

## Precisiones sobre los efectos laborales de la oferta «vinculante» en la venta de unidad productiva 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 el alcance de la subrogación en las deudas laborales y de la Seguridad Social: totalidad de la deuda o contratos subrogados

1.1. Admitida por los distintos pronunciamientos, mercantiles o laborales, la necesidad de establecer la subrogación sobre las deudas laborales y de la Seguridad Social, *ex articulis* 146 *bis*, 148 y 149 de la Ley Concursal (LC), quedaban por resolver algunas dudas. Una de ellas es si la transmisión se hace por el íntegro de la deuda o sólo en relación con los contratos mantenidos por la empresa adquirente, esto es, si se puede limitar dicha subrogación a las cuotas de la Seguridad Social referidas a los contratos de trabajo que se transmiten o si, por el contrario, deberían asumirse la totalidad de las deudas de todos los contratos existentes en el momento de la transmisión de la unidad productiva, independientemente de cuántos de ellos tuvieran continuidad en la empresa adquirente.

Los jueces de lo Mercantil habían considerado que, tras la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre del 2014 (Ar. 6149), por la que se atribuye la competencia para la determinación de la subrogación de las cuotas de la Seguridad Social a la jurisdicción social, no debían pronunciarse sobre esta cuestión, por lo

que se optaba por que el juez del concurso eludiera pronunciarse sobre este punto en el auto de autorización de venta de la unidad productiva.

1.2. Recuérdese que, en atención a este aspecto, los jueces de lo Mercantil habían planteado inicialmente tres posibles soluciones. La primera, considerar que el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores (LET) debe aplicarse en toda su extensión, tanto en la venta de una unidad productiva efectuada 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 149.4 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, entender 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

---

*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.

aquellos que extinguieron su contrato con anterioridad a la transmisión. Y, la tercera, estimar 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 o no en ellos el adquirente.

Pues bien, en un primer momento, los juzgados mercantiles establecieron que la aplicación había de limitarse exclusivamente a los contratos de trabajo en vigor sobre 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 era que, tanto el artículo 5 de la Directiva 2001/23/CE, de 12 de marzo (*DOCE* de 22 de marzo), sobre mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisión de empresas, centros de actividad o partes de empresa o de centros de actividad, como la interpretación que de aquél hizo el Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de enero del 2015, asunto C-688/2013, caso Gimnasio Deportivo San Andrés, 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. Únicamente si hubiera una norma nacional que expresamente estableciera lo contrario, cabría una interpretación distinta. Y, en este sentido, el artículo 146 *bis* de la Ley Concursal se basa en la máxima de que el adquirente no asume deudas concursales y contra la masa a excepción de aquellas a cuyo pago se hubiera comprometido voluntariamente, salvo lo dispuesto en el artículo 149.4 de la Ley Concursal. Este último precepto señala que, cuando se vende una unidad productiva, existe 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 se transmiten a la nueva empresa o con todos los anteriores. Pues bien, como no distingue, procede

considerar la directiva comunitaria que alude tan sólo a los «contratos de trabajo en vigor» al tiempo de la venta, por lo que, en principio, se está refiriendo exclusivamente a los contratos de trabajo en los que se subroga el adquirente, no a los restantes. No existe una norma que imponga lo contrario, por lo que no cabe una interpretación amplia que admita la sucesión en todos los contratos y no únicamente en los que son objeto de subrogación. Para que así fuera, se requeriría una norma que expresamente obligara al comprador a asumir todo el pasivo laboral y de la Seguridad Social tanto de los trabajadores subrogados como no subrogados, y esa norma no existe.

- 1.3. Sin embargo, ahora, se acepta la jurisprudencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en materia de sucesión de empresas a efectos laborales y de la Seguridad Social en sede concursal y, por ende, la aplicación del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores en toda su extensión, con el único límite aplicable a la parte cubierta por el Fogasa conforme al artículo 33 de la citada norma. En ese sentido, el adquirente que, efectivamente, debe conocer qué compra y cuáles son los riesgos que acepta con la transmisión, ha de considerar que la sucesión de empresas puede no sólo predicarse de las deudas asumidas en relación con los trabajadores subrogados, sino a la totalidad de los existentes en el momento de la subrogación, con independencia de cuántos se mantengan en la empresa adquirente.

## 2. La naturaleza «vinculante» de la oferta de liquidación sobre las deudas laborales y de la Seguridad Social

- 2.1. La extensión a la totalidad de las deudas —y no sólo a la derivada de los contratos subrogados por la empresa— parece ser la línea seguida por una reciente decisión dictada por el Juzgado Mercantil número 10 de Barcelona (Auto de 25 de enero del 2016, Ar. 27848). Pero conviene matizar su alcance.

