

Roj: STS 7732/2012
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 4138/2011
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 07/11/2012
Procedimiento: SOCIAL
Ponente: JOSE LUIS GILOLMO LOPEZ
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

SUCESION DE EMPRESAS. ADJUDICACION, POR PROCEDIMIENTO HIPOTECARIO, DE ELEMENTOS PATRIMONIALES INMOBILIARIOS DE UNA EMPRESA CONCURSADA Y SUBASTA JUDICIAL DE LOS BIENES Y ENSERES MOBILIARIOS QUE, EN PARTE, SE ADJUDICAN A UN TERCERO. NO HAY SUCESION DE EMPRESA RESPECTO A LA ENTIDAD MERCANTIL (UN BANCO) QUE HABÍA OTORGADO EL PRÉSTAMO HIPOTECARIO. AL RESOLVER EL DEBATE SUSCITADO EN SUPPLICACIÓN, REITERANDO DOCTRINA, SE CONDENA AL GRUPO EMPRESARIAL CODEMANDADO, PESE A QUE SUS INTEGRANTES FUERON ABSUELTOS EN LA INSTANCIA Y NO RESULTARON CONDENADOS EN LA SENTENCIA DE SUPPLICACIÓN RECURRIDA. REITERA.

Encabezamiento

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a siete de Noviembre de dos mil doce.

Vistos los autos pendientes ante la Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto en nombre y representación de BANCO PASTOR, S.A., contrasentencia de fecha 22 de septiembre de 2011 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Málaga, en el recurso núm. 1051/11, por la que se resuelve el recurso de suplicación interpuesto por Don Gumersindo , Don Maximino , Doña Valentina , Don Urbano , Don Pedro Francisco , Doña Celestina y Don Celso , contra lasentencia de fecha 16 de diciembre de 2010 dictada por el Juzgado de lo Social núm. 7 de Málaga, en autos núm. 252/10, seguidos por DON Gumersindo , DON Maximino , DOÑA Valentina , DON Urbano , DON Pedro Francisco , DOÑA Celestina , y DON Celso , frente a RESIDENCIA LAS DUNAS, S.L.; LAS DUNAS GARDEN, S.L.; LAS DUNAS PALACE, S.A.; LAS DUNAS PARK MANAGERMENTS, S.L.; DON Prudencio ; ADMINISTRACION CONCURSAL DE LAS DUNAS PALACE, S.A.; FONDO DE GARANTIA SALARIAL (FOGASA) y BANCO PASTOR, S.A., sobre reclamación por Despido.

Han comparecido en concepto de recurridos, el Letrado Don Juan Flores Pedregosa, en nombre y representación de Don Gumersindo y seis más, y Doña María del Mar Jiménez Tejada, Letrada y Administradora Concursal de Las Dunas Palace, S.A.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Jose Luis Gilolmo Lopez,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 16 de diciembre de 2010 el Juzgado de lo Social nº 7 de Málaga dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que debo estimar y estimo la demanda de despido interpuesta por DON Gumersindo , DON Maximino , DOÑA Valentina , DON Urbano , DON Pedro Francisco , DOÑA Celestina , y DON Celso con los siguientes pronunciamientos:

1.- Se desestima la excepción de falta de representación interpuesta por Las Dunas Palace, S.A.

2.- Que debo desestimar y desestimo la excepción de litisconsorcio pasivo necesario.

3.- Que debo estimar y estimo la excepción de falta de acción y legitimación pasiva interpuesta por el Banco Pastor y en consecuencia DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO A BANCO PASTOR SA de las acciones contra él dirigidas en el presente proceso.

4.- Que debo declarar y declaro nulo el despido con fecha de efectos de 10 de marzo de 2010, efectuado por Las Dunas Palaces SA de los siete actores con los siguientes pronunciamientos:

4.1. Que debo condenar y condeno a Las Dunas Palace SA a readmitir inmediatamente a D^a Valentina , con abonos dejados de percibir desde el uno de junio de 2010 y prevenciones fijadas en el fundamento de derecho décimo, 2.A. de esta resolución, a razón de un salario diario de 46.84 euros.

4.2. Que debo condenar y condeno a Las Dunas Palaces SA a readmitir inmediatamente a D. Maximino , con abonos dejados de percibir desde el uno de junio de 2010 y prevenciones fijadas en el fundamento de derecho décimo, 2.A.- de esta resolución, a razón de un salario diario de 50.33 euros.

