



Roj: **AAP VI 5/2016** - ECLI: **ES:APVI:2016:5A**

Id Cendoj: **01059370012016200005**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Vitoria-Gasteiz**

Sección: **1**

Fecha: **18/05/2016**

Nº de Recurso: **226/2016**

Nº de Resolución: **71/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **EDMUNDO RODRIGUEZ ACHUTEGUI**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALAVA. SECCIÓN PRIMERA ARABAKO PROBINTZIA AUZITEGIA. LEHEN SEKZIOA

AVENIDA GASTEIZ 18-2ª planta - C.P. /PK: 01008 Tel.: 945-004821

Fax / Faxes: 945-004820

NIG PV / IZO EAE: 01.02.2-14/010682

NIG CGPJ / IZO BJKN :01059.47.1-2014/0010682

R.apelac.conc.L2 226/2016 - C

udicial origen / *Jatorriko Epaitegia* : Juzgado de lo Mercantil nº 1 de **Vitoria**-Gasteiz / Gasteizko Merkataritza-arloko 1 zenbakiko Epaitegia

Autos de Concurso abreviado 521/2014 (e)ko autoak

Recurrente / Errekurtsogilea: TGSS

Abogado/a / Abokatua: ERDIÑE LÓPEZ GUTIÉRREZ

Recurrido / Errekurritua: ADMINISTRACIÓN CONCURSAL YOR S.A., D. Ezequias

A U T O N° 71/16

TRIBUNAL QUE LO DICTA:

ILMA. SRA. PRESIDENTA: Dª MERCEDES GUERRERO ROMEO.

MAGISTRADO: D. IÑIGO MADARIA AZCOITIA.

MAGISTRADO: D. EDMUNDO RODRIGUEZ ACHUTEGUI.

LUGAR : VITORIA-GASTEIZ

FECHA : Dieciocho de mayo de dos mil dieciséis.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- El 4 de abril de 2015 se dictó Auto por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de **Vitoria**-Gasteiz, en el procedimiento Concurso voluntario abreviado nº 521/14, cuya parte dispositiva dice:

"1. SE APRUEBA el Plan de Liquidación de la concursada YOR S.A. en los términos descritos en la presente resolución.

La AC deberá remitir, para su publicación en el portal de liquidaciones concursales del Registro Público Concursal, cuanta información resulte necesaria para facilitar la enajenación de los bienes de la masa activa (art. 148.7 LC).



Fórmese la Sección sexta de calificación del concurso, que se encabezará con testimonio de esta resolución y del auto de declaración del concurso. Hágase constar en el edicto que dentro de los DIEZ DÍAS siguientes a la última publicación del mismo, cualquier acreedor o persona que acredite interés legítimo, podrá personarse y ser parte en dicha sección, alegando por escrito cuanto considere relevante para la calificación del concurso como culpable"

SEGUNDO .- Por la **TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL**, se interpuso recurso de apelación contra dicho Auto, recurso que se tuvo por interpuesto con fecha 26 de febrero de 2016 dándose el correspondiente traslado a las demás partes personadas por diez días para alegaciones, habiéndose opuesto la Administración Concursal de YOR S.A., D. Ezequias, elevándose posteriormente los autos a esta Audiencia Provincial, previo emplazamiento de las partes.

TERCERO .- En el recurso la TGSS sostenía que se habían infringido los arts. 43, 146 bis y 149.2 de la Ley Concursal, los arts. 12 y 14 del Reglamento General de Recaudación aprobado por RD 1415/2004, y los arts. 104 y 107 de la Ley General de la Seguridad Social en relación con el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores, pues el último apartado de la regla 1.7 del plan establecía que el adquirente, en caso de transmisión de empresa o **unidad productiva**, sólo asumirá en caso de sucesión de empresa la deuda laboral y de Seguridad Social limitada a los puestos de trabajo que el adquirente asuma, y en ningún caso los que son consecuencia de los contratos de trabajo en los que no se subroga.

CUARTO .- Recibidas las actuaciones en la Secretaría de esta Sala, mediante resolución de 5 de mayo se mandó formar el Rollo de Sala, registrándose y turnándose la ponencia al Sr. Magistrado D. EDMUNDO RODRIGUEZ ACHUTEGUI.

QUINTO .- Por providencia de fecha 12 de mayo se señaló para deliberación, votación y fallo el siguiente día 17.

