homologación judicial del acuerdo de refinanciación, o se adopte el acuerdo extrajudicial, o se hayan obtenido las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio o tenga lugar la declaración de concurso, no podrán iniciarse ejecuciones judiciales o extrajudiciales de bienes o derechos que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. Las ejecuciones de dichos bienes o derechos que estén en tramitación quedarán suspendidas con la presentación de la resolución del secretario judicial dando constancia de la comunicación. Las limitaciones previstas en los incisos anteriores quedarán en todo caso levantadas una vez transcurridos los plazos previstos en el apartado siguiente [...]".

B) El artículo 8.1 prescribe que "la jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente" en diversas materias, entre las que menciona "toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado".

En concordancia con ello, el artículo 9.1 dispone que "la jurisdicción del juez se extiende a todas las cuestiones prejudiciales civiles, con excepción de las excluidas en el artículo 8, las administrativas o las sociales directamente relacionadas con el concurso o cuya resolución sea necesaria para el buen desarrollo del procedimiento concursal".

C) El artículo 55 ("Ejecuciones y apremios") contiene reglas disciplinando los efectos de la declaración del concurso sobre las acciones individuales de los acreedores. Interesa ahora reparar en su número 1:

"Declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor.

Hasta la aprobación del plan de liquidación, podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado diligencia de embargo y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor".

3 . Ley de Enjuiciamiento Civil.

El Título III de la LEC ("De la ejecución: disposiciones generales") dedica su Capítulo V a disciplinar "la suspensión y término de la ejecución". Dentro del mismo se halla el artículo 568 ("Suspensión en caso de situaciones concursales o preconcursales").

Mediante Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, se adoptaron diversas medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial. La norma modifica el artículo 568.1 "para adaptar el régimen de suspensión en caso de situaciones concursales o preconcursales a las modificaciones introducidas en el artículo 5 bis de la Ley 22/2003, de 9 de julio ". Tras ella (en redacción que pasaría a la posterior Ley 17/2014), el precepto posee el siguiente tenor:

No se dictará auto autorizando y despachando la ejecución cuando conste al Tribunal que el demandado se halla en situación de concurso o se haya efectuado la comunicación a que se refiere el artículo 5 bis de la Ley Concursal y respecto a los bienes determinados en dicho artículo. En este último caso, cuando la ejecución afecte a una garantía real, se tendrá por iniciada la ejecución a los efectos del artículo 57.3 de la Ley Concursal para el caso de que sobrevenga finalmente el concurso a pesar de la falta de despacho de ejecución.

4 . Recapitulación.

La LRJS realiza una remisión pura a las previsiones de la LC respecto del régimen aplicable a las acciones ejecutivas seguidas por los trabajadores frente a su empleador.

A su vez, la LC ordena que "desde la presentación de la comunicación" prevista en su artículo 5 .bis se posterguen o suspendan las ejecuciones "de bienes o derechos que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor". Cuando estén tramitándose deben suspenderse al presentarse "la resolución del secretario judicial dando constancia de la comunicación". Una vez declarado el concurso pueden proseguirse las ejecuciones laborales previas "siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor".

Dada la relevancia que tiene la declaración de cuándo estamos ante bienes imprescindibles para que prosiga la actividad empresarial, se trata de determinar si esa apreciación corresponde al JS que ha iniciado la ejecución forzosa antes de conocer la situación patrimonial de la empresa o si estamos ante una competencia exclusiva y excluyente del JM.

CUARTO.- Doctrina concordantes.

1. Sentencias de la Sala de Conflictos.

A) La STS 10/2006 de 22 diciembre , dictada por la Sala de Conflictos de Jurisdicción del Tribunal Supremo (conflicto 4/2006), aunque referida a la divergencia habida entre la Hacienda Pública y el JM siente una doctrina de interés para el caso. A la vista del art. 55 LC advierte que la Ley que prohíbe, además de la iniciación de procedimientos de apremio después de la declaración del concurso, la continuación de los ya iniciados. Y respecto de la concreta materia abordada ahora señala lo siguiente:

"Ha de proclamarse, por tanto, que la Administración tributaria cuando un procedimiento de apremio se encuentra en curso y se produzca la declaración del concurso, ha de dirigirse al órgano jurisdiccional a fin de que éste decida si los bienes o derechos específicos sobre los que se pretende hacer efectivo el apremio son o no necesarios para la continuación de la actividad del deudor. Si la declaración judicial es negativa la Administración recupera en toda su integridad las facultades de ejecución. Si, por el contrario, es positiva pierde su competencia, en los términos establecidos en el citado artículo 55 y con los efectos previstos en el apartado tercero para la hipótesis de contravención".