Al margen del supuesto fáctico (inclusión de un representante sindical en el despido colectivo tramitado por la empresa transmitente antes de la compra por parte de la adquirente y la demanda de nulidad interpuesta por el trabajador), el auto del juzgado valora la naturaleza vinculante de la oferta llevada a cabo en fase de liquidación. Se considera así que el hecho de que la venta de la unidad productiva se haya resuelto mediante auto no significa que el listado de los trabajadores seleccionados por la empresa adjudicataria para subrogarse en sus contratos de trabajo «goce del beneplácito judicial o de un escudo protector frente a posibles acciones individuales por vulneración de algún derecho fundamental». En su opinión, el adquirente «no goza de total libertad y absoluta impunidad para elegir al personal que desee quedarse sino que tiene unos límites y es que la selección de personal debe responder a criterios objetivos y razonables y que a la hora de incluir o excluir a algún trabajador, no se realice conculcando sus derechos fundamentales» (FJ 4).

Pues bien, aun cuando el despido colectivo en sede mercantil se considere diferente del que no se adopta en el ámbito concursal —principalmente por la intervención de la administración concursal que actúa en nombre del juez y en beneficio de todos los acreedores, incluidos los trabajadores—, lo cierto es que estos despidos decididos en sede mercantil no se encuentran al margen de la aplicación de las normas y principios laborales. No en vano, la propia Ley Concursal señala que el juez de lo Mercantil deberá tener en cuenta la legislación laboral cuando actúe en temas laborales dentro del concurso.

- 2.2. Por regla general, las empresas adquirentes consideran que los trabajadores que han de permanecer en la empresa transmitida son únicamente los incluidos en la oferta vinculante de adquisición que haya aprobado el juez. Pero eso exige precisar el sentido de la llamada

«oferta vinculante de adquisición» de una unidad productiva autónoma. Y, así, conforme al artículo 146 *bis* de la Ley Concursal, «en caso de transmisión de unidades productivas, se cederán al adquirente los derechos y obligaciones derivados de contratos afectos a la continuidad de la actividad profesional o empresarial cuya resolución no hubiera sido solicitada. El adquirente se subrogará en la posición contractual de la concursada sin necesidad de consentimiento de la otra parte». Entiende el juzgado que «ello por una parte implica la existencia de subrogación en los contratos afectos a la continuidad de la actividad empresarial —entre los que podrían considerarse incluidos los de trabajo—, pero, por otro lado, se posibilita su “resolución”. Pero esta declaración general no afecta a los aspectos laborales de la transmisión pues los contratos de trabajo afectos a la continuidad de la unidad transmitida se regulan por las normas laborales específicas de la subrogación y esa no es otra que el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores» (FJ 4).

El plan de liquidación recoge una modalidad especial que prevé la posibilidad de que el administrador presente una oferta con «propuesta escrita vinculante de compra de la unidad productiva en funcionamiento» (art. 190.3 LC). En este caso, previo traslado a los interesados, «en el auto por el que se apruebe el plan de liquidación el juez podrá acordar la resolución de los contratos pendientes de cumplimiento por ambas partes, con excepción de aquellos que se vinculen a una oferta efectiva de compra de la unidad productiva o de parte de ella». Esto significa que la presentación de la oferta no puede significar por sí misma la resolución de los contratos de trabajo existentes, por cuanto se hallan vinculados a la unidad productiva por la que se efectúa la oferta. De hecho, el artículo 190.4 de la Ley Concursal confirma que, si se produjera la transmisión de la unidad productiva, sería necesario aplicar lo previsto en los artículos 146 *bis* y 149 de dicha ley, respectivamente. Y, comoquiera

que el mencionado artículo 146 *bis* dispone que, a los efectos laborales, se aplicará lo dispuesto en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, no cabe sino atender a esta última precisión. Por lo demás, el artículo 149 de la Ley Concursal declara expresamente que, cuando una entidad económica mantenga su identidad —entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesoria—, deberá considerarse, a efectos laborales, una sucesión empresarial. Únicamente, para cuando no exista plan de liquidación, el artículo 149 de la Ley Concursal estipula una serie de medidas supletorias. Por tanto, y con la salvedad que dicho artículo 149 hace con respecto a la posibilidad de eximir al adquirente del pago de la cuantía de salarios e indemnizaciones asumidos por el Fogasa, procede aplicar las reglas propias de la sucesión de empresas (art. 44 LET) también en sede concursal.

