

Dudas sobre las deudas con la Seguridad Social en la transmisión de empresas en concurso de acreedores

Lourdes López Cumbre

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Cantabria

Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo

1. Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea resolviendo una cuestión prejudicial planteada por un Juzgado español

1.1. El Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) de 28 de enero de 2015 [asunto C-688/13, Gimnasio Deportivo San Andrés, S.L. en liquidación], resuelve la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil núm.3 de Barcelona en relación a la interpretación de la Directiva 2001/23, 12 mar., DOCE, 22 relativa 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.

Este órgano judicial plantea que la Disposición Final 11ª de la Ley 22/03, 9 jul., BOE, 10 Concursal (en adelante, LC) por la que se modifica la Ley General Tributaria (Ley 58/03, 17 dic., BOE, 18) declara expresamente que la sucesión a efectos tributarios o la extensión de la responsabilidad no será aplicable a los adquirentes de explotaciones o actividades económicas pertenecientes a un deudor concursado cuando la adquisición tenga lugar en un procedimiento concursal. Sin embargo, no existe una afirmación semejante en cuanto a las deudas con la Seguridad Social.

Bien al contrario, el art. 127 de la Ley General de la Seguridad Social [R-D Leg. 1/94, 20 jun., BOE, 29 (en adelante,

LGSS)] señala que "en los casos de sucesión en la titularidad de la explotación, industria o negocio, el adquirente responderá solidariamente con el anterior o con sus herederos del pago de las prestaciones causadas antes de dicha sucesión. La misma responsabilidad se establece entre el empresario cedente y cesionario en los casos de cesión temporal de mano de obra, aunque sea a título amistoso o no lucrativo". Por su parte, el art. 104.1 LGSS indica que "la responsabilidad solidaria por sucesión en la titularidad de la explotación, industria o negocio que se establece en el art. 127 se extiende a la totalidad de las deudas generadas con anterioridad al hecho de la sucesión.... En caso de que el empresario sea una sociedad o entidad disuelta o liquidada, sus obligaciones de cotización a la Seguridad Social pendientes se transmitirán a los socios o partícipes en el capital, que responderán de ellas solidariamente y hasta el límite del valor de la cuota de liquidación que se les hubiere adjudicado".

1.2. En el supuesto que origina la cuestión prejudicial, el Auto que declara el concurso voluntario del Gimnasio establece que : "... no se transmiten al deudor ninguna otra deuda, excepto las referidas en la propia oferta vinculante en los términos que aparecen en la oferta, no subrogándose el adquirente o la entidad que designe en las deudas tributarias anteriores de la concursada y en las obligaciones anteriores, esto es, las deudas que la concursada pudiera tener con la Tesorería General de

la Seguridad Social, ordenando por lo tanto notificar expresamente esta resolución a la Agencia Estatal de Administración Tributaria y a la Tesorería General de la Seguridad Social". Auto recurrido por la Tesorería General de la Seguridad Social por entender que se infringe el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores (RD-Leg. 1/95, 24 mar., BOE, 29, en adelante, LET).

Ante las incertidumbres generadas, el Juzgado de lo Mercantil núm.3 de Barcelona decide suspender el procedimiento y plantear hasta siete cuestiones que, en esencia, el TJUE resume considerando que se trata de saber si la Directiva 2001/23 debe interpretarse en el sentido de que se opone a que una normativa nacional como la controvertida en el asunto principal prevea o permita que, con ocasión de una transmisión de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros, cuando el cedente sea objeto de un procedimiento de insolvencia, se autorice al cesionario a no asumir las cargas del cedente en relación con los contratos o relaciones laborales, incluidas las relativas al régimen de Seguridad Social, por cuanto estas deudas son anteriores a la fecha de transmisión de la unidad productiva. Dicho órgano jurisdiccional pregunta asimismo si la circunstancia de que las relaciones laborales se hubieran extinguido antes de la mencionada fecha es relevante al respecto.