4.3. Que debo condenar y condeno a Las Dunas Palaces SA a readmitir inmediatamente a D. Gumersindo , con abonos dejados de percibir desde el uno de junio de 2010 y prevenciones fijadas en el fundamento de derecho séptimo, 2.A.- de esta resolución, a razón de un salario diario de 94,14 euros.

4.4. Que debo condenar y condeno a Las Dunas Palaces SA a readmitir inmediatamente a D. Urbano , con abonos dejados de percibir desde el uno de junio de 2010 y prevenciones fijadas en el fundamento de derecho décimo, 2.B.- de esta resolución, a razón de un salario diario de 48,07 euros.

4.5. Que debo condenar y condeno a Las Dunas Palaces SA a readmitir inmediatamente a D. Pedro Francisco , con abonos dejados de percibir desde el uno de junio de 2010 y prevenciones fijadas en el fundamento de derecho décimo, 2.B.- de esta resolución, a razón de un salario diario de 60,82 euros.

4.6. Que debo condenar y condeno a Las Dunas Palaces SA a readmitir inmediatamente a D^a Celestina , con abonos dejados de percibir el uno de

junio de 2010 y prevenciones fijadas en el fundamento de derecho décimo, 2.B.- de esta resolución, a razón de un salario diario de 51,20 euros.

4.7. Que debo condenar y condeno a Las Dunas Palaces SA a readmitir inmediatamente a D. Celso , con abonos dejados de percibir desde el uno de junio de 2010 y prevenciones fijadas en el fundamento de derecho décimo, 2.B.- de esta resolución, a razón de un salario diario de 49,06 euros.

5.- Que debo declarar y declaro la existencia de grupo de empresa entre RESIDENCIA LAS DUNAS SL, LAS DUNAS GARDEN SL., LAS DUNAS PALACE SA, LAS DUNAS PARK MANAGERMENTS SL existiendo la responsabilidad declarada en el punto 4 de este fallo de forma solidaria a todas las empresas.

6.- Que debo absolver y absuelvo a D. Prudencio de las acciones contra él dirigidas en el presente proceso.

7.- Que debo condenar y condeno a la Administración Concursal de Las Dunas Palace S.A. y a Fogasa a estar y pasar por esta declaración."

SEGUNDO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

"1. D. Urbano ha trabajado como Botones desde el 18 de julio de 2007 con un salario diario de 48,07 euros, en el Hotel Las Dunas de Estepona. Tiene la condición de fijo discontinuo.

Dª Valentina ha trabajado como Lavandera desde el 5 de febrero de 2000 con un salario diario de 46,84 euros, en el Hotel Las Dunas de Estepona.

D. Maximino ha trabajado como Botones desde el 5 de abril de 2007 con un salario diario de 50,33 euros, en el Hotel Las Dunas de Estepona.

D. Gumersindo ha trabajado como responsable de recursos humanos desde el 1 de octubre de 2005 con un salario diario de 94,14 euros, en el Hotel Las Dunas de Estepona.

D. Pedro Francisco ha trabajado como Camarero desde el 1 de junio de 2005 con un salario diario de 60,82 euros, en el Hotel Las Dunas de Estepona. Tiene la condición de fijo discontinuo.

Dª Celestina ha trabajado como Camarera de piso desde el 10 de mayo de 2000 con un salario diario de 51,20 euros, en el Hotel Las Dunas de Estepona. Tiene la condición de fijo discontinuo.

D. Celso ha trabajado como Jardinero desde el 25 de abril de 2007 con un salario diario de 49,06 euros, en el Hotel Las Dunas de Estepona. Tiene la condición de fijo discontinuo.

2. Los actores trabajan indistintamente para Las Dunas Palace

SA, Residencial Las Dunas SL, Las Dunas Garden SL y Las Dunas Park Management SL.

Todos los actores tienen contrato firmado con Las Dunas Palaces SA.

Las Dunas Garden SL y Residencial Las Dunas SL eran las propietarias de la finca 7332 del Registro de la Propiedad Número Dos de Estepona donde se asienta el Hotel Las Dunas.

En la vida laboral figuran que han prestado servicios para varias de esas empresas, Las Dunas Management y Las Dunas Palace. En otras ocasiones mientras el contrato era con Las Dunas Palace se abonan las nóminas por Las Dunas Garden SL.

Las Dunas Palace SA tiene suscrito su capital social en un 99,90% por La Residencia Las Dunas, tienen el mismo administrador D. Prudencio , y poseen el mismo domicilio social.

