

# Una incertidumbre de la Ley 9/2015 sobre la subrogación del adquirente de empresa en las deudas de Seguridad Social

**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. La excepción a la regla general: el adquirente no se subroga en los créditos de la Seguridad Social con garantías

1.1. El nuevo artículo 149 de la Ley Concursal (LC) establece una serie de reglas legales de liquidación. El primer apartado de la norma recoge las reglas supletorias previstas para cuando no se apruebe un plan de liquidación o, de haber sido aprobado éste, para aquello que no hubiere sido previsto en él.

Por su parte, el artículo 149.2 reconoce que los bienes y derechos del concursado se enajenarán, según su naturaleza, conforme a las previsiones contenidas en el plan de liquidación y, en su defecto, por las disposiciones establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) para el procedimiento de apremio. Para los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial se aplicará lo dispuesto en el artículo 155.4 de la Ley Concursal (subasta y, excepcionalmente, venta directa o cesión en pago o para el pago). Si estos bienes estuviesen incluidos en los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes o de servicios pertenecientes al deudor que se enajenen en conjunto, se aplicarán dos reglas: una, para cuando se transmitan sin subsistencia de la garantía y, otra, contenida en el artículo 149.2b de la Ley Concursal, si subsiste dicha garantía.

En este último caso, esto es, cuando se transmitan los bienes con subsistencia de la garantía subrogándose el adquirente en la obligación del deudor, la norma dispone que no será necesario el consentimiento del acreedor privilegiado, quedando excluido el crédito de la masa pasiva. El juez velará por que el adquirente tenga la solvencia económica y los medios necesarios para asumir la obligación que se transmite. Pero —y ésta es la novedad más importante que hay que destacar en este análisis—, «[p]or excepción, no tendrá lugar la subrogación del adquirente a pesar de que subsista la garantía cuando se trate de créditos tributarios y de Seguridad Social» (art. 149.2b LC).

1.2. El régimen de los créditos laborales y de Seguridad Social en los supuestos de transmisión de empresas se encuentra regulado, principalmente y tras la reforma del 2014, en los artículos 146 *bis* y 149.4 de la Ley Concursal. La regla general es que el adquirente se subroga en la posición del deudor en los contratos afectos a la continuidad de la actividad profesional o empresarial cuya resolución no hubiera sido solicitada. La subrogación no requiere consentimiento de la concursada, si bien no se aplicará en aquellos contratos en los que el adquirente haya manifestado expresamente su intención de no subrogarse. Todo ello sin perjuicio de la aplicación del artículo 44 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.

Estatuto de los Trabajadores en los supuestos de sucesión de empresa. Por lo demás, la transmisión no llevará aparejada obligación de pago de los créditos no satisfechos por el concursado antes de la obligación, salvo que el adquirente lo hubiera asumido expresamente o exista disposición legal en contrario y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.4 de la Ley Concursal. Este último, por su parte, establece la posibilidad de que el juez pueda acordar que el adquirente no se subrogue en la parte de la cuantía de los salarios e indemnizaciones pendientes de pago asumida por el Fondo de Garantía Salarial de conformidad con el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores.

Ahora, el artículo 149.2b de la Ley Concursal amplía esa excepción a la subrogación en las obligaciones laborales y de Seguridad Social, puesto que permite «por excepción» que el adquirente no se subrogue en los créditos de la Seguridad Social, a pesar de que subsista la garantía.

## **2. Los créditos de la Seguridad Social con garantías y como créditos con privilegio especial**

2.1. Si se atiende al contenido del nuevo artículo 149.2b de la Ley Concursal, conviene subrayar dos aspectos en relación con este análisis: el primero, que su regulación se refiere exclusivamente a los créditos con privilegio especial, remitiéndose expresamente al artículo 155 de dicha norma, y el segundo, que la excepción afecta a los créditos de la Seguridad Social.

Con respecto a estos últimos, la Ley Concursal no considera los créditos de la Seguridad Social como créditos con privilegio especial, sino con privilegio general. Pero eso no significa que los créditos de la Seguridad Social no puedan estar avalados por una garantía de las previstas en el artículo 90 de la Ley Concursal cuando reconoce los créditos con privilegio especial. Y, así, estima como tales los garantizados por hipoteca voluntaria o legal, inmobiliaria o mobiliaria, o con prenda sin

desplazamiento, sobre los bienes o derechos hipotecados o pignorados. Créditos estos, por tanto, con una garantía real que habrá de recaer sobre un bien integrado en la masa activa del concurso a los que habría que añadir otros, menos frecuentes para la Seguridad Social pero asimismo de interés, como los créditos garantizados con anticresis, los refaccionarios, los créditos por cuotas de arrendamiento financiero o plazos de compraventa, los que se establecen con garantía de valores representados mediante anotaciones en cuenta, sobre valores gravados o, en fin, los que se garantizan con prenda constituida en documento público sobre los bienes o derechos pignorados que estén en posesión del acreedor o de un tercero incluida la prenda de créditos. Este último supuesto es de interés en el orden social cuando, por ejemplo, se pretenden establecer garantías sobre las prestaciones derivadas de los planes de pensiones (algunos de ellos, planes de pensiones del sistema de empleo).

