



**COMILLAS**  
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

# **La Transmisión de Unidades Productivas en el Concurso de Acreedores**

Autor: Jaime Ruiz Guitera

5º E-3 D

Derecho Concursal

Miguel Martínez Muñoz

Madrid

Mayo 2020

# ÍNDICE

## Resumen y Abstract

<b>I. Introducción .....</b>	<b>5</b>
<b>II. Cuestiones Previas .....</b>	<b>7</b>
1. La Ley Concursal.....	7
2. La Unidad Productiva.....	9
2.1. Diferencias entre Conceptos Similares.....	9
2.2 En Relación con el Concepto de Sucesión Empresarial.....	10
2.3 Propuesta legislativa.....	13
3. Finalidad del Concurso de Acreedores.....	14
3.1 Repaso de Legislación Comparada.....	14
3.2 Pronunciamientos del Legislador Español.....	16
3.3 La Tensión entre los Dos Principios en Juego.....	19
3.4 La Tercera Vía.....	22
<b>III. Análisis de Fondo .....</b>	<b>25</b>
1. Transmisión en las Diferentes Fases del Procedimiento Concursal.....	25
1.1. En Liquidación.....	25
1.1.1. Métodos de Venta.....	26
1.1.2. A Través de Persona o Entidad Especializada.....	28
1.2. Con Anterioridad al Auto que declara el concurso.....	30
1.3. Con la Solicitud de Declaración de Concurso Voluntario.....	31
1.4. En Fase Común.....	32
1.5. En Convenio.....	33
1.6. Balance Favorable.....	35
2. Efectos sobre el Activo.....	36
2.1. Régimen General.....	36
2.2. Excepciones y Controversias.....	38
2.2.1. Los Contratos de Arrendamiento.....	39
2.2.2. Los Contratos Personalísimos.....	41
2.2.3. Las Garantías Reales.....	43

2.2.4. Las Garantías Personales.....	44
2.3. Valoración de la Reforma Acaecida.....	45
3. Efectos sobre el Pasivo.....	47
3.1. Régimen General y Excepciones.....	47
3.2. La Sucesión Empresarial.....	48
3.3. Evolución del Perímetro.....	48
3.4. Desarrollo de la Posible Modulación de los Efectos.....	50
3.5. Crítica de la Evolución Normativa.....	52
3.6. Soluciones Alternativas.....	54
3.7. Legislación Extranjera.....	56
3.7.1. Estados Unidos.....	56
3.7.2. Chile.....	58
3.7.3. Unión Europea.....	59
3.7.4. Lecciones extrapolables.....	60
<b>VII. El Futuro Inmediato.....</b>	<b>61</b>
1. La LC en la práctica.....	61
2. Nueva Reforma a la Vista.....	61
<b>VIII. Conclusiones .....</b>	<b>63</b>
<b>IX. Bibliografía .....</b>	<b>65</b>

## **RESUMEN**

La transmisión de unidades productivas merece una especial atención dentro del contenido de nuestra normativa concursal. Vía intermedia entre la satisfacción crediticia y la continuidad de la actividad empresarial, sus potenciales efectos, en beneficio de todos los intereses implicados en un procedimiento de insolvencia, no han sido eficientemente aprovechados en la práctica. Únicamente, alrededor de un 10% de los concursos de acreedores experimentan la fructificación de este tipo de operaciones. Por consiguiente, nos conminamos a tratar de averiguar las razones de esta escasa presencia en la realidad profesional. Para ello, revisaremos legislación y jurisprudencia española, profusa opinión doctrinal al respecto, así como normativas de insolvencia extranjera. El objetivo final será averiguar los obstáculos a la vez que propondremos las medidas adecuadas para superarlos.

**Palabras Clave:** Derecho concursal, insolvencia, transmisión de unidades productivas, subrogación de pasivo sociolaboral, administrador concursal, conservación empresarial, satisfacción crediticia, derecho comparado, jurisdicción mercantil, FOGASA.

## **ABSTRACT**

The transmission of production units deserves special attention within the content of the Spanish bankruptcy regulation. As an intermediate route between credit satisfaction and business continuity, its potential effects, in benefit of all the interests involved in an insolvency proceeding, have not been efficiently exploited. Only in about 10% of cases do these type of operations succeed. We are therefore committed to seeking out the reasons for this low incidence in professional practice. To this end, we will review Spanish legislation and case law, as well as extensive doctrinal opinion on the subject and foreign insolvency regulations. Our ultimate aim will be to ascertain the obstacles while proposing the appropriate measures to overcome them.

**Key words:** Bankruptcy law, insolvency, transfer of productive units, subrogation of social and labour liabilities, bankruptcy administrator, business conservation, credit satisfaction, comparative law, commercial jurisdiction, FOGASA.

## **I. INTRODUCCIÓN**

El presente trabajo tiene como objeto de estudio la transmisión de unidades productivas en el seno de un concurso de acreedores.

