

Puntos consolidados desde la perspectiva laboral y de la Seguridad Social en la transmisión de una unidad productiva 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

Ante las dificultades competenciales y materiales en asuntos derivados del concurso de acreedores, siempre resultan sumamente interesantes las conclusiones alcanzadas por jueces o magistrados especialistas en materia mercantil en sus diferentes reuniones periódicas. Así ocurre con las recientes jornadas llevadas a cabo en Pamplona a comienzos del pasado mes de noviembre. En particular, y por lo que a este comentario se refiere, en relación con los aspectos laborales y, en especial, de la Seguridad Social en la transmisión de la unidad productiva.

Como es sabido, las remisiones de los artículos 146 *bis* y 149.4 de la Ley Concursal (LC) al artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores (LET) para aplicar el régimen de la sucesión de empresa y de éste, a su vez, a la regulación en materia de responsabilidad solidaria respecto de las deudas de la Seguridad Social (antiguos arts. 104.1 y 127.2, respectivamente, de la Ley General de la Seguridad Social —LGSS—, ahora arts. 142.1 y 168.2 del nuevo texto refundido —Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, BOE de 31 de octubre—) había generado numerosas controversias no sólo competenciales sino sustantivas y procesales entre los jueces de lo mercantil y los jueces de lo social. Ahora, las conclusiones acordadas por aquéllos en su última reunión permiten entender consolidados una serie de criterios —antes polémicos—, tal y como se expone a continuación, advirtiendo que, pese al esfuerzo de consenso, algunos aspectos siguen sin estar resueltos.

Resumen ejecutivo

- 1.º) Los jueces de lo mercantil asumen que, en el marco de un concurso y en relación con la liquidación de la empresa, la cuestión sobre la sucesión empresarial es competencia del orden social.
- 2.º) La delimitación del perímetro de la unidad productiva a efectos de su transmisión en sede de concurso se atribuye a la jurisdicción social que resolverá en virtud del concepto de sucesión empresarial laboral.
- 3.º) En tal sentido, la sucesión se producirá cuando 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 accesorias.
- 4.º) Se confirma la necesidad de establecer la subrogación sobre el pago de las deudas a la Seguridad Social, *ex articulis* 146 *bis* y 149 de la Ley Concursal, respectivamente.
- 5.º) Dicha interpretación se extiende a la fase de convenio, toda vez que la remisión del artículo 100.2 de la Ley Concursal al artículo 146 *bis* de dicha norma impone la misma.
- 6.º) De igual modo, obliga a rechazar la antigua tesis que priorizaba la aplicación del

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.

artículo 148 de la Ley Concursal (plan de liquidación) sobre el artículo 149 de la misma norma (reglas de liquidación) ante ofertas de adquisición con exoneración íntegra de deudas, pues se estima que el régimen jurídico es único (fase de liquidación) y la remisión, idéntica (normas laborales y de la Seguridad Social) en cuanto a la sucesión de empresas.

- 7.º) Se admite la duda sobre la extensión de la subrogación únicamente a los contratos de trabajo que se transmiten. Abogan los jueces de lo mercantil por no pronunciarse sobre la cuestión en el auto de autorización de venta de la unidad productiva y dejar que la jurisdicción social decida.
- 8.º) A la espera de modificaciones legislativas o decisiones jurisprudenciales del orden social específicas y consolidadas en materia de concurso, la aplicación del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores y de los artículos 142.1 y 168.2 de la Ley General de la Seguridad Social, respectivamente, se establece en toda su extensión con imposición, *a priori*, de la subrogación en la totalidad de las deudas anteriores.
- 9.º) Por el momento, no se admite la certificación negativa de descubiertos (garantía de inexistencia de deudas) prevista en relación con las contrata y subcontratas, considerando que, para la sucesión de empresas, se requiere una intervención reglamentaria sobre la expedición de certificados que impliquen la «garantía de no responsabilidad para los adquirentes». Dependiendo de la redacción de aquéllos se asume únicamente que «no existe ninguna reclamación por deuda ya vencida».
- 10.º) Con todo, siguen sin resolverse una serie de elementos de interés, entre ellos, los siguientes:
- a) La interpretación del artículo 44.1 del Estatuto de los Trabajadores («el cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los

derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior»), que impone considerar que puede haber relaciones laborales extinguidas con anterioridad o con motivo de la transmisión (es lo que se deriva del art. 44.9 LET) que no desplieguen efectos tras ella.

