



Roj: **AAP B 9856/2009 - ECLI:ES:APB:2009:9856A**

Id Cendoj: **08019370152009200199**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **16/12/2009**

Nº de Recurso: **323/2009**

Nº de Resolución: **208/2009**

Procedimiento: **Incidente**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

SECCIÓN DECIMOQUINTA

ROLLO Nº 323/09-2ª

CONCURSO DE ACREEDORES Nº 166/2007

JUZGADO MERCANTIL Nº 5 DE BARCELONA

AUTO Núm.

Ilmos. Sres.

D. IGNACIO SANCHO GARGALLO

D. LUIS GARRIDO ESPA

D. JORDI LLUIS FORGAS I FOLCH

En la ciudad de Barcelona, a dieciséis de diciembre de dos mil nueve.

Vistos ante la Sección Quince de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de concurso de acreedores de la sociedad BONAR PLASTICS, S.A.U., seguidos bajo el número 166/2007 ante el Juzgado Mercantil número 5 de Barcelona. La TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL recurre en apelación el auto de adjudicación de determinados bienes de la concursada de fecha 30 de septiembre de 2008, así como el auto de fecha 23 de febrero de 2009 que desestima el recurso de reposición interpuesto frente al auto de adjudicación.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: La parte dispositiva del auto de 23 de febrero de 2009 es del tenor literal siguiente: "Debo desestimar y desestimo el recurso de reposición interpuesto por TGSS contra el Auto de fecha 30 de septiembre de 2008, el cual se confirma por sus propios términos en toda su extensión".

SEGUNDO: Contra las anteriores resoluciones se interpuso recurso de apelación por la representación de la TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, que fue preparado y formalizado conforme a la vigente LEC. Recibidas las actuaciones y formado en la Sala el Rollo correspondiente, se procedió a señalar la votación y fallo para el día 25 de noviembre de 2009.

TERCERO: En el presente juicio se han observado y cumplido las prescripciones legales.

Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. IGNACIO SANCHO GARGALLO.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: La TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (TGSS) recurre el auto de adjudicación de determinados bienes que formaban parte del activo de la concursada y que, en fase de liquidación, han sido



vendidos a un tercero, porque el juzgado no ha reconocido que respecto de los créditos de la Seguridad Social existe sucesión de empresa. En última instancia la cuestión que se discute en esta alzada es de estricta interpretación legal, y ya fue objeto de resolución en nuestro auto de 29 de noviembre de 2007 (RA 788/07), sin que acertemos a advertir que hayan cambiado los términos del debate. Razón por la cual, la misma doctrina que entonces invocamos aplicaremos en este caso para resolver el presente recurso.

SEGUNDO: Como ya hacíamos en la resolución de referencia, hemos de distinguir entre el régimen legal de sucesión de empresa respecto de los créditos de la TGSS dentro y fuera del concurso de acreedores. Fuera del ámbito concursal la normativa legal propia, en concreto los arts. 104 y 127.2 TRLGSS, expresamente prevé que respecto de los créditos que la TGSS tuviera por cotizaciones, cuando se produzca una transmisión de la empresa o de una unidad productiva, existirá sucesión de empresa y consiguientemente el adquirente es responsable solidario del pago de las deudas con la Seguridad Social generadas por la empresa o la unidad productiva que adquiere. Una previsión paralela a ésta podemos encontrarla en el actual art. 42 LGT, respecto de los créditos tributarios, y en el art. 44 ET, respecto de los créditos laborales.

Pero este régimen general, que se regula por la normativa sectorial, queda afectado o alterado en caso de concurso de acreedores, en la medida que en ese caso la norma especial es la concursal, que regula y condiciona la sucesión de empresa en el caso de que la liquidación, realizada dentro de un plan de liquidación (art. 148 LC) o por aplicación de las reglas supletorias del art. 149 LC, se lleve a cabo mediante la enajenación del conjunto de la empresa o de una unidad productiva.

La venta de empresa o de una unidad productiva no deja de ser un medio de realización, dentro de la liquidación concursal, de los bienes y derechos de contenido patrimonial del deudor concursado, alternativo a la enajenación individualizada o por lotes de los distintos elementos de la masa activa. De hecho, tal y como se recoge en la exposición de motivos, "la ley procura la conservación de las empresas o unidades productivas de bienes o servicios integradas en la masa, mediante su enajenación como un todo, salvo que resulte más conveniente a los intereses del concurso su división o la realización aislada de todos o alguno de sus elementos componentes, con preferencia a las soluciones que garanticen la continuidad de la empresa" (E.m VII LC). Es precisamente el beneficio generalizado que produce la continuidad de la empresa, en la medida en que contribuye a conservar total o parcialmente los puestos de trabajo, lo que consiguientemente evita mayores gastos para la masa derivados de la extinción de los contratos de trabajo y genera riqueza al seguir operando empresarialmente en el mercado, el que lleva al legislador a favorecer esta forma de realización.