La TGSS inicia el 22 de septiembre de 2009 expediente de responsabilidad solidaria por deudas a la seguridad social entre Las Dunas Palace, Las Dunas Park Management y Residencial Las Dunas, y contra D. Prudencio por incumplimiento de obligaciones solidarias como administrador de las mismas.

3. El 13 de enero de 2004 se firma por Residencia Las Dunas SA y Las Dunas Garden SL contrato con el Banco Pastor SA escritura de préstamo hipotecario, sobre 37 fincas entre las que se encuentra la finca 7332 del Registro de la Propiedad número Dos de Estepona en cuya descripción registral incluye el Hotel Las Dunas, del que se aporta certificado de tasación por importe de 57.452.365,61 euros, con cláusula décima de extensión de la hipoteca a cuanto se comprende en los artículos 109, 110 y 111 de la Ley Hipotecaria y el artículo 215 del reglamento hipotecario e incluso aquellos para los que se exige pacto expreso. También se extiende la hipoteca de forma expresa a las construcciones o edificaciones que ya existan o en el futuro pudieran construirse sobre la finca o fincas excepto las costeadas por futuro adquirente o tercer poseedor".

Ante impago del préstamo se tramitó en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Número Tres de Estepona la ejecución hipotecaria 217/08, en el seno de la cual se dictó auto de adjudicación de 6 de octubre de 2009.

El 10 de marzo de 2010, tras un primer intento el 24 de febrero de 2010, se extiende diligencia de toma de posesión, para lo que se hubo de recurrir a auxilio policial y desalojar a los trabajadores que se encontraban manifestándose en la sede del Hotel para llevar dicha diligencia de toma de posesión. En la diligencia de toma de posesión participan el representante del Banco y de la empresa, el depositario de bienes muebles embargados, sr. Leon , en el cambiario 387/09 del Juzgado Num. Tres de Estepona y miembros del comité de empresa. Se hace constar en el acta de toma de posesión "por el nuevo depositario se quiere hacer constar que no desea hacerse cargo en este caso y prefiere mantenerlos en el hotel, con el consentimiento de la parte ejecutante si bien no se hace responsable de su estado y conservación, sin perjuicio de solicitar al juzgado plazo límite para la retirada de los bienes".

Una vez entregado la posesión el Banco Pastor prohíbe a los trabajadores el acceso al hotel.

El 29 de abril de 2010 se dicta providencia en la ejecución hipotecaria 217/08 señalando plazo hasta 20 de mayo para retirar bienes que hubieren sido embargados.

4. El 14 de septiembre de 2009 en el seno del proceso cambiario 387/09 del Juzgado Número Tres de Estepona seguido a instancia de la entidad Corporación Financiera Iberoamericana se habían embargado los bienes muebles que se encuentran el interior del Hotel, extendiéndose diligencia de embargo que alcanza al mobiliario de todas las habitaciones, maquinaria de las dos cocinas, esculturas y elementos decorativos y vehículos.

En subasta celebrada el 20 de julio de 2010 y agrupada los muebles en cuatro lotes, en tres de ellos (decoración, vehículos y mobiliario de las habitaciones) no concurre puja adjudicándose al 30% de su valor el ejecutante respectivamente de 441.337,62; 158.712,49 y 962.514,26 euros, existiendo licitadores para el lote tercero cocinas) se lo adjudica, por 820.000 euros, un licitador a la espera de depositar el resto del dinero por el que había estado la mejor oferta.

5. El 22 de abril de 2010 en el seno del proceso concursal 587.13/09 del Juzgado de lo Mercantil Número dos de Málaga se declara el embargo de bienes muebles existentes el hotel designado al Hotel Las Dunas como depositario de las mismas.

6. El 14 de marzo de 2006 se firma entre Residencia Las Dunas SA y Las Dunas Palace es un contrato de arrendamiento del mencionado Hotel por diez años a cambio de un porcentaje (sin especificar) sobre beneficios y con un mínimo de 300.000 euros anuales.

7. La empresa dejó de abonar el 30% de la nómina del mes de mayo de 2009, el 60% del mes de junio, mensualidades de julio a septiembre de 2009.

El 23 de octubre de 2009 en el expediente 104/09 se dicta resolución del Delegado Provincial de la Consejería de Empleo en Málaga en el que se autoriza a la empresa Las Dunas Palace la suspensión de la relación laboral que une a empresa con trabajadores desde el 23 de octubre de 2009 al 20 de febrero de 2010. Dicha resolución homologa acuerdo entre empresa y trabajadores por el que las partes pactan suspender la relación laboral con cincuenta trabajadores mantenía la vigencia de otros 16 trabajadores como servicios mínimos de mantenimiento de instalaciones y atención a los clientes que pudieran llegar. Entre los trabajadores afectados se encuentra D^a Valentina , D. Maximino , D. Gumersindo como trabajadores fijos; mientras que los fijos discontinuos, entre los que se encuentran la sra. Celestina , sr. Celso , sr. Pedro Francisco y sr Urbano , se excluyen del ERTE al haber causado todos los fijos discontinuos baja el 11 de septiembre de 2009.