- b) El artículo 142.1 de la Ley General de la Seguridad Social, que, al referirse a la obligación de cotizar, extiende la responsabilidad solidaria por sucesión de empresas del artículo 168 de dicha ley (responsabilidad solidaria por las «prestaciones causadas») a la «totalidad de las deudas generadas con anterioridad al hecho de la sucesión», pero no precisa si sobre todos los contratos existentes con anterioridad o únicamente en relación con los subrogados por la empresa. Con carácter general, se impondrá la primera hipótesis para evitar que las empresas (transmitente y adquirente) provoquen un resultado deficitario y fraudulento para la Seguridad Social incumpliendo la primera y no asumiendo las deudas la segunda. Pero también es cierto que las normas de la Seguridad Social referidas aluden a las obligaciones entre la empresa y «sus» trabajadores (art. 142.1 LGSS), no respecto de aquellos que no lo son.
- c) Se mantiene la diferencia de tratamiento injustificada entre la certificación negativa de descubierta (aval sobre la carencia de deudas) en materia de contrata y subcontrata y la remisión a una futura regulación reglamentaria sobre la expedición de certificados en el caso de la transmisión de empresas (art. 168.2 LGSS).
- d) Finalmente, la redacción del artículo 149.2b de la Ley Concursal por el que se admite —como excepción— que no proceda la subrogación del adquirente «a pesar de que subsista la garantía» (en referencia a bienes y derechos que se transmiten con subsistencia de garantía) cuando se trate de créditos tributarios «y de Seguridad Social» no

ayuda a resolver las incertidumbres sobre una materia que requiere una mejor técnica jurídica y una mayor intervención política.

1. Sobre el concepto de transmisión de la unidad productiva: el que señale la jurisdicción social

- 1.1. Considerado el concepto de transmisión de la unidad productiva como premisa de partida para la aplicación del régimen jurídico previsto, ante la descripción de cuándo se entiende transmitida una unidad productiva se proponen cuatro conceptos distintos. En primer lugar, un concepto clásico o estricto («conjunto de medios materiales y humanos que se utilizan para el desarrollo de la actividad que lleva a cabo el concursado») según el cual se exige la conjunción de dos elementos necesarios para hablar de unidad productiva: por un lado, los medios materiales (derechos, obligaciones, herramientas, etc.) y, por otro, los medios humanos (personal); sólo la conjunción de estos elementos determinará el desarrollo de la actividad económica o empresarial regulada por la Ley Concursal. En segundo lugar, un concepto flexible en virtud del cual se considera que la existencia de contratos laborales (medios humanos) no es un requisito indispensable para hablar de unidad productiva. En tercer lugar, un concepto relativo que aboga por una interpretación casuística de unidad productiva, elaborada a la par por el administrador concursal y el juez del concurso, de tal forma que se pueda delimitar el perímetro de la unidad productiva en la solicitud del concurso o en el informe del administrador concursal o en la solicitud de la transmisión. En anteriores reuniones se había alcanzado la conclusión de que corresponde al juez del concurso fijar el perímetro de la unidad productiva que es objeto de venta, que incluye tanto el activo (bienes afectos a la unidad productiva), como el pasivo laboral y de la Seguridad Social sobre el que recaiga el efecto legal de la sucesión de empresa. Y, finalmente, un concepto de unidad productiva

como centro de trabajo. Con base en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de mayo del 2015 (C-392/13; as. Rabal Cañas), se equipara unidad productiva a centro de trabajo, entendido como la entidad a la que los trabajadores afectados por el despido se hallan adscritos para desempeñar su cometido. Se considera, pues, que en virtud de los artículos 149.4 de la Ley Concursal y 44.2 del Estatuto de los Trabajadores, respectivamente, la cuestión queda reducida a si es preciso o no que la unidad productiva tenga medios humanos (contratos de trabajos o trabajadores) para su apreciación.

De las opciones expuestas, convence mayoritariamente a los jueces de lo mercantil la innecesariedad de puestos de trabajo o medios humanos para apreciar la existencia tanto de la unidad productiva como de su transmisión. Con todo —y como conclusión que se repetirá en el análisis de otros aspectos tratados— se estima que esta inquietud ha dejado de ser relevante para fijar o delimitar el perímetro de la unidad productiva a raíz del pronunciamiento de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en su Sentencia de 29 de octubre del 2014 (Ar. 6149), por la que se atribuye a la jurisdicción social la competencia para decidir sobre la subrogación o no del adquirente de la unidad productiva en las cuotas de la Seguridad Social. Prima, pues, el concepto de sucesión empresarial laboral. Ésta existe, por tanto, cuando 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, *ex artículo* 44.2 del Estatuto de los Trabajadores.