SEXTO .- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales fundamentales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El litigio y el recurso

En el procedimiento concursal abreviado, de carácter voluntario, seguido respecto del deudor YOR S.A. en el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de **Vitoria-Gasteiz**, tras los trámites oportunos y previa audiencia de la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) y de los demás acreedores personados, se dictó auto cuyo último párrafo de la regla 1.7 disponía lo siguiente: *"En cuanto al resto de la deuda laboral y la deuda de seguridad social anterior a la transmisión, el adquirente debe asumirla cuando - y solo cuando- exista sucesión de empresa por concurrir los elementos que la jurisprudencia laboral exige para tal conclusión, limitada a los correspondientes puestos de trabajo que el adquirente asuma. En ningún caso asume la deuda correspondiente de los trabajadores que no asuma con la transmisión o en cuyos contratos no se subroga"*.

Ese pronunciamiento se cuestiona por la TGSS, considerando que infringe los arts. 43, 146 bis y 149.2 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC), los arts. 12 y 14 del RD 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, y los arts. 104 y 107 del derogado RDL 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), referencia que hoy debe entenderse hecha a los arts. 142 y 145 del RDL 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en relación con el art. 44 del RDL 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET).

Argumenta la recurrente que la limitación sobre la asunción de las deudas de los trabajadores por el nuevo adquirente de la empresa vulnera lo dispuesto en el art. 146 bis 4 LC, introducido por el RDL 11/2014 de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal. Como es sabido, tras su tramitación parlamentaria, tal disposición dio lugar a la Ley 9/2015, de 25 de mayo, del mismo nombre, que regula de forma semejante la cuestión, aunque por razones temporales no sea de aplicación a este procedimiento.

En opinión de la apelante, el juzgado no puede, ni tiene competencia, para exonerar del pago de la deuda de la Seguridad Social que se está realizando en el plan de liquidación. El indicado art. 146 bis 4 LC establece: *"La transmisión 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 establecido en el art. 149.4. La exclusión descrita en el párrafo anterior no se aplicará cuando los adquirentes de las unidades productivas sean personas especialmente relacionadas con el concursado"*.

A su vez el art. 149.4 LC al que se remite la norma anterior, tiene establecido que *"Cuando, como consecuencia de la enajenación a que se refiere la regla 1.ª del apartado 1, 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, se considerará, a los efectos laborales y de Seguridad Social, que existe sucesión de empresa. En tal caso, el juez podrá 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 que sea asumida por el Fondo de Garantía Salarial de conformidad con el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores. Igualmente, para asegurar la viabilidad futura de la actividad y el mantenimiento del empleo, el cesionario y los representantes de los trabajadores podrán suscribir acuerdos para la modificación de las condiciones colectivas de trabajo".

Entiende la apelante que ese precepto se violenta al adoptar una previsión como la discutida, que por sí misma y por lo dispuesto en las demás normas en que sustenta su recurso, antes relacionadas, impiden que el adquirente pueda ver limitados los efectos de la sucesión de empresa a las deudas de Seguridad Social que generaron los contratos de trabajo en los que se subroga, debiendo suprimirse tal limitación.

Esa argumentación se discute por la Administración Concursal, que solicita la desestimación del recurso.

SEGUNDO .- Sobre la reforma legal

Tiene razón la recurrente cuando asegura que se ha producido un cambio legal, pero no pueden compartirse las razones que lo explican. Numerosos tribunales entendíamos que habiendo plan de liquidación, en él podía preverse la exoneración para el adquirente del pago de las deudas de Seguridad Social, de modo que la norma supletoria que disponía el art. 149.2 LC no operaba (AAP Barcelona, Secc. 15ª, 16 diciembre 2009, rec. 323/2009, AAP La Rioja, Secc. 1ª, 8 marzo 2012, AC 2012\378, AAP Toledo, Secc. 1ª, 4 diciembre 2013, JUR 2013\9733, AAP Badajoz, Secc. 2ª, 27 febrero 2013, AC 2013\1052, AAP Sevilla, Secc. 5ª, 29 mayo 2013, rec. 2545/2013, AAP Álava, Secc. 1ª, 28 enero 2015, rec. 428/2014, entre otras).

La recurrente califica de "interpretación equivocada" esa opinión, que considera corrige el RDL 11/2014, y aunque no la cite, la consecutiva Ley 9/2015, defendiendo entonces que ha habido una suerte de "interpretación auténtica" del legislador respecto a su obra anterior.