Posteriormente y en expediente NUM000 el Delegado Provincial de la Consejería de Empleo en la provincia de Málaga autoriza nuevo expediente por el

que se suspende la relación laboral de cincuenta trabajadores desde el 21 de febrero a 31 de mayo de 2010, con idéntico contenido la originario.

Por último el 23 de marzo de 2010 en el expediente NUM001 y resolviendo la petición efectuada el 24 de febrero de 2010, se autoriza la suspensión de la relación laboral con los 16 trabajadores restantes de la empresa hasta el 31 de mayo de 2010.

8. El 31 de mayo Las Dunas Palace entrega una carta a los siete trabajadores en e que dice en todas ellas "por la presente les comunicamos la decisión de esta empresa de despedirle con fecha de 31 de mayo de 2010 en base a los siguientes hechos: Primero.- Que se ha extinguido el contrato de explotación que unía a la mercantil Las Dunas Palace SA donde ud. tiene su contrato de trabajo y el anterior propietario del Hotel Las Dunas debido a la ejecución hipotecaria del Banco Pastor sobre el mencionado Hotel. Segundo.- Que como consecuencia de esta ejecución hipotecaria es el Banco Pastor el nuevo propietario y explotador del Hotel Las Dunas donde ud. presta sus servicios ya que en la actualidad el Banco Pastor realiza labores de limpieza, mantenimiento y vigilancia de las instalaciones del Hotel para su posterior explotación. Por estos motivos, la empresa se ve en la obligación de rescindir su contrato por despido reconociendo la improcedencia del mismo con fecha 31 de mayo de 2010 rogándole firme la presente como acuse de recibo."

9. Los actores no son ni han sido durante el año anterior representante legal o sindical de los trabajadores.

10. Se intentó conciliación ante el Cemac con el resultado de intentado sin efecto. "

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por Don Gumersindo , Don Maximino , Doña Valentina , Don Urbano , Don Pedro Francisco , Doña Celestina y Don Celso , y por Las Dunas Palace, S.A., ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Málaga, la cual dictó sentencia en fecha 22 de septiembre de 2011, en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: "Que estimando el recurso de suplicación formulado por LOS ACTORES y por la entidad LAS DUNAS PALACE S.A., debemos REVOCAR Y REVOCAMOS PARCIALMENTE la Sentencia del Juzgado de lo Social número Uno de Málaga, dictada en los autos promovidos por Don Gumersindo , Don Maximino , Doña Valentina , Don Urbano , Don Pedro Francisco , Doña Celestina y Don Celso frente a la entidad recurrente indicada y frente a LAS DUNAS GARDENS S.L., RESIDENCIAL LAS DUNAS, S.L., LAS DUNAS PARK MANAGEMENT S.L., D. Prudencio y BANCO PASTOR, S.A., y en consecuencia, declaramos a la entidad BANCO PASTOR S.A. solidariamente responsable junto a los restantes demandados de las consecuencias derivadas de la declaración de nulidad del despido de los trabajadores demandantes, manteniendo los restantes pronunciamientos de la misma. Se confirma el pronunciamiento absolutorio respecto de D. Prudencio .".

CUARTO.- Por el Letrado Don Alvaro Hernando de Larramendi Samaniego, en nombre y representación de Banco Pastor, S.A., se preparó recurso de casación para unificación de doctrina. En su formalización se invocó comosentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 23 de noviembre de 2004, recurso núm. 6432/03.

QUINTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 12 de abril de 2012 se procedió a admitir el citado recurso y, habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar procedente el recurso, e instruido el Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 31 de octubre de 2012, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. El problema que se plantea en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, resuelto ya en lo esencial por esta Sala en la forma que luego se verá, consiste en determinar la existencia, o no, de subrogación empresarial en un supuesto derivado de la adjudicación, en procedimiento hipotecario, a la pertinente entidad prestamista (el Banco Pastor en el caso) del inmueble ocupado por el establecimiento hotelero en el que los trabajadores demandantes habían venido desempeñando su actividad laboral. La cuestión, pues, se centra en decidir una vez más si nos encontramos, o no, en el supuesto de sucesión empresarial previsto en el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores (ET), en la redacción dada por la Ley 12/2001, de 9 de julio.