B) En los mismos términos que la anterior pueden verse las sentencias 2/2008 de 3 julio ; 3/2008 de 4 julio ; 4/2008 de 19 diciembre ; 10/2006 de 22 diciembre ; 3/2010 de 18 octubre ;

C) La STS de 11 diciembre 2012 , dictada por la Sala de Conflictos de Jurisdicción del Tribunal Supremo, referida a la divergencia habida entre la AEAT y el JM, reitera el criterio de referencia al tiempo que clarifica su alcance:

"El criterio que marca la preferencia del procedimiento administrativo o judicial desde la perspectiva temporal, no es en definitiva en las presentes actuaciones la fecha de la Providencia de apremio o de embargo, que queda claro que es anterior a la declaración del concurso, sino si, en la fecha en que esta declaración se produce, los bienes incursos en el procedimiento de apremio administrativo se han realizado o no.

Si, como en el presente caso, en la fecha de declaración del concurso el Apremio administrativo no se ha terminado, el criterio relevante es el de si los bienes incursos en el mismo son necesarios o no para la continuidad de la actividad empresarial, momento en el que el procedimiento administrativo pierde la preferencia de la que gozaba inicialmente por razones temporales y queda sometida al concurso en los términos previstos en el art. 55 L.C ".

D) La STS 1 octubre 2013 (*Real Club Deportivo de la Coruña, S.A.D.*) advierte que existe una "consolidada línea de doctrina" sobre la cuestión debatida y reitera lo expuesto en ocasiones precedentes ("el procedimiento de apremio no ha terminado de modo que es el Juez del concurso quien puede determinar si los bienes son precisos para la continuidad de la actividad del concursado").

2. Autos de la Sala especial de Conflictos de Competencia.

A) Mediante Auto de 22 de marzo de 2010 (rec. 21/2009; Levante Unión Deportiva), la Sala especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo resuelve una cuestión parecida a la que nos ocupa. A la vista de lo previsto en los artículos 8 , 9 y 55 LC resalta que los procedimientos ejecutivos iniciados antes del concurso pueden ser continuados por la jurisdicción laboral en determinados casos. Analizando esa posibilidad, el Auto subraya cómo la posibilidad de que el procedimiento continúe en el JS requiere que el embargo sea anterior a la declaración de concurso y que los bienes o derechos embargados no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. En sus razonamientos conclusivos se expresa así:

"3º [...] De modo que se requiere que exista una necesidad objetiva para la pervivencia de la actividad empresarial para que no opere la excepción competencial establecida en el Art. 55.1 , 2 LC y sea el juez del concurso el que se ocupe de las ejecuciones que se hubiesen iniciado en la vía social.

4º Esta misma solución se deduce a contrario sensu, del auto de esta Sala de 2 abril 2009, que declaró competente al juzgado social porque la actividad de la concursada había cesado y se encontraba en liquidación, por lo que no se cumplía el requisito de que los bienes fueran necesarios para la continuación de una actividad empresarial por la sencilla razón de que había desaparecido.

5º En el actual conflicto concurren los requisitos exigidos legalmente, puesto que a) la actividad del concursado continúa, y b) los bienes embargados han sido declarados como necesarios para la

actividad de la entidad UNION DEPORTIVA LEVANTE , S.A.D. por el juez del concurso, único competente para ello".

B) Por su lado, el Auto 29/2914 de 5 diciembre, de la propia Sala especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo vuelve a enfrentarse con asunto parecido al que nos ocupa, recuerda la doctrina sentada en el ATS de 22 marzo 2010 y, sin embargo, atribuye la competencia discutida al JS. A la vista de lo siguiente:

"[...] Sobre esta base, resulta que no hay continuidad de la actividad empresarial, con lo que no se está en la excepción que contempla el precitado art 55.1 de la Ley Concursal para residenciar la competencia en el Juzgado de lo Mercantil cuando se han embargado bienes con anterioridad a la declaración del concurso.

[...] Esta excepción a la competencia general del juez del concurso no puede desnaturalizarse ni restringirse indebidamente por la vía de ampliar la noción de carácter necesario del bien para la mencionada continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, que es lo que prevé el precepto, a la consecución de la enajenación de la unidad productiva como un todo a que hace mención el Juzgado Mercantil, que es un supuesto no previsto en el antedicho párrafo 2 del precitado art. 55.1 de la Ley Concursal ".

3. Recapitulación.

La competencia para efectuar la declaración sobre la necesidad de los bienes embargados por el JS la continuidad de la actividad empresarial de la concursada, es del JM, debiendo quedar en suspenso la ejecución hasta que se produzca tal declaración. El criterio es válido tanto para ejecuciones administrativas cuanto para las de carácter judicial, incluyendo las seguidas ante la jurisdicción social.

La competencia del JS para ejecutar bienes embargados sin que exista previa declaración de su carácter necesario para la continuidad de la actividad solo se proclama cuando la empresa ya no está operativa y, en buena lógica, es improcedente tal declaración.

QUINTO.- Resolución.

1 . Estimación del recurso.

De los artículos de la Ley Concursal y la doctrina de este Tribunal Supremo se desprende que la competencia para efectuar la declaración sobre la necesidad de los bienes embargados por el Juzgado de lo Social para la continuidad de la actividad empresarial de la concursada, es del Juez del Concurso, debiendo quedar en suspenso la ejecución hasta que se produzca tal declaración.