- 1.3. En primer lugar, el TJUE aclara que, en el marco de un procedimiento iniciado con arreglo al art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), el TJUE no es competente para interpretar disposiciones nacionales ni para apreciar si es correcta la interpretación que las autoridades del Estado efectúen. Tampoco lo es, dentro del marco de dicho precepto, para pronunciarse sobre la compatibilidad entre las normas de derecho interno y el derecho europeo. Sí procede que el Tribunal proporcione al órgano jurisdiccional remitente todos los elementos de interpretación necesarios.

En esta línea realiza, en segundo término, un repaso sobre la interpretación de la citada Directiva 2001/23, efectuando una serie de consideraciones:

- a) que la citada Directiva establece la norma de principio según la cual el cesionario se subroga en los derechos y obligaciones que resulten para el cedente del contrato de trabajo o de la relación laboral existente entre trabajador y cedente en la fecha de la transmisión de la empresa. Tal y como se desprende del tenor literal y de la estructura del art. 3 de la Directiva, la transmisión al cesionario comprende la totalidad de los derechos y obligaciones del cedente en la medida en que no se le aplique una excepción expresamente prevista por la Directiva. Forman parte de estos derechos y obligaciones no sólo los salarios y otras retribuciones que se deban a los trabajadores de la empresa de que se trate sino también las cotizaciones al régimen legal de la Seguridad Social correspondientes al cedente puesto que tal carga resulta de los contratos o de las relaciones laborales que vinculan a este último.
- b) pero, para que no se transfieran al cesionario las cargas correspondientes al cedente en la fecha de la transmisión o de la apertura del procedimiento de insolvencia, en virtud de los contratos o de las relaciones laborales, el art. 5 de la Directiva exige que en el Estado miembro exista una protección mínima equivalente a la establecida por la Directiva 80/987, 20 oct., DOCE, 28 relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario que exige que se instaure un mecanismo de garantía del pago de los créditos adeudados a los trabajadores conforme a los contratos o relaciones laborales acordados con el empresario insolvente.
- c) aparte de la obligación impuesta a los Estados miembros de proteger los derechos adquiridos o en curso de adquisición de los trabajadores que hayan dejado ya el centro de actividad del cedente en el momento de la transmisión, el legislador de la Unión Europea no ha previsto normas en relación con las cargas del cedente derivadas de contratos o relaciones laborales que ya se hubieran extinguido en la fecha en que tiene lugar la transmisión.

Por último, en tercer lugar y ateniéndonos a todo lo expuesto, el Tribunal responde a las cuestiones planteadas indicando que la Directiva 2001/23 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 art. 5.2 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 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”. Además, y sin perjuicio de las disposiciones previstas en el art. 3.4.b) de la Directiva, esta última “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”.

2. Los efectos de esta decisión en el derecho interno

2.1. Conviene recordar que la transmisión de empresas se encuentra regulada en el art. 44 LET, precepto que obliga al nuevo empresario a subrogarse en “los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior”. Por su parte, las normas de Seguridad Social señalan, como ya se ha apuntado, que en caso de sucesión de empresa el adquirente responderá solidariamente de las deudas contraídas con la Seguridad Social (arts. 104 y 127 LGSS, respectivamente). Por lo demás, se consideran responsables del cumplimiento de la obligación de cotizar y del pago de los

demás recursos de la Seguridad Social a “las personas físicas o jurídicas o entidades sin personalidad a las que las normas reguladoras de cada régimen y recurso impongan directamente la obligación de su ingreso y, además, quienes resulten responsables solidarios, subsidiarios o sucesores *mortis causa* de aquéllos” (art. 15 LGSS).