- 1.2. Conviene recordar, a estos efectos, que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha venido declarando que el criterio determinante para decidir si la entidad traspasada mantiene o no su identidad es principalmente que la explotación se mantenga o se reanude. Procede, así, tener en cuenta todas las circunstancias de hecho características de la operación

examinada, entre las cuales figuran, en particular, el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate, el que se hayan transmitido o no elementos materiales como edificios o bienes muebles, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades.

Elementos que, por lo demás, no pueden ser apreciados aisladamente (SSTJUE de 6 de marzo del 2014, C-458/12, as. Amatori y otros; de 15 de diciembre del 20015, C-232/04, as. Güney-Göres y Demir; o de 20 de noviembre del 2003, C-340/01, as. Ablar y otros). Y, así, la Sentencia de 9 de septiembre del 2015 (C-160/2014, as. Ferreira da Silva) ha interpretado que, en aplicación del artículo 1.1 de la Directiva 2001/23, el hecho de que la entidad de la que se han asumido los materiales y una parte del personal se haya integrado, sin conservar su estructura organizativa autónoma, en la estructura de una nueva empresa manteniendo un vínculo entre, por una parte, los materiales y el personal transferidos a esa última sociedad y, por otra, la continuación de las actividades ejercidas anteriormente por la sociedad disuelta, no impide la aplicación de las reglas de la transmisión. Como señala la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de febrero del 2009 (C-466/07, as. Klarenberg), no es el mantenimiento de la organización específica impuesta por el empresario a los diversos factores de producción transmitidos lo que la predetermina, sino que es el vínculo funcional de interdependencia y complementariedad de estos factores lo que constituye el elemento pertinente para concretar el mantenimiento de la identidad de la entidad transmitida.

2. Delimitación competencial: la prevalencia del orden social

- 2.1. Aunque se discrepara en un principio, los juzgados de lo mercantil venían estimando la competencia del juez del concurso no sólo para acordar la transmisión de la unidad productiva en sede concursal, sino también para regular sus efectos, *ex articulis* 146 *bis* y 149.4 de la Ley Concursal. Puesto que el mencionado artículo 149.4 no limita la competencia objetiva del juez del concurso, éste deberá pronunciarse sobre los efectos derivados de la venta. Por varias razones. Por una parte, porque el artículo 148 de la misma ley establece que los bienes deben venderse libres de toda carga y gravamen. Además, el principio de seguridad jurídica que debe regir en las relaciones mercantiles implica que el comprador deba conocer exactamente qué es lo que compra y cuáles son sus responsabilidades a fin de formar su convicción y emitir libre y conscientemente su consentimiento y proponer una oferta. De este modo, al situarse ante una venta en sede concursal, aquélla deberá 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 149.4 de la Ley Concursal 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.
- 2.2. Sin embargo, ha terminado prevaleciendo otra tesis —quizá no compartida, pero sí asumida—. Se trata de la doctrina derivada de la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre

del 2014 (Ar. 6149) por entender que el análisis de la sucesión de empresas al amparo del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, incluida la venta de la unidad productiva en sede concursal, corresponde a la jurisdicción social. Y, así, cualquier pronunciamiento efectuado por los jueces mercantiles sobre esta materia será meramente prejudicial y no vinculante para 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, la cuestión sobre si se ha producido o no una sucesión empresarial es competencia de la jurisdicción social.

3. La obligada subrogación en las deudas de la Seguridad Social y su alcance

- 3.1. En relación con la sucesión de empresas y con el pago de las cotizaciones a la Seguridad Social dispuesto en los artículos 146 *bis*, 148 y 149 de la Ley Concursal, respectivamente, se confirma la necesidad de establecer la subrogación sobre ellas. No es posible negarla toda vez que la dicción literal del artículo 146 *bis* y de la Directiva 2001/23 lo impiden. De hecho, se trata de una interpretación que se extiende a la nueva redacción del artículo 100.2 de la Ley Concursal, recordándose que la redacción anterior del citado artículo incluía en su último apartado la necesaria asunción por el adquirente de la continuidad de la actividad de la unidad productiva transmitida, así como el pago de los créditos de los acreedores en los términos expresados en el convenio. Sin embargo, en la actual redacción ha desaparecido toda referencia al pago de los créditos de los acreedores, por lo que se plantea si ahora, tras la reforma, cabe la exención del pago de los créditos legales ya sean estos salariales o de la Seguridad Social. Pues bien, a este respecto, entienden los jueces de lo mercantil de forma mayoritaria que la referencia del artículo 100.2 de

la Ley Concursal a su posterior artículo 146 *bis*, que a su vez se remite a la subrogación obligatoria en los créditos laborales y de la Seguridad Social del artículo 149 de la misma ley, conlleva obligatoriamente la exigencia de pago del crédito legal tanto laboral como de la Seguridad Social.