Desmintiendo esa tesis ya hemos dicho en el AAP Álava, Secc. 1ª, 26 marzo 2015, rec. 138/2013 (en el concurso de CEGASA), que <<... no se comparten las afirmaciones de la TGSS sobre la voluntad del legislador, porque no se ha producido una interpretación legal, sino una verdadera rectificación de la doctrina judicial mayoritaria que admitía la posibilidad de que, al aprobarse el plan de liquidación se exonerara al adquirente de la empresa o unidades productivas de tener que afrontar las deudas de Seguridad Social generadas antes del concurso o durante su tramitación. El argumento de que el preámbulo, apartado IV, dice que "siguen mereciendo una especial tutela" créditos laborales o de Seguridad Social no es suficiente, porque obvia que tanto la ley como la doctrina judicial mayoritaria, interpretaron que tal especial tutela era propia del crédito laboral, pero no del de Seguridad Social.

Por otro lado el preámbulo del RDL 11/2014 no sólo dice lo que se alega en el recurso. El apartado II añade que "...las modificaciones que se introducen en esta materia tienen en última instancia la misma finalidad que las relativas al convenio concursal: facilitar en la mayor medida posible la continuación de la actividad empresarial...", sobre lo que insiste en el apartado III cuando explica que en los cambios en la regulación del convenio "...También se efectúa una remisión al régimen general de transmisión de unidades productivas a lo dispuesto en el artículo 146 bis, lo que implica, con determinadas excepciones, su adquisición libre de obligaciones preexistentes impagadas". Otro tanto se añade en el caso de la liquidación en el apartado IV al señalar que "...Se trata, como se ha expuesto previamente, de garantizar en lo posible la continuación de la actividad empresarial, facilitando, fundamentalmente, la venta del conjunto de los establecimientos y explotaciones del concursado o de cualesquiera otras unidades productivas".

Esas finalidades, tan insistentemente proclamadas, no han determinado que se mantenga el criterio judicial mayoritario para exonerar al adquirente de cargas anteriores, por lo que pese a lo aducido por la TGSS, no se ratifica una interpretación previa, sino que se altera sustancialmente la que era prácticamente general. De ahí que, como expone el auto recurrido, lo que ha de interpretarse es que existe un cambio legislativo claro>> .

Ahora tienen que reiterarse esas impresiones. Frente a la tesis del recurso, indudablemente la reforma legal acaba con la doctrina de otras y ésta misma Audiencia. A partir de ahora la transmisión de empresa, o de **unidad productiva**, debe considerarse sucesión de empresa a efectos laborales y de Seguridad Social. Por lo tanto para resolver el recurso tal fundamento resulta incontestable.

TERCERO .- Sobre la pretendida vulneración del art. 149.4 LC

Partiendo de la reforma legal citada, mantiene la TGSS recurrente que el auto la violenta, al impedir que surta efecto la declaración legal del art. 149.4 LC sobre sucesión de empresa. Semejante parecer no puede compartirse, porque el auto recurrido atiende la previsión legal, declarando expresamente sucesión de



empresa. Recordemos que literalmente dispone "... la deuda de seguridad social anterior a la transmisión, el adquirente debe asumirla cuando -y solo cuando- exista sucesión de empresa por concurrir los elementos que la jurisprudencia laboral exige para tal conclusión, limitada a los correspondientes puestos de trabajo que el adquirente asuma ". El adquirente de la empresa o **unidad productiva** asume, por mandato legal y por concretarlo el plan de liquidación recurrido, la deuda laboral y de Seguridad Social.

Ocurre, sin embargo, que la sucesión de empresa no es ilimitada, pues la propia reforma legal la concreta en el art. 149.4 LC a los créditos laborales y de Seguridad Social, excluyendo de este modo cualquier otro crédito concursal o contra la masa, del que no responde el adquirente. En el caso de transmisión de **unidad productiva**, el art. 146 bis 4 LC , que se remite al art. 149.4 LC , también delimita la sucesión, al impedir que surta efecto la exclusión de la obligación de pago de créditos no satisfechos por el concursado antes de la transmisión, sean concursales o contra la masa, en caso de que el adquirente sea persona de las especialmente relacionadas con el deudor concursado del art. 93 LC .

Además de tal delimitación legal sobre el alcance de la sucesión de empresa, también existe un límite temporal previsto en el art. 44.3 ET que dispone " *Sin perjuicio de lo establecido en la legislación de Seguridad Social, el cedente y el cesionario, en las transmisiones que tengan lugar por actos inter vivos, responderán solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas* ". En la legislación de Seguridad Social regulan tal solidaridad por sucesión los arts. 104 , 107 y 127 de la anterior LGSS, en la actualidad 142 , 145 y 168.2 del RDL 8/2015 . En definitiva, también existe para la sucesión de empresa una especificación temporal.