Es cierto que el art. 57 bis LET prevé que, en caso de concurso, a los supuestos de sucesión de empresas se les aplique lo dispuesto en la Ley Concursal. Esta última, a su vez, establece dos soluciones distintas según que el concurso se resuelva por convenio (remitiendo su art. 100 LC para estos casos a los preceptos referidos a la liquidación) o mediante liquidación. En virtud del art. 148 LC, cuando se abra la fase de liquidación, la administración concursal deberá presentar un plan de liquidación al juez que contemplará, siempre que resulte factible, la enajenación unitaria de la unidad productiva si bien el juez podrá introducir en dicho plan modificaciones o acordar la liquidación conforme a las reglas supletorias del art. 149 LC. Este último sólo será aplicable cuando no se apruebe el plan de liquidación o en aquello que no hubiera sido previsto por el plan aprobado. En la fase de liquidación, y atendiendo a lo dispuesto en el art. 149.2 LC, cuando se considere que existe sucesión de empresa, “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 lo dispuesto en el art. 33 LET”. A lo que habría que añadir que, en virtud del art. 146 bis LC, el adquirente puede manifestar expresamente su intención de no subrogarse, sin perjuicio, a los efectos laborales, de la aplicación del art. 44 LET en relación a la sucesión de empresa. La transmisión, ex art. 146 bis.4 LC, no llevará aparejada obligación de pago de los créditos no satisfechos por el concursado antes de la transmisión, ya sean concursales o contra la masa, salvo que el adquirente la hubiera asumido expresamente o existiese disposición legal en contrario y sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 149.2 LC.

2.2. Ante la confusión generada por la superposición de normas concursales, laborales y de Seguridad Social, las dudas trasladadas por el Juzgado de lo Social a través de esta cuestión prejudicial adquieren el mayor sentido aunque quizá no hayan obtenido toda la satisfacción deseable en la respuesta del TJUE. A la inquietud manifestada por el órgano jurisdiccional peticionario, el Auto del TJUE entiende que el Derecho Europeo no se opone a que el Estado miembro permita esta exención "siempre que dicho procedimiento garantice una protección de los trabajadores como mínimo equivalente a la establecida por la Directiva 80/987". Una respuesta que reproduce literalmente lo previsto en el art. 5.2.a) de la Directiva 2001/23. Por lo demás, nada impide que el Estado miembro prevea que dichas cargas deban ser soportadas por el cesionario aun en caso de insolvencia del cedente. Y, en fin, la Directiva no establece obligaciones en cuanto a las cargas del cedente resultantes de contratos o relaciones laborales ya extinguidos antes de la transmisión pero tampoco se opone a que la normativa de los Estados miembros permita la transferencia de tales cargas al cesionario.

Llegados a este punto, conviene precisar que la Directiva 80/987 fue derogada y sustituida por la Directiva 2008/94, 22 oct., DOCE, 28. En todo caso, tanto en una como en otra, son tres los preceptos que resultan determinantes en relación a la cuestión que se analiza, todos ellos relativos a la Seguridad Social. El art. 6 de la Directiva 2008/94 permite que las garantías dispuestas para los salarios en los arts. 3 a 5 (disposiciones relativas a las instituciones que deberán garantizar el pago de los créditos impagados a los trabajadores por sus contratos de trabajo o de relaciones laborales, incluidas las indemnizaciones debidas) puedan prever que "no se apliquen a las cotizaciones debidas en virtud de los regímenes legales nacionales de Seguridad Social". El art. 7, por su parte, exige a los Estados miembros garantizar que "el impago de cotizaciones obligatorias adeudadas por el empresario a sus instituciones de seguros, antes de sobrevenir su insolvencia, en virtud de los regímenes legales nacionales de Seguridad Social, no tengan efectos perjudiciales en

el derecho a prestaciones del trabajador asalariado respecto a tales instituciones de seguros, en la medida en que las cotizaciones salariales se hayan descontado previamente de los salarios abonados". Y, finalmente, el art. 8 requiere proteger los intereses de los trabajadores que ya han dejado la empresa en el momento de declaración de la insolvencia en lo que se refiere a sus derechos adquiridos o en curso de adquisición.