2. Según consta en la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, inmodificada en suplicación (a excepción de la adición consistente en incluir que la persona física codemandada, D. Prudencio , era "titular de participaciones sociales" y "administrador único" de la mercantiles que integraban el grupo empresarial), los trabajadores demandantes prestaban servicios para las demandadas, con las antigüedades y las categorías profesionales que allí figuran, hasta que fueron despedidos el 31 de mayo de 2010, junto con los demás trabajadores de la plantilla, sin que la empresa hubiera instado la tramitación de expediente extintivo de regulación de empleo (ERE), ni haber percibido ninguno de ellos indemnización alguna. El 23 de enero de 2004 se había firmado escritura de préstamo hipotecario a favor del Banco Pastor sobre 37 fincas registrales, entre las que se encuentra aquélla en la que se levanta el Hotel Las Dunas y, por Auto de 6 de octubre de 2009, se adjudicó dicha finca a la citada entidad bancaria como consecuencia de la ejecución hipotecaria instada por ella. Mediante EREs NUM002 y NUM000 , se autorizó la suspensión de los contratos de 50 de los 66 trabajadores, permaneciendo el resto (16) trabajando en el hotel para garantizar el mantenimiento de sus instalaciones y la captación de clientes para la temporada alta, pero mediante ERE NUM001 también se autorizó la suspensión de los contratos de estos últimos.

3. La sentencia de instancia estima las demandas de despido de los actores y aunque acoge la excepción de falta de acción y legitimación pasiva opuesta por el Banco Pastor, al que absuelve, declara nulos tales despidos y condena a Las Dunas Palace SA, extendiendo solidariamente la condena a las sociedades del grupo (Residencia Las Dunas SL, Las Dunas Garden SL, Las Dunas Palace SA, y Las Dunas Park Managements SL), a readmitirles y a abonarles los salarios de tramitación, absolviendo a la persona física también codemandada y condenando a la Administración Concursal de Las Dunas Palace SA y al Fondo de Garantía Salarial a estar y pasar por la declaración.

4. La Sala de Málaga, en la sentencia del 22 de septiembre de 2011 (R. 1051/11) que es ahora objeto de casación unificadora, estima el recurso de suplicación de los actores y declara al Banco Pastor SA solidariamente

responsable, junto a los restantes demandados, de las consecuencias derivadas de los despidos, manteniendo el resto de pronunciamientos de instancia, incluida la absolución de la persona física codemandada. La Sala andaluza, para concluir que se ha producido la sucesión prevista en el art. 44 ET en relación al Banco, sostiene, en síntesis, reiterando resoluciones propias en idéntico sentido, que lo que realmente se garantizó en el contrato de préstamo fue la explotación hotelera, deduciéndolo así, tanto del contenido de la inscripción registral de las fincas hipotecadas y de la diligencia de embargo, como del hecho de que el inmueble adjudicado, según se asegura, era susceptible de ser explotado de manera inmediata al contar con la infraestructura necesaria para ello, como, en fin, de que los bienes muebles embargados a instancia de un tercer acreedor nunca llegaron a salir del Hotel.

5. Disconforme el Banco Pastor con la sentencia de suplicación interpuso recurso de casación unificadora en el que anunciaba la articulación de dos diferentes motivos que, luego, al formalizarlo, dejó reducido a uno sólo, en el que, al amparo del art. 222 LPL/1995, en relación con su art. 205.e), denuncia la infracción de los arts. 44 y 55.11 [se refiere sin duda al 51.11] del ET, designando como sentencia de contraste la dictada el 23 de noviembre de 2004 (RCUD 6432/2003) por esta Sala IV del Tribunal Supremo.

La resolución referencial rechaza la existencia de sucesión empresarial en un supuesto de venta judicial del inmueble en el que la empleadora, declarada en quiebra necesaria, había desarrollado su actividad de producción y envasado de harinas; en dicho proceso quedó acreditado, en síntesis, tal como resume el primer párrafo del fundamento primero de aquella nuestra sentencia, que el Comisario de la quiebra dio posesión del inmueble al acreedor hipotecario que la había adquirido, quien no se hizo cargo de los enseres y maquinaria existentes en el establecimiento.

