

La aceptación de algunos aspectos sociales por los juzgados de lo Mercantil respecto a la venta de unidades productivas en sede concursal

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. Sobre la prejudicialidad de los pronunciamientos de los juzgados de lo Mercantil ante la venta de unidades productivas en sede concursal

- 1.1. Son muchas las empresas interesadas en adquirir unidades productivas en liquidación. Condiciona dicha decisión, como es sabido, la interpretación y aplicación de las normas concursales, en particular, de los artículos 146 *bis* y 149.2 de la Ley Concursal (LC), y en especial de la subrogación en las deudas laborales y, más aún, en las deudas de la Seguridad Social.

Tras numerosas vicisitudes sobre la materia en el último año y en los últimos meses, parece que existe una conformidad en el ámbito mercantil por aplicar la jurisprudencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en determinados aspectos.

- 1.2. Algunos juzgados (sirva de ejemplo el Auto del Juzgado de lo Mercantil número 9 de Barcelona de 24 de julio del 2015, Ar. 196472) admiten (aunque discrepen) que la jurisprudencia social ha zanjado la polémica cuestión sobre si los juzgados mercantiles tienen competencia para pronunciarse respecto a la sucesión empresarial —produciendo efectos de cosa

juzgada fuera del concurso— o si ese pronunciamiento lo es sólo a efectos meramente prejudiciales.

Una cuestión discutible sobre la que algunos juzgados y audiencias se pronunciaban considerando que la decisión del juez del concurso sobre sucesión de empresas tenía efectos meramente «prejudiciales», conforme al artículo 9 de la Ley Concursal, estimando otros que el juez del concurso era competente no sólo para acordar la venta, sino también para regular sus efectos, entre ellos, la sucesión de empresas conforme a los artículos 149.2 y 149.3 de la Ley Concursal y 5 de la Directiva 2001/23, respectivamente.

Esta última tesis, avalada por los jueces mercantiles de Barcelona, estimaba que el juez del concurso sí era competente para emitir tal pronunciamiento, pues su intervención no se agotaba solamente con aprobar la venta de la unidad productiva en los términos dispuestos por el artículo 149.2 de la Ley Concursal, sino que su competencia objetiva iba más allá, debiendo pronunciarse sobre los efectos que se derivan de esa venta, ya que el citado precepto no lo limita. Por otro lado, el artículo 148 de la misma ley establece que los bienes deben venderse

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

libres de toda carga y gravamen. Además, el principio de seguridad jurídica que debe regir en las relaciones mercantiles implica que el comprador debe conocer exactamente qué es lo que compra y cuáles son sus responsabilidades a fin de reforzar su convicción, emitir libre y conscientemente su consentimiento y proponer una oferta. De este modo, al situarse ante una venta en sede concursal, aquélla debe regirse por las normas de la Ley Concursal y no por las reglas de la normativa sectorial, la cual resulta aplicable solamente a las ventas no judiciales. Por lo demás, y en la medida en que el actual artículo 149.2 de la Ley Concursal, tras la reforma operada por el Real Decreto Ley 11/04, señala que la sucesión de empresas lo es a «efectos laborales y de Seguridad Social», vendría a reconocer la competencia objetiva del juez del concurso para pronunciarse sobre tales extremos puesto que, *a contrario sensu*, no hay sucesión de empresas respecto de las deudas que la concursada pudiera tener frente a la Agencia Tributaria o al Fondo de Garantía Salarial al no haber ningún precepto de la Ley Concursal que así lo disponga (interpretación que se guía por la solución alcanzada por el Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de enero del 2015).

- 1.3. De hecho, ésta había sido la tesis avallada por el citado Juzgado de lo Mercantil número 9 de Barcelona con anterioridad en distintos autos a lo largo de este año (así, autos de 10 de marzo del 2015, Ar. 175874; de 20 de marzo del 2015, Ar. 75875, o de 9 de abril del 2015, Ar. 115074). En atención a ellos, el citado juzgado había emitido su opinión entendiendo que el actual artículo 149.2 de la Ley Concursal «viene a reconocer la competencia objetiva del juez del concurso para pronunciarse sobre tales extremos». No debe desconocerse, en este sentido, «la realidad fáctica a la que nos enfrentamos diariamente y es que, si ya es difícil vender en sede concursal una unidad productiva,

tal venta resultaría prácticamente inviable si los jueces y tribunales no dotáramos a nuestras resoluciones de seguridad jurídica. Cualquier interesado en adquirir una unidad productiva en sede concursal tiene el derecho a saber qué es lo que adquiere y qué precio va pagar. De lo contrario, esto es, si no eliminamos esa contingencia, las posibilidades reales de venta se reducirían drásticamente con la consiguiente pérdida de empresas y puestos de trabajo, en contra del espíritu que impera tanto la normativa comunitaria como la propia normativa nacional en situaciones de insolvencia» (FJ 5).