2.2. Sin embargo, los créditos de la Seguridad Social se configuran como créditos con privilegio general sobre los que existe un orden de prelación en el artículo 91 de la Ley Concursal, de modo que deberán ser satisfechos respetando dicho orden y, dentro del mismo ordinal, a prorrata.

Amén de los créditos estrictamente laborales (salarios o indemnización derivada de la extinción del contrato de trabajo), la Seguridad Social está presente en diferentes ámbitos. En primer lugar, en el artículo 91.1.º de la Ley Concursal, cuando hace referencia a las indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional devengadas con anterioridad al concurso sin establecer límite cuantitativo alguno. Eso significa que las indemnizaciones de esta naturaleza de las que sea responsable el empresario deberán ser satisfechas en idéntico orden de prelación que los salarios y el resto de las cantidades insertas en el mencionado precepto. Pero, además, el artículo 91.1.º establece la obligación de pago del capital coste de

la Seguridad Social del que sea legalmente responsable el concursado. Una regulación que impide incluir, como venían haciendo los juzgados de lo Mercantil, el capital coste de la prestación que el trabajador tiene derecho a cobrar de la Seguridad Social en el artículo 91.4.º (créditos públicos). Esta misma norma obliga a abonar, en fin, el importe correspondiente a los recargos sobre prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral, básicamente recargos en las prestaciones de la Seguridad Social.

En segundo término, constituyen créditos con privilegio general las retenciones de la Seguridad Social debidas por el concursado en cumplimiento de una obligación legal, en virtud de lo dispuesto en el artículo 91.2.º de la Ley Concursal. Por lo tanto, toda deuda de cotización a la Seguridad Social deberá incluirse como crédito concursal del empleador. También lo serán, bien que en virtud del artículo 91.5.º de la citada ley, los créditos por responsabilidad civil derivada de delito contra la Seguridad Social.

Por último, el artículo 91.4.º de la Ley Concursal reconoce como créditos con privilegio general los créditos de la Seguridad Social que no gocen de privilegio especial ni del privilegio general del artículo 91.2.º. Este privilegio podrá ejercerse para el conjunto de los créditos de la Seguridad Social y para el conjunto de los créditos de la Hacienda pública, respectivamente, hasta el 50 % de su importe. Se trata de una regulación que disparó la litigiosidad de la Seguridad Social en procesos concursales a fin de fijar dicho importe, resuelta en la actualidad por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

### **3. El alcance de la nueva excepción: ¿una descarga en el gravamen del adquirente?**

3.1. Desde la reforma operada en la Ley Concursal en el 2014, se ha venido discutiendo sobre la posibilidad de exonerar a la empresa adquirente de las obligaciones laborales y de la Seguridad Social contraídas

por el deudor con anterioridad a la liquidación y no satisfechas. Ahora, el artículo 149.2b introduce un nuevo elemento de distorsión aplicativa incorporando una excepción cuyo alcance puede ser determinante, inocuo o, lo más grave, conflictivo.

*A priori*, la excepción ha de ser interpretada de forma literal. Y, así, cuando los bienes o derechos afectos a créditos con privilegio especial se transmitan con subsistencia de la garantía, el adquirente se subrogará en la obligación del deudor, si bien «por excepción» dicha subrogación no se producirá, a pesar de que subsista la garantía, cuando se trate de créditos de la Seguridad Social. Por tanto, procede exonerar al adquirente de estos créditos, en los que no se subrogará, bien que con un alcance muy distinto a otras exenciones ya previstas y analizadas en esta sección de Gestión del Conocimiento en otros documentos (por ejemplo, la excepción que contienen el artículo 149.4 de la Ley Concursal). No en vano, si subsiste la garantía y los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial se incluyen en los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes o de servicios pertenecientes al deudor que se enajenen en conjunto, el adquirente se liberará de la obligación, pero no de la carga que implica la garantía.