6. La comparación de ambas resoluciones pone claramente de relieve, como esta Sala ya aceptado en otras ocasiones, que entre ellas concurren las identidades de hechos, fundamentos y pretensiones requeridos por el art. 217 LPL/1995 (219 LRJS/2011), así como la divergencia en el signo de los pronunciamientos que dicho precepto requiere para ser consideradas "contradictorias" en sentido legal, según admite acertadamente el Ministerio Fiscal.

En efecto, se trata en ambos casos de entidades que adquieren un inmueble (en la recurrida por vía de ejecución hipotecaria a favor de la correspondiente entidad crediticia y en la referencial mediante la adjudicación en subasta judicial por un tercero) sobre el que habían constituido hipoteca las empresas (hotelera en la recurrida; harinera en la de contraste) en las que prestaban servicios los demandantes, declaradas luego en concurso de acreedores (recurrida) o en quiebra necesaria (referencial); también en los dos casos pasó la propiedad de los inmuebles a la entidad crediticia o al pertinente adjudicatario, no así la de los bienes muebles, enseres y maquinaria que habían resultado necesarios para la explotación y desempeño de la respectiva actividad; en la recurrida, éstos -los bienes muebles- fueron embargados y gran parte de ellos adjudicados a un tercero, solicitando el acreedor hipotecario al Juzgado competente que se requiriera a dicho adjudicatario para que procediera a su inmediata retirada de las instalaciones de su propiedad y le reintegrara los gastos que se decían derivados de su vigilancia y seguridad; en la referencial, los bienes muebles fueron puestos a disposición del Comisario de la

quiebra para su retirada del local.

Así pues, en ninguno de los casos consta acreditado que permaneciera viva y en funcionamiento normal la actividad empresarial ni que se produjera la entrega completa y efectiva del conjunto total de los elementos esenciales de la industria a los nuevos propietarios de los inmuebles. Y mientras la sentencia recurrida aprecia la existencia de sucesión empresarial, a pesar de que la adjudicación se produjo ex art. 131 de la Ley Hipotecaria, (esto es, del continente -inmueble-, no del contenido - actividad, mobiliario y demás elementos aparecen expresamente excluidos del acta de toma de posesión y su gran mayoría constan adjudicados a un tercero-), la de contraste, por el contrario, lo niega.

No se opone a esta sustancial identidad -en contra de lo que aducen al respecto los trabajadores en su escrito de impugnación- el hecho de que en el caso de la recurrida la escritura hipotecaria pueda describir la actividad hotelera e incluso los bienes y enseres ubicados en el inmueble, como tampoco incide en la contradicción la intención del prestatario sobre el destino del préstamo, porque, a tales efectos, como vimos, lo determinante no es sino, por un lado, la garantía -los inmuebles- propia y consustancial de ese tipo de préstamo -idéntica en ambos casos- y, por otro, la ausencia de continuidad en la actividad empresarial -igual también en los dos supuestos-, sin que quepa entender como tal el mantenimiento temporal de determinados servicios de vigilancia o seguridad de las instalaciones, a los que parece aludir el ordinal vigésimo tercero de la declaración de hechos probados de la recurrida. Procede, por consiguiente, entrar en el estudio y decisión de la controversia que con el recurso se nos plantea.

SEGUNDO.- 1. Ya dijimos que el banco recurrente denuncia en su escrito de formalización, como único motivo de casación unificadora, la infracción por la sentencia recurrida de lo dispuesto en los arts. 44 y 51.11 ET, en la redacción vigente en el momento en que se produjeron los hechos, por entender, en sustancia, que no concurre el presupuesto de la sucesión empresarial que el primero de tales preceptos describe.

2. Y, como así mismo se desprende de la sentencia de esta Sala eficazmente invocada de contraste, el recurso merece prosperar porque tampoco en este caso "se ha producido la realidad básica de que una actividad empresarial haya sido sustituida [a] por otra en la medida en que es exigida por el art. 44 del ET para que pueda hablarse de sucesión de empresa con el efecto garantista de los intereses de los trabajadores que dicho precepto contempla". Dicha norma requiere, y así lo expusimos entonces, "la concurrencia de un elemento básico cual es el que la titularidad de la empresa o el centro de trabajo pase de una persona a otra, entendiéndose por empresa o centro de trabajo una unidad de producción susceptible de continuar una actividad económica preexistente, o como con acertado criterio señala el apartado 2 del texto actualmente vigente, introducido a partir de la transposición efectuada de la Directiva 2001/23/CE del Consejo de 12 de marzo de 2001, que <<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>> -art. 1.b)-, pues solo a partir del cumplimiento de esa condición esencial puede empezarse a discutir sobre el alcance de aquella transmisión sobre los derechos de los trabajadores".