Primero, el art. 149.1.1ª LC, al regular las reglas legales supletorias de la liquidación, antepone claramente la venta de empresa o de unidades productivas a la enajenación aislada o en lotes de los elementos del activo. Y después, el art. 149.2 LC regula los efectos de tales ventas de empresa o de unidades de producción, disponiendo que "se considerará, a los efectos laborales, que existe sucesión de empresa", sin perjuicio de reconocer al Juez del concurso la facultad de "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 Estatutos de los Trabajadores".

Con ello, claramente, la Ley Concursal parte de la premisa de que la enajenación de la empresa o de la unidad productiva dentro de la liquidación se hace libre de deudas, esto es, el adquirente no se subroga en las deudas del concursado, sin perjuicio de las garantías reales que puedan gravar alguno de los bienes muebles o inmuebles incorporados a la empresa o unidad productiva. A estos efectos, la venta de la empresa o de una unidad productiva tiene el mismo régimen que la realización individualizada o en lotes de los elementos que componen el activo, pues el adquirente las recibe libre de cargas, salvo las reales que graven alguno de los bienes adquiridos. Y ello es así como consecuencia de la lógica del concurso que busca dar una solución común al problema ocasionado con la insolvencia del deudor común para sus acreedores, articulando un procedimiento que facilite un convenio y, si no es posible o no se llega a cumplir, una liquidación universal del activo del deudor. La liquidación concursal va encaminada a la realización de la masa activa para con lo obtenido pagar a los acreedores, afectados por el principio de la par condicio creditorum, según las reglas de pago derivadas de la clasificación de créditos y de la existencia de créditos contra la masa. En esta lógica, los acreedores cobran dentro del concurso y con lo obtenido de la realización del activo, por el orden derivado de la clasificación de sus créditos, sin que, salvo en el caso de quienes tengan garantizado el crédito con una garantía real, tengan derecho a hacerlo de los terceros que adquieran los bienes realizados o la empresa o unidad productiva, caso de optarse por tal forma de realización, pues de otro modo, se alteraría la par condicio creditorum.

Así se entiende que, bajo esta lógica del concurso, el art. 149.2 LC regule la única excepción a este principio general de que la transmisión de la empresa o de una unidad productiva no constituye propiamente una sucesión de empresa. Según este precepto tan sólo a efectos laborales se considerará que existe sucesión de empresa, y por ello el adquirente responderá durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con



anterioridad a la adquisición que no hubieren sido satisfechas (art. 44.3 ET), en este caso con la liquidación concursal.

No obstante, el art. 149.2 LC permite que el juez en el auto de adjudicación pueda acordar que el adquirente no se subrogue en la parte 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 art. 33 ET. Esto es, el importe de los salarios e indemnizaciones que conforme al art. 33 ET pagó el FOGASA, como consecuencia del concurso del empresario empleador, y que tendría derecho a subrogarse para repetir contra el deudor concursado, no será reclamable del adquirente de la empresa o unidad productiva si ha sido liberado de esta obligación por el Juez del concurso.

Esta normativa nacional no contradice la normativa comunitaria, constituida originariamente por Directiva 77/187, de 14 de febrero, que ha experimentado diferentes reformas, entre otras la Directiva 98/50 de 29 de junio (que contempla las transmisiones de empresa en concurso), y que han quedado refundidas en el texto consolidado aprobado por la Directiva 2001/23, de 12 de marzo (DOCE de 22 de marzo de 2001). La Directiva, que pretende asegurar la continuidad de los contratos de trabajo tras la transmisión de la empresa o la unidad productiva en la que se trabaja, para lo cual se prevé la subrogación contractual laboral del cesionario en la posición empresarial del cedente, que asume la condición de empleador, permaneciendo inalteradas las condiciones de trabajo anteriores a la transmisión, en situaciones concursales reduce los estándares de protección para el trabajador siempre que con ello se consigue la continuación de la empresa, y con ello el mantenimiento de la mayor parte de los puestos de trabajo (art. 5).

En este contexto, el crédito de la Seguridad Social, como cualquier otro crédito que no sea propiamente laboral, no resulta exigible al adquirente de la unidad productiva, y ello sin necesidad de que se pronuncie expresamente en tal sentido la normativa sobre Seguridad Social. Podría haberlo hecho, como la Ley General Tributaria que expresamente lo prevé en el último párrafo de su art. 42.1, pero ello no es necesario, pues como ya hemos apuntado en caso de concurso la norma especial, que regula no sólo el procedimiento concursal sino también sus efectos, es la Ley Concursal, que expresamente ha sido promulgada bajo el principio de unidad legal, de que sea esta Ley la única que regule el concurso de acreedores y sus efectos.

TERCERO: Desestimado el recurso de apelación procede imponer las costas de esta alzada a la parte apelante, de conformidad con lo prescrito en el art. 398.1 LC.

PARTE DISPOSITIVA

DESESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por la representación de la TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, contra el auto de fecha 23 de febrero de 2009 que desestima el recurso de reposición interpuesto frente al auto adjudicación de 30 de septiembre de 2008, dictados por el Juzgado mercantil nº 5 de Barcelona, que CONFIRMAMOS, con imposición de costas a la parte apelante.

Firme que sea esta resolución, devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la misma para su cumplimiento.

Así por éste nuestro auto, del que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.