Y, así, la conclusión que ha de seguirse es que la denominada «oferta vinculante en materia laboral no puede implicar que el número de trabajadores que hayan de permanecer en la unidad adquirida sean los que la empresa adquirente decida al efectuar la oferta» (FJ 4). Y es en este sentido en el que el auto objeto de consideración entiende que la oferta vinculante —que ordinariamente implica despidos— no depende de la voluntad del empresario. Tanto el despido como la oferta de compra de una unidad productiva sometida a concurso conllevan la disminución del número de trabajadores; sus consecuencias dependen de la ley que establece sus efectos y de la aplicación judicial que de ella se haga. El empresario pone en marcha en ambos casos el procedimiento, pero sus efectos son los legales y no los que pretenda cada interesado. «No hay pues, a pesar de su denominación aparente, una vinculación del juez a la oferta del adquirente, en el sentido de quedar limitado en su decisión por el número de trabajadores que la oferta de adquisición establece» (FJ 4).

2.3. En este sentido, las consecuencias sobre los despidos que la oferta de compra pueda implicar se han de someter a las reglas del artículo 64 de la Ley Concursal. Las causas que justifican el despido son las que el mismo artículo establece, y desde estas causas ha de ponderarse conforme al principio de proporcionalidad el número de los trabajadores que han de perder su trabajo, en función de las circunstancias concurrentes. Es esta decisión la que ha de adoptarse en el procedimiento que regula el citado precepto y no depende por tanto de aceptación alguna vinculante de la oferta del adquirente. «En suma, los trabajadores que eventualmente han de perder su trabajo son solamente los imprescindibles conforme a los criterios legales referidos, y no, en modo alguno, los que un eventual comprador pretenda al efectuar su oferta. Por esta razón, la decisión a adoptar en el incidente concursal —sea pactada entre empresa y trabajadores o adoptada por el juez en caso de desacuerdo— no ha de coincidir necesariamente con la oferta realizada, obviamente sin desconocer los importantes efectos que puedan tener sobre los negociadores, sino con los criterios legales que fundan la posibilidad de los despidos. No hay dificultad alguna en que la oferta definitiva se haga después del incidente, y no necesariamente antes, ajustándola así a las condiciones que resulten. Por esto, no puede sostenerse que la oferta sea el límite de la responsabilidad de la adquirente, al hacerse efectiva la subrogación. La subrogación en los derechos y obligaciones de los contratos, que deriva de la sucesión empresarial, se efectúa —por todo lo dicho— en todos los trabajadores cuyos contratos no hayan sido extinguidos a través del procedimiento legal. No puede sostenerse que se efectúe sólo en los contratos que el adquirente haya decidido en su oferta, que en cuanto tal no tiene carácter vinculante laboral alguno» (FJ 4).

2.4. Independientemente de la solución del caso concreto (la jueza estima indicios suficientes para entender que la exclusión

del trabajador de la lista de trabajadores subrogados por la nueva adquirente tenía un móvil discriminatorio por vulneración del derecho a la libertad sindical y lo considera nulo, obligando a aquélla a readmitir —incluir— al trabajador en su estructura), el auto tiene interés por varias razones. En primer lugar, porque la jueza denuncia la conducta omisiva y negligente tanto por parte de la concursada como por la administración concursal, al no haber informado a la empresa adquirente de la unidad productiva de aquellos trabajadores que pudieran formar parte de colectivos especialmente vulnerables y, como tales, dignos de protección, pero también reprocha «la propia actitud de la adquirente de no haber pedido información sobre tales extremos[, lo que] no le exime de responsabilidad» (FJ 5). En segundo término, interesa por la interpretación del adjetivo «vinculante» en cuanto a la oferta de liquidación, por entender que vincula en

tanto se trate de un acto amparado por la ley pues, de lo contrario, las consecuencias desfavorables recaerán sobre la empresa adquirente, tal y como sucede en el ejemplo dirimido. Y, en tercero, que, a diferencia de lo que *a priori* podría considerarse, no se trata de un pronunciamiento que obligue a asumir la integridad de la deuda laboral y de la Seguridad Social pendiente de pago por la empresa transmitente en el momento de la venta de la unidad productiva y no sólo de la derivada de los contratos objeto de transmisión, sino que, bien al contrario, admite que existe una limitación en las deudas (y sólo deberán abonarse las de los trabajadores que continúen en la empresa adquirente), si bien con el matiz de que los efectos de una posible vicisitud sobre la extinción contractual provocada con anterioridad a la transmisión (como la nulidad en el supuesto analizado) habrán de ser soportados por dicha empresa adquirente.