En nuestro caso, igual que en el que nos sirve

ahora de precedente, lo que ha quedado meridianamente claro es que una entidad financiera y crediticia, el Banco Pastor, adquirió en subasta pública judicial las fincas sobre las que tenía constituida una hipoteca la empresa hostelera concursada, con lo que, como allí, dicha entidad pasó a ser su propietaria, pero no de los otros bienes muebles y demás elementos necesarios para el desarrollo de aquella ocupación, todos ellos embargados y gran parte de los cuales fueron adjudicados a un tercero, "resultando por lo tanto nula aquella transmisión [inmobiliaria] para continuar llevando a cabo la actividad productiva de la empresa", tal como afirmábamos de modo literal en nuestra sentencia referencial.

3. "La tradición jurídica de esta Sala ha exigido en la interpretación y aplicación del art. 44 ET que concurrieran los dos elementos o requisitos subjetivo y objetivo consistentes respectivamente en la sustitución de un empresario por otro en una misma actividad empresarial y en la transmisión del primero al segundo por cualquiera de los medios admitidos en derecho de los elementos patrimoniales necesarios para continuar la actividad empresarial -por todas SSTS 3-10-1998 (Rec.-5067/97), 15-4-1999 (Rec.-734/98), 25-2-02 (Rec.-4293/00), 19-6-02 (Rec.-4225/00), 12-12-2002 (Rec.-764/02), 11-3-2003 (Rec.-2252/02) con cita de otras muchas anteriores-, aun cuando en relación con la necesidad de transmitir elementos patrimoniales se haya introducido recientemente una modificación de criterios en relación con las empresas de servicios en aplicación de la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas -STS 27-10-2004 (Rec.-899/2002)-. En relación con ello procede constatar que el indicado Tribunal comunitario ha señalado como elemento fundamental para determinar si existe o no sucesión empresarial el de que se haya transmitido una entidad económica organizada de forma estable, o sea, que se haya producido la transmisión de un conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objeto propio y cómo la realidad de aquella transmisión garantista puede deducirse no solo de la transmisión de elementos patrimoniales sino del hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, que se haya transmitido o no la clientela o del grado de analogía entre las actividades ejercitadas antes y después de la transmisión -SSTJCE 18-3-1986, Asunto Spijkerso 19-5-1992, Asunto Stichting, 10-12-1998 Asunto Sánchez Hidalgo, 2-12-1999 Asunto Alleny otros, 24-1-2002 Asunto Temco, entre otras -. En definitiva, hoy lo importante y trascendental es que se haya producido aquella sustitución subjetiva de empresarios o entidades, lo que habrá que concretar en cada caso a partir de las particulares circunstancias concurrentes" (FJ 2º, STS 23-11-04).

4. Así pues, apreciada también aquí la adquisición por la entidad recurrente tan solo del inmueble sobre el que se asentaba la anterior explotación, sin ninguno de los enseres y elementos necesarios para su continuidad, la mayoría de los cuales - insistimos- fueron embargados y adjudicados a un tercer acreedor, al que el hipotecario incluso ha intentado repercutir los gastos derivados de la vigilancia y seguridad para evitar su deterioro o desaparición, tampoco se puede concluir ahora que se haya producido en nuestro caso la transmisión de un conjunto organizado de elementos que reúna las características de una industria o explotación autónoma, porque lo transmitido sólo fue un inmueble y nada más. Por otro lado, a la vista del contenido de los arts. 109 y 110 del Texto Refundido de la Ley Hipotecaria (Decreto 8-2-1946), y a falta de pacto claro y expreso en contrario (art. 111), no cabe entender incluidos en la hipoteca los referidos bienes muebles.

5. La denuncia de infracción del apartado 11 del art. 51 ET que también incluye el recurrente en nada cambia todo lo precedentemente razonado porque, como también dijimos en la sentencia de contraste, "dicho precepto, referido a supuestos de venta judicial de bienes como en el caso presente se produjo, lo que hace es reiterar lo que el art. 44 ET dispone con carácter general, puesto que lo que en él se dice es cuando se produzca la venta judicial <<de la totalidad de la empresa o de parte de la misma>>, sólo podía hablarse de sucesión de los efectos del citado art. 44 ET <<cuando lo vendido comprenda los elementos necesarios y por sí mismos suficientes para continuar la actividad empresarial>>". Por lo tanto, si, como hemos señalado, no se puede hablar en este caso de venta de una empresa ni de una unidad productiva autónoma porque lo transmitido no permite seguir con aquella explotación empresarial, tampoco el art. 51.11 ET puede servir para defender en el caso la existencia de sucesión.