3.2. Pero cabe añadir otra interpretación: la sistemática. Esta disposición anula, aparentemente y al menos en lo que se refiere a las deudas de la Seguridad Social avaladas por algún tipo de garantía, el sentido del artículo 146 *bis* de la Ley Concursal y la remisión que éste efectúa al artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores. Atendiendo a estos dos últimos preceptos y siendo posible, con carácter general, la exoneración de toda obligación de pago de los créditos no satisfechos por el concursado antes de la transmisión, en materia de sucesión de empresas, la regla general cede ante una especial. Se impone así la responsabilidad solidaria tanto del deudor como del adquirente,

asumiendo ambas las derivadas de obligaciones laborales y de la Seguridad Social anteriores a la transmisión, salvo las que resulten exentas por aplicación del artículo 149.4 de la Ley Concursal y por las cantidades allí establecidas. Ahora esa excepción se amplía y a lo previsto en el artículo 149.4 hay que añadir lo dispuesto en el nuevo artículo 149.2*b* de la Ley Concursal, que relativiza el contenido de su artículo 146 *bis*. Mas sólo aparentemente porque, como ya se expuso, la garantía subsiste y el derecho de cobro privilegiado por parte de la Seguridad Social también. De hecho, no se trata de una cuestión de responsabilidad (solidaria, antes; individual, ahora), sino de una garantía en el cobro de la deuda, que se mantiene.

Además, este nuevo artículo 149.2*b* de la Ley Concursal entra en aparente contradicción con lo dispuesto, no en el artículo 155.4 al que se remite, sino en el artículo 155.3. En virtud de este último, cuando haya de procederse dentro del concurso, incluso antes de la fase de liquidación, a la enajenación de bienes y derechos afectos a privilegio especial, el juez, a petición de la administración concursal y previa audiencia de los interesados, podrá autorizarla con subsistencia del gravamen y con subrogación del adquirente en la obligación del deudor. Por lo tanto, si el juez autoriza la enajenación con subsistencia del gravamen, el adquirente deberá subrogarse en la obligación del deudor. Ahora, en aplicación del nuevo artículo 149.2*b*, el adquirente no se subroga en la posición del deudor, aunque subsista la garantía, salvo que se interprete este último precepto como una excepción a aquél, esto es, que no en todo crédito de la Seguridad Social con garantía se produce la no subrogación, sino exclusivamente en supuestos excepcionales, cuando el juez así lo considere. Interpretación difícilmente admisible.

- 3.3. Cabría recurrir incluso, y forzando el sentido del artículo 3.1 del Código Civil, a una interpretación conforme a la realidad social. Desde hace tiempo se viene demandando

una reducción del crédito público —particularmente del de la Seguridad Social— en el ámbito concursal por entender que, en un mapa de microempresas como el español, a menor tamaño de la empresa en dificultades, mayor significación de la deuda con la Seguridad Social. Aproximadamente, el 60 % de los concursos afectan a micropymes (plantilla inferior a diez trabajadores y volumen de negocios de hasta dos millones de euros) y el 30 % corresponde a pequeñas empresas (de entre diez y cuarenta y nueve trabajadores y con un volumen de negocios de diez a cincuenta millones de euros). Obsérvese que, de acuerdo con el Directorio Central de Empresas del Instituto Nacional de Estadística, el número de empresas con menos de nueve asalariados asciende en España a un 96 % del total, casi cinco puntos más que la media europea. En este contexto y en relación con los efectos concursales, destaca un dato especialmente significativo y es que, cuanto menor es el pasivo, mayor es el porcentaje que corresponde a los créditos de la Seguridad Social y, cuando el pasivo se incrementa, este último porcentaje se reduce.

Pues bien, atendiendo a esta realidad, la reivindicación empresarial se centra en la necesidad de suprimir los privilegios de los créditos públicos a fin de conseguir una negociación más flexible de la deuda, evitando así la liquidación de la empresa. Demanda no lograda, pero valorada relativamente con la incorporación de este artículo 149.2*b* de la Ley Concursal que permite al adquirente considerar que no se subroga en la deuda, aunque subsista su garantía.

Con todo, y si finalmente se acudiera también a una interpretación teleológica de la norma, podría llegar a alcanzarse una finalidad distinta de la inicialmente pretendida por el legislador, logrando, en un escenario no deseado, un interés contrario al perseguido.

