



Roj: **AAP M 398/2016** - ECLI: **ES:APM:2016:398A**

Id Cendoj: **28079370282016200054**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **06/05/2016**

Nº de Recurso: **67/2016**

Nº de Resolución: **69/2016**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **ANGEL GALGO PECO**

Tipo de Resolución: **Auto**

N.I.G.: 28.079.47.2-2013/0004099

Recurso de Apelación 67/2016

Materia: Derecho concursal. Plan de liquidación

Órgano judicial de procedencia: Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid

Autos de origen: Concurso Abreviado 392/2013

Parte apelante: TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Procurador/a:

Letrado/a:

Parte apelada: PITLER, S.L.

Procurador/a: D. Manuel Lanchares Perlado

Letrado/a: D. Sergio Nebril Fernández

Parte apelada: ADMINISTRACIÓN CONCURSAL DE PITLER, S.L.

AUTO nº 69/2016

En Madrid, a 6 de mayo de 2016.

La Sección Vigésima Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los ilustrísimos señores magistrados D. Ángel Galgo Peco, D. Enrique García García y D. Alberto Arribas Hernández, ha visto el recurso de apelación, bajo el nº de rollo 067/2016, interpuesto contra el auto de fecha 1 de octubre de 2015 dictado en el expediente concursal seguido ante el Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid con el número de registro 392/2013.

Las partes han actuado representadas y con la asistencia de los profesionales identificados en el encabezamiento de la presente resolución.

Es magistrado ponente D. Ángel Galgo Peco

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Madrid, en el expediente concursal de referencia, dictó con fecha 1 de octubre de 2015 auto por el que, a los efectos que aquí interesan, rechazando las observaciones formuladas por la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL a la propuesta de plan de liquidación presentado por la ADMINISTRACION CONCURSAL de PITLER, S.L., aprueba tal propuesta en los términos en que fue presentada.



SEGUNDO.- La TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL interpuso recurso de apelación, que, tramitado en legal forma, con oposición de la concursada y de la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL, ha dado lugar al presente rollo. La deliberación, votación y fallo del asunto se realizó con fecha 5 de mayo de 2016.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

I. ANTECEDENTES RELEVANTES

1.- En el plan de liquidación presentado por la administración concursal de PITLER, S.L. se contemplaba la venta como **unidad productiva** del conjunto de tiendas que, a la fecha del mismo, mantenía en explotación la concursada. En el epígrafe "1- Nomas generales" del Subapartado "III.- PLAN DE REALIZACIÓN DE LOS BIENES Y DERECHOS", dentro del apartado PLAN DE LIQUIDACIÓN" figuraba la siguiente previsión: "(ix) El Juez que conoce del concurso, deberá acordar [...] la **no subrogación** en las deudas de la seguridad social correspondientes a los trabajadores, en cuyos contratos no se subrogue el adquirente de la **unidad productiva**".

2.- La letrada de la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL ("TGSS" en adelante) presentó escrito (f. 59) formulando la propuesta de que se suprimiese del plan de liquidación la alusión a la **no subrogación** en las deudas con la TGSS, de manera que el apartado anteriormente transcrito quedase redactado como sigue: "El Juez que conoce del concurso, [...] acordará la subrogación en las deudas de la Seguridad Social correspondientes a los trabajadores, en cuyos contratos se subrogue el adquirente de la **unidad productiva**". Para señalar a continuación: "Por tanto, debe incluirse expresamente la cláusula de subrogación del adquirente de la **unidad productiva** en las deudas de la Seguridad Social". Resulta patente que en la formulación propuesta se padeció un error, queriéndose en realidad hacer referencia a " ... cuyos contratos NO se subrogue el adquirente de la **unidad productiva**".