Recapitulando, en caso de sucesión de empresa, como ocurre en el plan de liquidación previsto, la eventual responsabilidad se contrae, por tanto, a créditos laborales y de Seguridad Social, si el adquirente no es persona especialmente relacionada con el deudor, y respecto de las que hubieran nacido en los tres años anteriores a la transmisión. Que el juzgado del concurso decida que además de estas limitaciones materiales, personales y temporales, es posible delimitar también hasta donde alcanza la consideración de sucesión de empresa no resulta por extraordinario, pues responde a la competencia exclusiva y excluyente del juez del concurso.

En efecto, el art. 86 ter 1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), dispone " *en todo caso, la jurisdicción del juez del concurso será exclusiva y excluyente en las siguientes materias: [...] 3.º Toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado* ", lo que reitera el art. 8.3º LC .

Pese a lo que aduce la recurrente, el juez del concurso tiene competencia objetiva para hacer tal declaración. La STS 29 octubre 2014, Sala 4ª, rec. 1573/2013 no pone fin a la cuestión, porque su FJ 5º no explica las razones por las que sostiene que la competencia para resolver sobre sucesión de empresa en caso de venta en un procedimiento concursal, es de la jurisdicción social. No hay otra sentencia semejante que permita apreciar jurisprudencia asentada, aunque existan resoluciones de Sala de Tribunal Superior que citen la mencionada sentencia.

Las específicas y concluyentes previsiones de los arts. 86 ter 1 LOPJ y 8 LC , reservan al juez del concurso, también integrado en el orden jurisdiccional social, la competencia exclusiva y excluyente de cuanto tenga que ver con la ejecución del patrimonio del deudor concursado, uno de cuyos cauces específicamente disciplinado en la Ley Concursal (arts. 146 bis y 149) es la transmisión de empresa o **unidad productiva**, que puede regularse en el plan de liquidación a que se refiere el art. 148 LC .

En definitiva, el plan de liquidación es el instrumento esencial, parafraseando el art. 86 ter 1 3º LOPJ y 8.3º LC , para llevar a cabo la ejecución de los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, y por lo tanto, puede contener previsiones respecto al modo en que tendrá lugar la sucesión de empresa en caso de transmisión de la misma, en su totalidad o mediante unidades productivas.

CUARTO .- Sobre la delimitación del perímetro de la sucesión de empresa

Continuando con los argumentos de la recurrente hay que admitir que el ATJUE 28 enero 2015, C-688/13 , dispuso que no se opone a las previsiones del acervo de la Unión Europea, en particular Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo, una normativa que permita la transferencia de cargas laborales o de Seguridad Social al cesionario. Efectivamente es así, y por ello el art. 146.4 LC no es contrario a la citada normativa, pues dispone la posibilidad de sucesión de empresa.

La cuestión es cuánto puede transferirse de forma imperativa, pues de modo voluntario cabe la asunción por el cesionario de cuanta deuda previa considere pertinente (art. 146 bis.4 LC). Ya hemos visto que la obligación puede ser solidaria en su totalidad si el cesionario es persona especialmente relacionada con el deudor. Si no lo es, se limita a deudas laborales o de Seguridad Social. Dentro de éstas, sólo a las originadas tres años



antes de la cesión. El auto recurrido admite que, además, se refiera sólo a las derivadas de los contratos en los que se subroga el adquirente.

Tal opción no es gratuita. Como dijimos en el AAP Álava, Secc. 1ª, de 31 de marzo 2016, rec. 113/2016 (concurso Hotel Haritz Ondo S.L.), la Exposición de Motivos del RDL 11/2014 persigue flexibilizar y favorecer la transmisión de empresa y unidades productivas, por lo que "Esta Sala, como ya venía haciendo antes de la reforma de la LC por RDL 11/2014 de 5 de septiembre, entiende que la sucesión de empresas debe declararse por el Juez de lo Mercantil, siendo el competente para decidir en el ámbito del art. 149.2 LC, si el adquirente quedará exento de las deudas de carácter laboral y de la Seguridad Social.

Y llegamos a esta conclusión teniendo en cuenta que la finalidad principal del concurso, aún en fase de liquidación, es la conservación del tejido industrial y el mantenimiento de los puestos de trabajo en la empresa. Al nuevo adquirente debemos ofrecer facilidades para iniciar una nueva andadura, nuevas inversiones, con el mantenimiento de lo que ya había, difícilmente podrá hacerlo si además, debe acometer las deudas pendientes, tanto laborales como sociales.