En este sentido, coincidiendo con lo expuesto por la representante del Ministerio Fiscal, consideramos que la doctrina acertada se encuentra en la sentencia de contraste. Es decir, la valoración sobre qué bienes objeto del embargo resultan o no necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, a que se refiere el artículo 55.1 de la LC , corresponde al JM y no a la jurisdicción social.

Esta valoración de la necesidad a que hace referencia la norma citada ha de efectuarse teniendo en cuenta la finalidad perseguida por la misma que es conseguir la conservación de la actividad del concursado como mecanismo ordinario para la satisfacción de sus créditos y por ello debe referirse a los elementos integrados en la organización de la actividad económica del deudor y han de ser necesarios para la continuidad de la empresa. Tal perspectiva solo puede adoptarla el JM atendiendo a la situación individualizada del concreto deudor, eludiendo criterios de carácter abstracto, por lo que no cabe excluir en todo caso como necesario el dinero metálico.

2.Resolución del debate de suplicación.

A) Dispone el artículo 228.2 LRJS que "Si la sentencia del Tribunal Supremo declarara que la recurrida quebranta la unidad de doctrina, casará y anulará esta sentencia y resolverá el debate planteado en suplicación con pronunciamientos ajustados a dicha unidad de doctrina, alcanzando a las situaciones jurídicas particulares creadas por la sentencia impugnada". La anulación de la

sentencia dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid comporta que debamos resolver el debate habido en suplicación aplicando la doctrina correcta.

B) Frente a los Autos dictados por el Juzgado de lo Social nº 11 de Madrid con fecha de 27 de enero de 2016 y 7 de junio de 2016 la AC ha interpuesto recurso de suplicación, no impugnado por la contraparte.

Sostiene que es el Juez del concurso quien debe pronunciarse sobre si los bienes a embargar son necesarios para continuar la actividad empresarial. Por tanto, el Juzgado de lo Social debió esperar a tal pronunciamiento antes de proseguir su actividad. Solicita la nulidad del embargo de todos los saldos de las cuentas abiertas en bancos, acordado por el Juzgado de lo Social. Consecuencia de ello es que deba acordarse la entrega y devolución a la AC del importe consignado. Denuncia infracción de los artículos 248.3 LRJS, 5 bis 4 , 55.1 , 49 , 76 , 156 , 157 y 158 de la Ley Concursal , y 568.1 LEC , así como doctrina judicial asociada.

C) El recurso de suplicación debe prosperar en parte. Que el JS haya dictado resoluciones de ejecución y trabajado bienes antes de conocer la situación concursal (o preconcursal) de la empresa no impide que despliegue sus efectos el artículo 55.1 y concordantes de la LC .

El JS debiera haber paralizado su actividad ejecutiva en tanto no se hubiera pronunciado el JM acerca del carácter necesario de los bienes trabados en orden a la prosecución de la actividad empresarial por parte de la mercantil Orymu Artes Gráficas.

D) Solicita la AC que acordemos la suspensión del procedimiento ejecutivo laboral (a lo que hemos de acceder con arreglo a la expuesta doctrina) y que levantemos el embargo trabado y la transferencia de las cantidades en cuestión a la cuenta de consignaciones del JM para su entrega a la AC. Esta segunda solicitud no es, sin embargo, atendible.

Una cosa es que deba paralizarse la ejecución de los bienes embargados hasta que el JM determine si son "necesarios para la continuidad de la actividad profesional" (a lo que debemos acceder) y otra distinta que la ausencia de pronunciamiento por parte del JM equivalga a que poseen ese carácter imprescindible y deben extraerse de la iniciada ejecución del orden social.

D) Por último, el artículo 228.2 LRJS dispone que "En la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo se resolverá lo que proceda sobre consignaciones, aseguramientos, costas, honorarios y multas, en su caso, derivados del recurso de suplicación de acuerdo con lo prevenido en esta Ley. Si se hubiere constituido depósito para recurrir, se acordará la devolución de su importe".

FALLO

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

:

1) Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Administración Concursal de la empresa ORYMU Artes Gráficas, S.A., representada y defendida por el Letrado Sr. de la Morena Sanz.

2) Casar y anular la sentencia 102/2017 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 3 de febrero de 2017 .

3) Estimar en parte el recurso de suplicación nº 995/2016, interpuesto por la citada Administración Concursal.

4) Revocar el auto dictado el 7 de junio de 2016 por el Juzgado de lo Social nº 11 de Madrid , en los autos nº 22/2015, seguidos a instancia de D^a Milagrosa y D^a Noemi contra dicha recurrente, sobre ejecución.

5) Disponer la suspensión del proceso ejecutivo seguido por el Juzgado de lo Social en los mencionados autos, quedando a resultas de cuanto, en su caso decida el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Madrid respecto del carácter de los bienes embargados.

6) Disponer la devolución de los depósitos que hubiera realizado la Administración Concursal para formalizar los recursos de casación unificadora o de suplicación mencionados.

7) No acordar la imposición de costas como consecuencia de los referidos recursos.

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

Así se acuerda y firma.