3.- El juez rechazó la propuesta de la TGSS señalando, en esencia, con invocación de los artículos 149.4 de la Ley Concursal ("LC ") y 44 del Estatuto de los Trabajadores , que el límite objetivo y subjetivo de los riesgos por la adquisición de la **unidad productiva** había de venir determinado por los elementos patrimoniales y relaciones contractuales que se transmitieran, de modo que los elementos materiales no transmitidos y los contratos excluidos de la transmisión quedarían sujetos al concurso. Se ha de observar que con anterioridad se había dictado auto de medidas de carácter colectivo del artículo 64 LC en el que, entre otros extremos, se había acordado la extinción de los contratos de trabajo de 8 trabajadores de la concursada. En el auto aquí recurrido se concluye, a partir de los planteamientos expuestos, que el adquirente de la **unidad productiva** no habría de subrogarse en los créditos nacidos de la vigencia, ejecución y extinción de tales contratos, incluidos los de la Seguridad Social. Finalmente, se aprueba el plan de liquidación en los mismos términos en que fue presentado por la administración concursal.

4.- Disconforme con tal decisión, la TGSS recurrió en apelación, insistiendo en su propuesta. Forma también parte del suplico la redacción alternativa que se proponer para una serie de estipulaciones que se señalan como componentes del plan de liquidación. No es tal el caso. Se trata, en realidad, de las condiciones incluidas en la oferta de SIMPLY BUSINESS, S.L., que había dado lugar a la solicitud de venta directa de la **unidad productiva** de la concursada por parte de la administración concursal. Dicha venta fue autorizada por auto de fecha anterior al aquí recurrido, asumiéndose en aquel las condiciones recogidas en la oferta como "parte integrante" de la resolución. Tales extremos resultan ajenos al objeto del presente recurso.

II. SOBRE LA CUESTIÓN DE FONDO SUSCITADA

5.- La cuestión que se nos plantea, en definitiva, es la adecuación a derecho de la previsión contenida en el plan de liquidación aprobado por el juez de la anterior instancia según la cual el adquirente de la **unidad productiva** de la concursada no habría de subrogarse en las deudas que esta última mantuviera con la Seguridad Social correspondientes a contratos de trabajo extinguidos con anterioridad a la transmisión de la **unidad productiva**.

6.- A efectos aclaratorios, entendemos conveniente señalar, en primer lugar, la competencia del Juzgado de lo Mercantil a cargo del concurso para decidir sobre esta cuestión, por cuanto es a él a quien incumbe, dentro de los límites que le impone la LC, determinar las condiciones de la venta de la **unidad productiva**.

7.- Sobre este particular indicamos en precedente auto de 22 de junio de 2015 lo siguiente:

"Comenzando por la competencia del juez del concurso, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 148 LC , le corresponde aprobar mediante auto el plan de liquidación en los términos en que hubiera sido presentado, introducir en él modificaciones o acordar la liquidación conforme a las reglas legales supletorias.



Como señala la Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 25 de junio de 2007 y ha reiterado la Sentencia de 24 de octubre de 2012, el principio de universalidad que establece la Ley Concursal, atribuye jurisdicción exclusiva y excluyente al Juez del concurso, con desplazamiento del competente primariamente - sea jurisdiccional o, en su caso, administrativo-, exclusividad que se funda en razones de economía procesal y de eficacia respecto del proceso universal abierto, aunque exige una interpretación estricta en cuanto supone una excepción al principio de improrrogabilidad de la jurisdicción de otros Tribunales y en relación con la Administración, un límite a su prerrogativa de autotutela.

El juez del concurso no adopta en el aspecto que nos ocupa decisiones prejudiciales, y menos puede admitirse que tales decisiones se encuentren fuera de su competencia, sino que resuelve con plenitud de jurisdicción las condiciones en que debe efectuarse la realización de los bienes para la satisfacción de los acreedores y, entre ellas, aquellas en las que se efectuará la venta de la **unidad productiva**. Y lo hace en cuanto la liquidación del activo es una fase esencial para que el concurso cumpla sus fines y la atribución competencial resulta imprescindible para salvaguardar los principios de unidad legal, de disciplina y de sistema que inspiran la Ley Concursal".

8.- No desconocemos la sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 2014 y la tajante afirmación que en ella se realiza de que, aun mediando concurso, la cuestión de si se ha producido o no sucesión empresarial es competencia de la jurisdicción social. Con todos los respetos que nos merece dicha resolución, entendemos, no obstante, que conservan pleno sentido las razones que inspiraron nuestro posicionamiento sobre el particular.