*En el ámbito laboral, y como medida para favorecer la viabilidad de la empresa, el juez podrá determinar la no **subrogación** en la parte de la cuantía de los salarios pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por el FOGASA de conformidad con el art. 33 ET. El adquirente solo quedará obligado a las deudas que tengan su origen en los contratos de trabajo en los que se subroga, no en la totalidad del pasivo laboral. Esta será una forma de continuidad, si bien, somos conscientes, como dice la Sala Cuarta del TS, que los trabajadores podrán acudir a la jurisdicción social para solicitar las indemnizaciones que les correspondan.*

En relación a las deudas con la Seguridad Social pendientes antes de la transmisión, siguiendo una interpretación coherente con lo anterior, entendemos que el nuevo adquirente solo estará obligado a subrogarse en aquellas derivadas de los trabajadores en los que se subroga. No puede tener otro sentido la expresión "sucesión de empresas a efectos laborales y de la seguridad social". Y si con anterioridad a la reforma solo se hacía referencia a los créditos laborales, discriminando la jurisprudencia unos y otros, ahora deben correr la misma suerte puesto que se ha ampliado la expresión, la exención de responsabilidad por deudas previas comprende las de la seguridad social.

Todos los trabajadores y la TGSS están sujetos a lo que dispone la Ley Concursal que debe ser aplicada en coherencia. Es por ello que concluimos que el adquirente de la unidad empresarial cuando se declare la sucesión de empresas solo se subrogará en las deudas de la seguridad social de la concursada derivadas de los contratos laborales en los que se subroga".

Efectivamente, las protestas que hacen tanto el RDL 11/2014 como la consecutiva Ley 9/2015. se dirigen a tratar de facilitar la transmisión de empresa, lo que será muy dificultoso si quien la adquiere tiene que responder de toda la deuda laboral y de Seguridad Social. No parece posible que la norma insista tanto en una finalidad y luego disponga una regulación contraria, por lo que cabe entender que cuando el art. 149.4 LC menciona la sucesión de empresa puede concretarse tal efecto a los contratos que se transfieren, no a otros distintos, como hace el plan de liquidación recurrido.

Otra cosa supondría, como ha apuntado alguna doctrina (Sancho Gargallo), convertir la institución de la sucesión de empresa en un privilegio o derecho de garantía especial, que desincentiva la compra de empresas o unidades productivas en sociedades en concurso por la carga que pueden suponer las deudas con la Seguridad Social.

En el mismo sentido apunta el AAP Palma Mallorca, Secc. 5ª, 27 enero 2016, rec. 520/2015, que limita los efectos de la sucesión de empresa, a las deudas que se mantengan frente a los trabajadores cedidos la eventualidad de la cesión, no a los demás. Dice el auto que la finalidad de la reforma, como evidencia su preámbulo es " *garantizar en lo posible la continuación de la actividad empresarial, facilitando, fundamentalmente, la venta del conjunto de establecimientos y explotaciones del concursado o de cualesquiera otras unidades productivas* ". Tras destacar que el art. 146 bis LC introduce la **subrogación ipso iure** del adquirente en los contratos y licencias administrativas, arbitrando mecanismos de exención de responsabilidad por deudas previas, entiende que cabe deducir de ese conjunto de previsiones que la finalidad principal, incluso en liquidación, es la conservación del tejido industrial y empresarial, y el mantenimiento puestos de trabajo.

Por ello concluye el auto que " *procede continuar con la delimitación subjetiva respecto a la sucesión de empresa, porque esta resolución resuelve en la jurisdicción civil/mercantil sobre lo que es objeto de transmisión según el plan de liquidación. Entendemos que el precepto se refiere a lo que efectivamente se transmite con ocasión de una resolución judicial en el seno de un proceso en el que los acreedores, incluida la TGSS, está sujeta a la ley concursal aplicada en coherencia con sus principios pese a la especialidad* ".



No se ha puesto de relieve, por la TGSS o cualquier otro acreedor o parte interesada, que concurran circunstancias que permitan apreciar fraude o maquinación. Tampoco se aprecian las razones jurídicas que se proponían en el recurso para dejar sin efecto lo establecido en el auto recurrido. Por dichas razones y las demás expuestas, procede la desestimación del recurso de apelación.

QUINTO.- Sobre las costas

A la vista de la falta de un criterio consolidado sobre la materia, de muy reciente incorporación legal, no se hará condena al pago de las costas.

PARTE DISPOSITIVA

1.- ACORDAMOS DESESTIMAR el recurso interpuesto por la **TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL** frente al Auto de 4 de febrero de 2016, dictado por el Juzgado de Mercantil nº 1 de **Vitoria** en el concurso abreviado nº 521/2014, que se mantiene en idénticos términos.

2.- NO HACER condena al pago de las costas del recurso de apelación.

MODO DE IMPUGNACIÓN : No cabe recurso ordinario de clase alguna.

Así, por este auto, lo acuerdan, mandan y firman la Ilma. Sra. Presidenta y los Ilmos. Sres. que lo encabezan.