En efecto. Como es sabido, la Seguridad Social suele conceder aplazamientos y

fraccionamientos en el pago de las deudas cuando la situación económico-financiera del deudor (normalmente el empleador) le impide hacer frente al pago dentro de los plazos establecidos legalmente, *ex artículo 20* de la Ley General de la Seguridad Social. Para ello exige su aseguramiento mediante garantías suficientes a fin de cubrir la totalidad de la deuda (principal, recargos, intereses y costas). A tal fin, admite tanto garantías reales (aquellas en las que el deudor o un tercero sujetan específicamente bienes determinados al cumplimiento de la obligación) como personales (aquellas en las que una persona respalda el cumplimiento de la obligación crediticia sin afectar bienes determinados, reforzando el derecho de crédito con la totalidad de su patrimonio). Y, en este sentido y en virtud de lo previsto en el artículo 28 del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, se acepta la presentación de aval solidario formalizado por entidades financieras de depósito o de créditos. Se admite, asimismo, un aval genérico en concepto de garantía especial para responder del pago de todas y cada una de las deudas presentes y futuras con la Seguridad Social y, cuando no fuera posible la constitución del aval, sólo por causa justificada y siempre que la norma de aplicación lo permita, podrán presentarse otros medios de garantía tales como la hipoteca inmobiliaria, mobiliaria, la prenda con o sin desplazamiento de la posesión, el seguro de caución de compañías de seguros autorizadas para operar en el ramo, fianza personal o cualquier otra que se estime suficiente. Para los casos en que la deuda esté sometida a procedimiento de apremio, el artículo 28.2 del citado reglamento admite como garantía la anotación preventiva de embargo en un Registro público de bienes de valor suficiente por el importe de la deuda.

Por lo tanto, la legislación de la Seguridad Social prioriza el aval (como garantía preferente) sobre otros tipos de garantías (subsidiarias). Se evita así el recurrir a procedimientos complejos y dilatados en el tiempo, a veces ineficientes, como los

que se sustentan en el ámbito concursal con otro tipo de garantías (y para cuya ejecución se observan las instrucciones recogidas en la Circular 8-001-2013 de 4 de marzo del 2013 del director general de la Tesorería General de la Seguridad Social, de obligada consulta en esta materia). Es más, en ocasiones, se prohíbe que el aval (fórmula preferente) sea sustituido por otro medio de garantía (por ejemplo, cuando se trata de proteger el pago de los recargos sobre prestaciones derivadas de accidente de trabajo o enfermedad profesional por falta de medidas de salud laboral).

Pues bien, si se interpretara que, con el nuevo artículo 149.2*b* de la Ley Concursal, la Administración de la Seguridad Social puede tener más dificultad en la ejecución de los bienes o derechos con subsistencia de garantías, de ello podría derivarse una consecuencia no querida como es la de que se optara por restringir la concesión de aplazamientos y fraccionamientos de deuda, lo que no sería positivo para el desarrollo de la pequeña y mediana empresa española.

Además, podría alcanzarse un resultado contradictorio y carente de toda lógica jurídica. Si la Seguridad Social tuviera una garantía personal contra tercero, pero no una garantía real (única a la que se refiere el artículo 149.2*b* de la Ley Concursal), el adquirente de la unidad productiva y el enajenante deberán responder solidariamente, *ex artículo 44* del Estatuto de los Trabajadores. Pero, si la Seguridad Social protege su crédito con una garantía real, esta «ventaja» derivaría en el «coste» de no poder subrogarse frente al adquirente aun cuando pudiera, como se ha expuesto, proceder contra los bienes del adquirente sobre los que recaiga la garantía. Diferencia a todas luces injustificada.

#### **4. El contenido de la nueva excepción: ¿una reforma para no alterar lo establecido?**

Sin embargo, la interpretación más decepcionante sería aquella que condujera a afirmar que la reforma del artículo 149.2*b* de la Ley

Concursal no modifica el *statu quo* anterior a la Ley 9/2015.

Aparentemente el artículo 149.2b de la Ley Concursal parece introducir una excepción a la responsabilidad solidaria del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores. Pero podría entenderse que tal intención resulta frustrada porque «no subrogarse» no significa «no responder» cuando existe una garantía real. Y, así, si el citado precepto señala que en las deudas de la Seguridad Social el adquirente de la unidad productiva con subsistencia de garantía real «no se subroga», significa que el adquirente no «asume» la deuda, pero no que no «responda» de ella. Como también responde el transmitente en los mismos términos y con los mismos efectos que la responsabilidad

solidaria depara a ambos en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores. Por eso el artículo 149.2b de la Ley Concursal se permite introducir esta excepción aceptando que el adquirente «no se subroga», porque «subrogar» supone «liberar» al transmitente, y el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, aplicable indefectiblemente en los términos expuestos, impide semejante «liberación».

En conclusión, y admitiendo la relevancia del nuevo precepto en la intención del legislador por facilitar la transmisión de empresas concursadas con el menor gravamen posible para el adquirente, el alcance de sus efectos parece limitado y muy preciso, cuando no vacío, sin contenido real. Resta esperar la interpretación, no siempre predecible, de los órganos judiciales.