No obstante, desde un primer momento se rechazó la idea de que este trabajo diera como único resultado la recopilación de toda legislación actual en la materia.

Con este objetivo, se propuso afrontar el asunto desde varios puntos de vista agrupados en tres secciones. De este modo, repasaremos el pasado y presente de la regulación concursal para después pasar a analizar qué puede, y qué debería, depararnos el futuro.

Comenzaremos con un análisis exhaustivo de aquellas cuestiones y conceptos básicos que nos acompañarán a lo largo de los sucesivos epígrafes, con el objetivo de esclarecer correctamente la extensión y significado de los mismos.

La segunda sección, el grueso del trabajo, estará dedicada a repasar el espíritu del legislador español. Igualmente, el estudio del contexto histórico normativo permitirá esclarecer la verdadera finalidad perseguida por los redactores de la ley, tras varios años de evolución y profusas modificaciones en la materia.

Por su parte, la tercera y última sección, sin contar claro, las conclusiones del trabajo, estará dedicada a dar voz (en papel) a un experto en la materia. Conociendo la realidad de estos profesionales a la hora de resolver los concursos de acreedores que les son encomendados, seremos capaces de comprender de primera mano los problemas a los que se enfrentan y en qué medida nuestra regulación vigente facilita o no su resolución. En suma, su opinión devendrá fundamental a la hora de intuir qué nos deparará el mañana más cercano en términos concursales, comparándola además con las propuestas de reforma legislativa que en el momento de confección de este trabajo están siendo tramitadas en las Cortes Generales.

En suma, acompañando el análisis de determinadas cuestiones de gran relevancia, quedará reflejada la perspectiva del derecho comparado. Con el repaso de la normativa vigente en otros Estados podremos nutrirnos de nuevas ideas y enfoques a los que aspirar o terminar por rechazar. En coherencia con este deseo de encontrar novedosas fuentes de inspiración hacia donde orientar la regulación futura del procedimiento

concurzal, serán tres los continentes cuya normativa revisaremos para de este modo adquirir una visión global del fenómeno.

En lo que concierne a la metodología utilizada, las categorías en las que las fuentes de información consultadas podrían ser agrupadas son:

La parte legal, integrada por todo tipo de leyes, vigentes y derogadas, españolas y extranjeras, las cuales contribuirán a facilitar el conocimiento no solo del proceso concurzal sino también del significado de complejos y controvertidos conceptos.

La parte académica o doctrinal, esta es, todo aquel compendio de doctrina mercantil presente en trabajos de otros autores, tesis doctorales, artículos de revistas especializadas y monografías de derecho.

Por último, la parte práctica se correspondería básicamente con la recopilación directa de las opiniones/experiencias de profesionales en la materia y por supuesto con la prolífica doctrina jurisprudencial en la materia.

## II. CUESTIONES PREVIAS

### 1. LA LEY CONCURSAL.

El cuerpo jurídico sobre el que orbita este trabajo no podría ser otro que aquel encargado de regular el procedimiento concursal en nuestro país. La Ley 22/2003, en adelante, Ley Concursal (LC) que entró en vigor el primero de septiembre del año siguiente.

Este texto legislativo se apartó de la filosofía meramente liquidativa del anteproyecto de 1995, en el cual la preeminencia del cobro ordenado de los acreedores aparecía como eje indiscutible. Tampoco la función conservativa y solutoria del también fracasado anteproyecto de 1983 fue el camino a seguir. Sin embargo, un híbrido entre ambas vías fue por lo que terminó optando el legislador como eje de la regulación<sup>1</sup>.

Los otros principios cardinales en los que se inspiró esta inédita normativa fueron tres:

#### i. Unidad legal:

En base al principio de *lex specialis derogat generali*, la LC se erigió como la norma encargada de regular todo lo concerniente al instituto concursal de una forma monopolística, tanto en lo relativo al ámbito material como en relación con los aspectos procesales. Por consiguiente, leyes enteras y numerosísimos artículos de textos cuyo origen anacrónico se remontaba incluso al siglo XIX, fueron eliminados a través de su Disposición Derogatoria Única.

Sin embargo, no podemos sino exponer nuestras reservas a dicha afirmación. Es difícil obviar la existencia de una regulación muy particular en ámbitos tan importantes como las sociedades deportivas, las empresas de seguros, las entidades de crédito y las dedicadas a los servicios de inversión. Por ello, sería más preciso hablar de una existencia de unidad legislativa relativa. En cualquier caso, parece claro que la dispersión absoluta terminó con la promulgación de la LC<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> SEBASTIÁN, R., “Aproximación a la reforma del derecho concursal”, *Actualidad Jurídica Uría & Menéndez*, núm. 6, 2003, pág. 22.

<sup>2</sup> OLIVENCIA, M., *La terminología jurídica de la reforma concursal*. Madrid, Iustel, 2006, pág. 148.

ii. Unidad de disciplina:

Al contrario de lo que sucedía con anterioridad a su entrada en vigor, la LC es la normativa aplicable tanto para el supuesto de insolvencia de empresarios persona física o jurídica, como de no comerciantes.