En definitiva y en la actualidad, lo único que cabe dudar es si se entiende posible limitar la subrogación de las cuotas de la Seguridad Social únicamente a las referidas a los contratos de trabajo que se transmiten o a la totalidad de los contratos existentes en el momento de la transmisión por la unidad productiva transmitida. Como en anteriores puntos, la práctica totalidad de los jueces de lo mercantil consideran que 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, impide adoptar una solución en sede mercantil sobre este particular. Por esta razón, se aboga porque el juez del concurso no se pronuncie sobre la cuestión en el auto de autorización de venta de la unidad productiva.

- 3.2. Conviene recordar que, sobre esta materia, los jueces de lo mercantil se plantearon tres posibles soluciones. La primera, considerar que el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores 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 149.2 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 solución, 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 aquellos cuyo contrato se había extinguido con anterioridad a la transmisión. Por último, la tercera —no muy alejada de la segunda—, 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 subroga o no el adquirente en ellos.

En un principio entendieron que la aplicación se limitaba 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 es que tanto el artículo 5 de la Directiva 2001/23 como la interpretación que de él hizo el Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de enero del 2015 (C-688/13, as. 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 parte de un principio, y es 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 149.2 de la misma ley. 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.

Conviene realizar un apunte en este sentido. Se trata de los certificados de exoneración de deuda extendidos por la Administración de la Seguridad Social a los que se recurre, que, si bien se admiten sin reserva alguna para los supuestos de contrata y subcontrata (arts. 42 LET y 168 LGSS, respectivamente), generan rechazo en los supuestos de sucesión empresarial. La Sentencia del Tribunal Supremo —Sala de lo Contencioso-Administrativo— de 21 de julio del 2015 (Ar. 3511) inadmite, de hecho, la aportación de certificados solicitados por la empresa adquirente y emitidos por la Administración de la Seguridad Social. En dichos certificados se hacían constar, como suele ser frecuente, dos cuestiones. La primera, que la empresa adquirida «no tiene pendiente de ingreso ninguna reclamación por deudas ya vencidas con la Seguridad Social»; la segunda, que dicha certificación no origina «derechos ni expectativas de derechos a favor del solicitante o de terceros, ni podrá ser invocada a efectos de interrupción o paralización de plazos de caducidad o prescripción, no servirá de medio de notificación de los expedientes a que se pudiera hacer referencia, no afectando a lo que pudiere resultar de actuaciones posteriores de comprobación o investigación al respecto». De esta forma, se considerará que los certificados aportados, aun siendo válidos, carecen de eficacia para exonerar de responsabilidad solidaria a la adquirente. Pues bien, la citada Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio del 2015 decide rechazar los certificados como aval para la pretendida exoneración de deudas por entender

que, como expresamente los certificados reconocen, «no existe ninguna reclamación por deuda ya vencida», lo que no significa que dicha deuda no exista.

- 3.3. Ahora, al asumirse la jurisprudencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en materia sucesión de empresas a efectos laborales y de la Seguridad Social en sede concursal, se admite asimismo la aplicación del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores en toda su extensión, con el único límite de la parte cubierta por el Fogasa conforme al artículo 33 del mismo estatuto. En ese sentido, el adquirente, con derecho a 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 las existentes en el momento de la subrogación, con independencia de cuántos se mantengan en la empresa adquirente.

Decaen así algunas tesis antes admitidas por los juzgados de lo mercantil. Por un lado, la prevalencia de lo dispuesto en el

plan de liquidación del artículo 148 de la Ley Concursal sobre las reglas de liquidación del artículo 149 de dicha norma, pues se entiende que, en ambos casos, se impone el régimen laboral y de la Seguridad Social previsto para la sucesión de empresas. Con una previsible repercusión directa: el rechazo a las ofertas de adquisición con exoneración íntegra de deudas laborales y de la Seguridad Social tras asumir a la totalidad o a parte de la plantilla de la empresa adquirida (tal y como anticipó, por ejemplo, el Auto del Juzgado de lo Mercantil de Alicante de 13 de marzo del 2015, Ar. 96236). Y, finalmente y por otra parte, se relativiza la remisión a los artículos 3.1 y 5.2 de la Directiva 2011/23 y al Auto del TJUE de 28 de enero del 2105 (C-688/13, as. Gimnasio Deportivo San Andrés), en virtud del cual «el legislador de la Unión 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». Al menos, hasta que la jurisprudencia social interprete de forma expresa que, en sede concursal, constituye ésta la línea que hay que seguir.