Pero esa tesis acaba de ser modificada por el Auto de 24 de julio del 2015 de este mismo juzgado al admitir que aquélla no ha prevalecido en la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. Bien al contrario, esta última, en distintos pronunciamientos (p. ej., en la STS de 29 de octubre del 2014, Ar. 6149), opta por entender que el análisis de la sucesión de empresas al amparo del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores (LET), incluida la venta de unidades productivas en sede concursal, corresponde a la jurisdicción social. En consecuencia, el Tribunal Supremo se inclina por la otra tesis expuesta, aceptando que cualquier pronunciamiento efectuado por los jueces mercantiles sobre esta materia es meramente prejudicial y no vincula a los juzgados de lo Social, salvo en lo relativo a la posibilidad de exonerar al adquirente de las deudas laborales y de la Seguridad Social cubiertas por el Fogasa conforme al artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores. En virtud de dicho pronunciamiento «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 es competencia de la jurisdicción social» (FJ 5).

2. Sobre la interpretación del alcance de la subrogación empresarial en las deudas laborales y de la Seguridad Social a los trabajadores subrogados o a la totalidad de la plantilla de la empresa adquirida

- 2.1. Se plantea asimismo si los efectos del artículo 149.2 de la Ley Concursal sobre la sucesión de empresas a efectos laborales y de la Seguridad Social deben extenderse únicamente a los trabajadores subrogados o a todos los trabajadores de la empresa adquirida. A tal efecto, se admiten tres tesis posibles.

La primera considera que el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores debe aplicarse en toda su extensión, tanto en las ventas de unidades productivas efectuadas en sede concursal como fuera de ella. De esta forma, la única diferencia apreciable entre vender una unidad productiva dentro o fuera del concurso es la facultad que el artículo 149.2 de la Ley Concursal le otorga al juez de exonerar al adquirente de la deuda laboral en la parte que queda cubierta por el Fogasa con arreglo al artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores y nada más. Esto significa que, sobre toda deuda laboral o de la Seguridad Social que exceda de este límite, resultará de aplicación lo dispuesto en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores en toda su extensión. La segunda entiende que sólo existe sucesión de empresas a efectos laborales y de la Seguridad Social respecto de los trabajadores subrogados y no en relación con la totalidad de la plantilla, puesto que la empresa adquirente se subroga en los trabajadores que contrata, pero no en aquellos cuyo contrato se haya extinguido con anterioridad a la transmisión. Por último, la tercera estima que la sucesión de empresas es predicable sólo respecto de los contratos de trabajo que estuvieran vigentes al tiempo de realizarse la oferta, se subrogue el adquirente en ellos o no.

- 2.2. Inicialmente, el Juzgado de lo Mercantil número 9 de Barcelona, en el Auto de 9 de abril del 2015, no dudó en interpretar

que la sucesión de empresas a efectos laborales y de la Seguridad Social sólo resultaba predicable de los «contratos de trabajo en vigor en los que se subroga el adquirente, no así respecto de las deudas laborales y de la Seguridad Social que la concursada pudiera tener frente al resto de los trabajadores no subrogados». La razón esgrimida es que tanto el artículo 5 de la Directiva 2001/23/CE como la interpretación que de él hace el Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de enero del 2015 parten de un principio general y básico, y es que, cuando se vende una unidad productiva en un proceso de insolvencia, el comprador adquiere dicha unidad libre de cargas y gravámenes.

Solamente, si hay una norma nacional expresa, se puede imponer al comprador la asunción de determinadas deudas respecto de los trabajadores, pudiendo la norma nacional decir si sólo es respecto de los que te quedas o también de los restantes, y lo mismo de la deuda generada frente a la Tesorería General de la Seguridad Social. «Para ello, insisto, es necesario que exista una norma nacional que de manera expresa y clara diga qué deuda laboral y de la Seguridad Social asume el adquirente. En caso contrario, no opera el principio de sucesión de empresas. Pues bien, considera este juzgado que en el ordenamiento jurídico español, el artículo 146 *bis* LC, modificado por el Real Decreto Ley 11/2014, parte de un principio y es que el adquirente no asume deudas concursales y contra la masa salvo aquellas a cuyo pago se hubiera voluntariamente comprometido salvo lo dispuesto en el artículo 149.2 LC. Este último precepto, lo único que dice es que, cuando se vende una unidad productiva, hay sucesión de empresas a efectos laborales y de la Seguridad Social, pero no distingue si se refiere a la deuda generada con los trabajadores que te quedas o también de los restantes. Como no distingue, tenemos que partir nuevamente de la directiva comunitaria que habla de “contrato de trabajos en vigor” al tiempo de

la venta, por lo que lógicamente sólo se está refiriendo a los contratos de trabajo en los que se subroga el adquirente, no de los restantes. Lo que no cabe es hacer una interpretación amplia del artículo 149.2 LC y decir que como no distingue, se refiere a todo, pues repito, el TJUE lo que exige es que haya norma expresa, cosa que en este caso no la hay» (FJ 5). Para extender la responsabilidad más allá de los contratos en los que la empresa adquirente se subroga se requeriría una norma expresa, esto es, una norma «que obligara al comprador a asumir todo el pasivo laboral y de la Seguridad Social tanto de los trabajadores subrogados como no subrogados, lo que no es el caso, por lo que debe aplicarse una interpretación restrictiva del precepto, acorde con los principios comunitarios» (FJ 5).