6. Por último, en fin, la jurisprudencia de esta Sala (por todas, STS 25-9-2008, R 2362/07, y las que en ella se citan) viene sosteniendo que, por encima de las palabras utilizadas en la letra del precepto que contempla esta institución, o las empleadas en las sentencias interpretativas del mismo, "lo que se trasluce de ellas es la exigencia de que se haya producido una transmisión de activos patrimoniales y personales, o sea, de elementos que permitan continuar una explotación empresarial «viva», que es lo que podría permitir hablar de la permanencia en su identidad, siendo así que este dato -conservación de la identidad- es exigido por la normativa comunitaria -Directiva 1977/187/CEE, de 14/Febrero]; Directiva 1998/50/CE, de 29/Junio; y Directiva 2001/23/CE, de 12/Marzo- y ha sido considerado elemento determinante de la existencia o no de una sucesión empresarial en la jurisprudencia comunitaria [STCE 65/1986, de 18/Marzo/86, Asunto Spijkers], habiendo señalado al respecto ese mismo Tribunal que aun cuando esa circunstancia se deduce normalmente del hecho de que la empresa «continúe efectivamente su explotación o que ésta se reanude», para llegar a dicha conclusión hay que tener también en cuenta «otros elementos, como el personal que la integra, su marco de actuación, la organización de su trabajo, sus métodos de explotación o, en su caso, los medios de explotación de que dispone» [STCE 212/2000, de 26/Septiembre, Asunto C-175/1999] (así, la citada STS 25/02/02 -rcud 4293/00-) (FJ 3º STS 25-9-2008).

Es verdad que en nuestro caso, en el momento de la transmisión del inmueble, aún no se había producido la extinción de los contratos de trabajo de los empleados del establecimiento hotelero, pues sólo estaban suspendidos por un ERE, pero es evidente que, precisamente, la ausencia de transmisión del resto de los elementos que resultan imprescindibles para que la explotación hotelera pudiera continuar y permanecer "viva" -lo que, como vimos, sucedía con todo la maquinaria, enseres y bienes muebles en general, que habían sido subastados y en gran medida adjudicados a un tercero, pero que en ningún caso pertenecía al Banco-, determina que no pueda reconocerse aquí la existencia de una sucesión empresarial, y no existe norma interna o comunitaria alguna que obligue al simple adjudicatario de un inmueble en un procedimiento hipotecario a reponer por su cuenta todos y cada uno de tales elementos, incluidos los suministros de gas, electricidad, etc, por más que el propio edificio, en su estructura y dotación arquitectónica, pueda estar específicamente habilitado para la actividad hostelera.

TERCERO.- Procede, por tanto, de conformidad con el preceptivo informe del Ministerio Fiscal, y reiterando lo que esta misma Sala ya ha resuelto en asuntos que afectaban a las mismas entidades y planteaban idéntica

cuestión (SSTS 24-9-2012 [dos: R. 3252/11y3665/11];25-9-2012 [R. 3023/11];26-9-2012 [tres: R. 4150/11,3666/11y3661/11], estimar el presente recurso, casando y anulando la sentencia recurrida y, al resolver el debate de suplicación, estimar el de igual clase interpuesto en su día por el Banco Pastor, SA, al que absolvemos de las pretensiones en su contra ejercitadas, manteniendo el resto de sus pronunciamientos, incluida la condena solidaria de las entidades del Grupo empresarial y la absolución de la persona física codemandada, tema éste último sobre el que nada se dice en el recurso ni en las impugnaciones y sobre el que, en cualquier caso, no existe resolución referencial que viabilice el recurso de casación unificadora. Todo ello sin costas por no concurrir las previsiones que en tal sentido se contienen en elart. 233 de la LPL/1995, devolviéndose los depósitos constituidos para recurrir y cancelándose en su caso las consignaciones efectuadas.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación del BANCO PASTOR, S.A. contra la sentencia dictada el 22 de septiembre de 2011 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Málaga, en recurso de suplicación nº 1051/2011, la que casamos y anulamos en parte; y, resolviendo en trámite de suplicación el recurso de tal naturaleza interpuesto en su día por dicha empresa, debemos revocar y revocamos aquella resolución en cuanto la condenaba, absolviéndola, pero manteniendo el resto de sus pronunciamientos. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al Organó Jurisdiccional de procedencia ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Jose Luis Gilolmo Lopez hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.