Cuando se aprueba la Directiva 80/987, la Comisión elabora tres informes (15 jun.95, 8 ene.97 y 10 feb.00, respectivamente). En el primero de ellos se realiza una interpretación exhaustiva de estos tres preceptos indicando, a los efectos que ahora interesan, que el art. 6 parte del hecho de que las cotizaciones a la Seguridad Social se hallan cubiertas por la institución de garantía que establece la Directiva por cuanto dicho precepto se considera una auténtica excepción a la no aplicación del resto (especialmente, de los arts. 3 y 4). Incluso señala que se incorporan a esa garantía no sólo los regímenes básicos sino los complementarios, que deberán ser asegurados asimismo en caso de insolvencia. A tal fin, la Comisión considera que el art. 6 autoriza a los Estados miembros a no obligar a las instituciones de garantía previstas en los arts. 3 a 5 de la Directiva a hacerse cargo de las cotizaciones no abonadas por el empresario insolvente, con lo que les ofrece la posibilidad de elegir otro sistema que garantice los derechos de los trabajadores a las prestaciones de Seguridad Social. En este sentido, entiende que el art. 6 desea que la institución de garantía se haga cargo no sólo de los salarios sino también de las cargas sociales correspondientes, esto es, de las deudas derivadas de las cotizaciones a la Seguridad Social porque, en definitiva, son cargas que han de abonar empresario y trabajador conjuntamente. Por esta razón, la Comisión estima que "son pocos los Estados miembros que podrían excluir las cotizaciones de la Seguridad Social de la garantía contra la insolvencia, declarándolas no cubiertas".

2.3. Teniendo en cuenta el análisis anterior y partiendo del carácter poco concluyente de la decisión del TJUE analizada, cabría aventurar una conclusión. Exonerar a

cedente y cesionario, con carácter general, de las obligaciones contraídas antes de la transmisión no es posible. Y no lo es porque, como se ha podido comprobar, las normas de Seguridad Social no lo permiten. Como tampoco sería factible llegar a esta conclusión atendiendo a la nueva normativa concursal toda vez que tanto el art. 146 bis LC como los arts. 148 y 149 LC obligan a atender a lo dispuesto en el art. 44 LET en relación a la transmisión de empresas, precepto que incluye expresamente las obligaciones de Seguridad Social. Tan sólo cabría la duda sobre un único aspecto de dichas deudas y no de la totalidad de las mismas. Y es en relación a lo dispuesto en el art. 149.2 LC que admite que el juez pueda acordar que el adquirente no se subroga en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación asumida por el Fondo de Garantía Salarial (FOGASA), de conformidad con lo previsto en el art. 33 LET. Si esto es así, si el legislador permite que el cesionario no se subroga en los salarios e indemnizaciones que debe abonar el FOGASA (y, por tanto, evita que este último repita dichas deudas contra él)

tampoco deberá atender las obligaciones con la Seguridad Social de dichas deudas.

Mas esta posibilidad es bien remota. En primer lugar, porque se considera que las deudas asumidas por el FOGASA, ex art. 33 LET, son las estrictamente laborales y no las de Seguridad Social. En segundo término, porque se entiende que el FOGASA se subroga en la posición que le encomienda la ley, con un importe neto de cuotas a la Seguridad Social puesto que no se subroga en la posición del empresario sino en los créditos y acciones del trabajador sin que le sea exigible el cumplimiento de obligaciones que son propias del empresario y que deberá abonar íntegramente éste. Y, por último, porque, incluso en las cantidades que adeude el trabajador a la Seguridad Social derivadas de los salarios e indemnizaciones que perciba, no procede la subrogación del FOGASA sino que será el trabajador quien deberá abonarlas, salvo que hayan sido descontadas previamente por el empresario. En definitiva, los únicos sujetos obligados a cotizar a la Seguridad Social son empresario y trabajador, de conformidad con lo dispuesto en el art. 103 LGSS.