- 2.3. Sin embargo, y como en el supuesto anterior, también aquí el Auto del Juzgado de lo Mercantil número 9 de Barcelona de 24 de julio del 2015 admite que, pese a haber resuelto en numerosas ocasiones que el criterio debería ser aplicar los efectos de la sucesión sólo a los trabajadores subrogados, no es ésta la tesis que ha triunfado en la jurisdicción laboral.

En consecuencia, al quedar vinculado por la jurisprudencia de la Sala de lo Social al respecto, cabe declarar que, a la sucesión de empresas a efectos laborales y de la Seguridad Social en sede concursal le es de aplicación el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores en toda su extensión, con el límite de la parte cubierta por el Fogasa conforme al artículo 33 de dicha norma legal. «Podemos escribir ríos de tinta sobre este particular para tratar de justificar una interpretación más estricta del precepto y potenciar la venta de las unidades productivas, ya de por sí maltrecha, pero al final, como decía al inicio de mi exposición, el adquirente tiene que saber qué compra y cuáles son los riesgos y es que la sucesión de empresas no sólo

debe predicarse respecto de los trabajadores subrogados. Decir otra cosa, al final, no favorece la seguridad jurídica pues esos trabajadores despedidos irán a la jurisdicción social para defender sus derechos, y obtendrán una sentencia favorable, con el consiguiente perjuicio para el adquirente [...] Es indudable que el artículo 149.2 LC limitará el número de ventas de unidades productivas en el concurso e inevitables pérdidas de puestos de trabajo, si bien se trata de la opción por la que se ha decantado el legislador y que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Auto de 28 de enero del 2015 ha avalado al entenderlo conforme con el derecho comunitario» (considerando tercero).

En conclusión, no cabe sino optar por adjudicar la unidad productiva propiedad de la empresa adquirida a favor de la mercantil adquirente en los términos y condiciones que constan en su oferta, salvo en lo relativo a la sucesión de empresas a efectos laborales y de la Seguridad Social, rigiendo a este respecto lo dispuesto en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, con el límite de la deuda que queda cubierta por el Fogasa conforme al artículo 33 de la misma norma, del cual se exonera a la adquirente.

3. Unidad de criterio judicial

- 3.1. Situaciones como las expuestas, u otras ya destacadas en esta sección de Gestión del Conocimiento, no dejan de generar inquietud e inseguridad en la adopción de decisiones empresariales y laborales en la venta de unidades productivas en sede concursal. Admitir que la sentencia dictada por el juez del concurso no prejuzga las consideraciones que, con anterioridad o con posterioridad, pueda efectuar la jurisdicción social ante la demanda de tutela de derechos laborales no hace más que cuestionar todas aquellas decisiones de contenido laboral adoptadas en sede concursal.

Y genera inseguridad tanto para la empresa como para los trabajadores. Estos últimos estarán pendientes de una decisión sobre si existe sucesión empresarial o no, pues, de existir, continuará su relación laboral y mantendrán sus derechos laborales y de la Seguridad Social, pero, de no confirmarse, la satisfacción de sus pretensiones se revelará más incierta al depender de la resolución de los distintos tribunales a los que hayan de acudir. Por su parte, la empresa adquirente tampoco tiene certeza, salvo que admita la sucesión empresarial y se subrogue en la totalidad de las deudas laborales y de la Seguridad Social (presentes y pasadas) de la empresa transmitida. De lo contrario, si pretende la liberación de las deudas laborales y de la Seguridad Social o está dispuesta a soportar tan sólo una parte de ellas, deberá aceptar que su decisión

sea impugnada por los interesados, con solución judicial incierta.

- 3.2. En atención a lo expuesto, una expresión legal sobre aspectos tales como la competencia judicial objetiva, el alcance de la responsabilidad o la determinación de la deuda transmitida no sólo resulta deseable, sino imprescindible, para la recuperación económica del tejido empresarial. La compra de una unidad productiva constituye también una forma de emprendimiento, apuesta potenciada e incentivada por los sucesivos gobiernos. Y, si bien es necesario preservar derechos adquiridos (y la protección de las garantías laborales y de la Seguridad Social a ello responden), también lo es fomentar la viabilidad de la empresa y el mantenimiento del empleo, resultando obligado encontrar una fórmula de consenso.