9.- En la decisión de la cuestión de fondo debemos partir del artículo 146 bis.4 LC., en la redacción dada de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, que es la que resulta de aplicación por razones de vigencia temporal. El citado precepto establece que la transmisión de unidades productivas no lleva aparejada obligación de pago de los créditos no satisfechos por el concursado antes de la transmisión, ya fueran concursales o contra la masa, "salvo que el adquirente la hubiera asumido expresamente o existiese disposición legal en contrario y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.4". Cobra aquí relevancia la referencia a la existencia de disposición legal en contrario y al artículo 149.4 LC.

10.- El primero de estos referentes nos remite, tratándose de deudas con la Seguridad Social, a los artículos 15.3, 104.1 y 127.2 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994 ("LGSS"), que era el vigente al tiempo en que se dictó el auto recurrido (se corresponden con los artículos 142.1 y 168.2 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, en vigor desde el 1 de enero de 2016). El artículo 15 LGSS establecía que del cumplimiento de la obligación de cotizar y del pago de los demás recursos de la Seguridad Social responden aquellos a quienes las normas reguladoras de cada régimen y recurso impusieran directamente la obligación de su ingreso "y, además, los que resulten responsables solidarios, subsidiarios o sucesores mortis causa de aquéllos, por concurrir hechos, omisiones, negocios o actos jurídicos que determinen esas responsabilidades, en aplicación de cualquier norma con rango de Ley que se refiera o no excluya expresamente a las obligaciones de Seguridad Social, o de pactos o convenios no contrarios a las leyes". El artículo 127.2 LGSS disponía: "En los casos de sucesión en la titularidad de la explotación, industria o negocio, el adquirente responderá solidariamente con el anterior o con sus herederos del pago de las prestaciones causadas antes de dicha sucesión [...]". Por su parte, el artículo 104.1 del mismo cuerpo legal rezaba en su tercer párrafo: "La responsabilidad solidaria por sucesión en la titularidad de la explotación, industria o negocio que se establece en el citado artículo 127 se extiende a la totalidad de las deudas generadas con anterioridad al hecho de la sucesión [...]".

11.- En relación con la operatividad de los preceptos señalados en el marco concursal por efecto de la previsión contenida en el artículo 146 bis.4 LC, descartamos aquella interpretación propugnada en determinados foros según la cual el hecho de que en ellos no se haga expresa referencia a situaciones concursales impediría considerarlos como "disposición legal en contrario", debiendo descartarse por tanto su juego en las transmisiones de **unidad productiva** en sede concursal. Si "disposición legal en contrario" hubiera de entenderse así, la previsión del artículo 146 bis.4 LC resultaría superflua, pues el efecto perseguido se produciría por aplicación de esa otra norma que contemplase expresamente el supuesto, sin necesidad de indicación adicional alguna en la LC.

11.- El segundo de los referentes, "y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.4" nos lleva al mismo resultado. Este precepto se lee así: "Cuando, como consecuencia de la enajenación a que se refiere la regla 1ª del apartado 1, una entidad económica mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizativos a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesorio, se considerará, a los efectos laborales y de Seguridad Social, que existe sucesión de empresa [...]". Tal indicación determina la aplicación del régimen de sucesión de empresa previsto en el Estatuto de los Trabajadores y en la LGSS, a salvo la previsión



específica que a continuación recoge el artículo 149.4 LC consagrando la facultad del juez del concurso de acordar que el adquirente no se subrogue en la parte de deuda laboral preexistente asumida por el Fondo de Garantía Salarial de conformidad con el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores .

12.- Habrá que estar, por tanto, a lo que establezca la normativa sectorial, pues la LC remite a ella, sin contemplar en el ámbito que nos ocupa ninguna posibilidad de excepcionar el régimen impuesto por la misma. De esta forma, el régimen general establecido por la normativa de referencia deberá entenderse aplicable también al ámbito concursal, por determinación de la LC.

13.- En este sentido, el tenor del artículo 104.1 LGSS, al hacer referencia a "la totalidad de las deudas generadas con anterioridad al hecho de la sucesión", deja poco espacio para el criterio sostenido por el juzgador de la anterior instancia en contra del postulado por la TGSS, siendo este último el que se presenta como correcto a la luz de lo previsto por el legislador.

14.- En este punto, y como colofón, debemos también descartar aquellas interpretaciones que sostienen una solución distinta a la aquí alcanzada apuntando como razones (i) que, siendo la regla general en la transmisión de **unidad productiva** en sede concursal la no obligación de pago de los créditos no satisfechos por el concursado antes de la transmisión, según resulta del artículo 146 bis.4 LC, no cabe hacer una interpretación extensiva de lo que no deja de ser una norma excepcional, haciendo con esto último referencia a lo dispuesto en la segunda parte del párrafo primero del mencionado precepto; (ii) que la subrogación en la totalidad del pasivo de Seguridad Social, incluyendo el correspondiente a contratos de trabajo que no estuviesen ya en vigor, representaría un impedimento cierto a la transmisión de la **unidad productiva**, contrariando la supervivencia de la empresa en crisis y el mantenimiento del empleo, finalidades estas inspiradoras de la reforma que dio lugar al nacimiento del artículo 146 bis LC; o (iii) que la previsión, en el segundo párrafo del artículo 146 bis.4 LC, de un supuesto específico en el que no opera la regla de exoneración del pasivo, jugaría en contra de la extensión del mismo régimen a otros supuestos.

15.- Y decimos que no lo compartimos porque ni la lectura que se ha brindado en precedentes párrafos representa una interpretación extensiva de ningún tipo de los preceptos en juego, ni las previsiones contenidas en la última parte del párrafo primero del artículo 146 bis 4 LC pueden ser etiquetadas como normas excepcionales, ni la exclusión impuesta en el segundo párrafo del artículo 146 bis.4 LC comporta las consecuencias interpretativas señaladas, por cuanto va referida a la aplicación del régimen delimitado en el párrafo primero a partir de todos los elementos que se señalan en el mismo. Por lo demás, cualesquiera consideraciones acerca del impacto de la solución alcanzada sobre la viabilidad de la venta de **unidad productiva** en sede concursal como opción real una vez abierta la fase de liquidación, o sobre el favorecimiento de un determinado acreedor, la TGSS, en que pudiera resultar, en detrimento de los demás acreedores concursales, han de entenderse claudicantes ante lo que debe considerarse una decisión consciente del legislador.

16.- Finalmente, conviene recordar que, según lo indicado por el Tribunal de Justicia en su auto de 28 de enero de 2015, C- 688/13, Gimnasio Deportivo San Andrés, la Directiva 2001/23 no se opone a que la normativa de los Estados miembros permita la transferencia al cesionario de las cargas del cedente sujeto a un procedimiento de insolvencia bajo la supervisión de una autoridad pública competente resultante de contratos o relaciones laborales que ya se hubieran extinguido antes de la fecha de la transmisión (entre las que se incluyen las cotizaciones al régimen legal de seguridad social, apartado 53).

17.- A la vista de las consideraciones que preceden, el recurso debe prosperar, con el resultado que queda reflejado en la parte dispositiva.

III. COSTAS DE LA SEGUNDA INSTANCIA

18.- La suerte del recurso comporta que no proceda hacer expreso pronunciamiento condenatorio en cuanto a las costas generadas por el recurso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente y general aplicación,

PARTE DISPOSITIVA

En atención a lo expuesto, la Sala acuerda:

1.- ESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL contra el auto dictado por el Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid el día 1 de octubre de 2015 en la pieza quinta del concurso de acreedores nº 392/2013



2.- En consecuencia, sustituir el último inciso del subapartado (ix) del apartado "1.- Normas generales", dentro del epígrafe "III.- PLAN DE REALIZACIÓN DE LOS BIENES Y DERECHOS" del plan de liquidación, que reza; "[..] y la **no subrogación** en las deudas de la seguridad social correspondiente a los trabajadores, en cuyos contratos no se subroga el adquirente de la **unidad productiva**" por el siguiente dictado: "[El juez que conoce del concurso deberá acordar...] y la subrogación en las deudas de la seguridad social correspondiente a los trabajadores en cuyos contratos no se subroga el adquirente de la **unidad productiva**".

3.- No hacer expreso pronunciamiento condenatorio en cuanto a las costas generadas por el recurso.

Contra esta resolución no cabe interponer recurso alguno.

Así, por este auto, lo acuerdan, mandan y firman los ilustrísimos señores magistrados integrantes de este tribunal que constan en el encabezamiento de esta resolución.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