De nuevo la firmeza de la aseveración es ampliamente discutible. Las diferencias van desde obligaciones contables hasta principios que inspiran al articulado como la conservación de la actividad negocial<sup>3</sup>. Por ende, parece evidente que estamos ante una legislación diseñada para atender principalmente las insolvencias en personas jurídicas con fines mercantiles<sup>4</sup>.

iii. Unidad de sistema:

Lo que este axioma vino a introducir fue la implantación de un proceso único sin importar el tamaño de la empresa insolvente ni del volumen o el número de acreedores perjudicados. No obstante, la introducción del procedimiento abreviado empañó la unicidad de la institución concursal, si bien también podría ser considerada como un mero ajuste a la regla general para todos aquellos supuestos que revistan poca complejidad<sup>5</sup>.

Desde su entrada en vigor en 2004, la LC ha sido modificada en 28 ocasiones<sup>6</sup>, aunque como iremos comprobando en las páginas siguientes, son dos las reformas que han supuesto una verdadera transformación en lo concerniente al asunto que nos atañe: la transmisión de unidades productivas (en adelante, UP).

El Real Decreto Ley 11/2014 y su posterior convalidación a través de la Ley 9/2015, de 26 de mayo, la cual sin duda respetó sus líneas generales.

---

<sup>3</sup> ESCOBAR G. A., *El sentido de la institución concursal: los principios del concurso*. Tesis doctoral dirigida por Dr. D. José Luis Pérez-Serrabona Gonzalez, Universidad de Granada, 2016, pág. 222.

<sup>4</sup> ZABALETA DÍAZ, M. “El concurso del consumidor”, *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Alcalá*, núm. 3, 2010, pág. 312.

<sup>5</sup> DÍAZ MORENO, A., “El nuevo procedimiento abreviado”, en *Comentarios a la reforma de la Ley Concursal*, Ed. G.-A. & Pombo, 2011, pág. 7.

<sup>6</sup> Compañía Española de Seguros de Crédito a la Exportación, “Evolución de los procesos concursales en España”, Madrid: Informa D&B, abril 2019, pág. 3.



## 2. LA UNIDAD PRODUCTIVA.

### 2.1. Diferencias entre Conceptos Similares.

En nuestra opinión, conviene empezar aclarando la diferencia entre el concepto de UP y el significado de otras dos figuras semejantes con las cuales muchas veces se termina por confundir: la venta unitaria y la venta en globo.

Todas ellas describen una misma realidad. El deudor en el seno de un procedimiento concursal se dispone a liquidar su patrimonio. Sin embargo, cada una de estas tres operaciones presentan una serie de matices que acaban por caracterizarlas.

La venta unitaria equivale a la de la empresa al completo, entendida como aquel ente integrado por un conjunto organizado de bienes donde el elemento intangible/incorpóreo es el componente fundamental que adhiere al resto<sup>7</sup>. Por consiguiente, el comprador se vería posibilitado para continuar con la actividad económica.

La idea de venta en globo respondería más bien al traspaso de un conjunto de elementos que ni se corresponderían con la totalidad del activo ni permitirían al nuevo propietario desarrollar una actividad comercial de forma autónoma<sup>8</sup>.

Por último, la venta de UP también habilitaría al presunto adquirente para seguir desarrollando la actividad empresarial propio del centro autónomo. No obstante, el deudor no se desprende aquí del conjunto de sus bienes y derechos sino simplemente de una parte<sup>9</sup>.

Resulta oportuno señalar que es competencia del administrador concursal el decidir qué fórmula de traspaso es la más adecuada según criterios económicos.

---

<sup>7</sup> CALERO, F. S., y GUILARTE, J. S., *Instituciones de derecho mercantil*, 32º ed., Madrid, Aranzadi, 2009, pág. 184.

<sup>8</sup> ARRAIZA JIMÉNEZ, P. *Cuestiones prácticas relacionadas con la venta de unidades productivas*, León, ICJCE, 2018, pág. 4.

<sup>9</sup> *Ibidem*.

Por tanto, las circunstancias y características propias de la empresa en concurso y de la actividad en la que se desenvuelve, así como el posible interés que suscitaría una u otra solución entre los potenciales compradores serían algunos de los parámetros a valorar<sup>10</sup>.

Una vez ya podemos intuir las diferencias con operaciones semejantes es momento de profundizar en el concepto de UP recogido en nuestro ordenamiento jurídico. Puesto que la LC omite aportar una definición específica, resulta más práctico acudir a la jurisprudencia. Así pues, pocas resoluciones judiciales tan clarificadoras en este sentido como la redactada por el Juzgado de lo Mercantil N° 6 de Madrid, abordando la cuestión del siguiente modo:

*“[...]la totalidad de los bienes de cualquier naturaleza organizados alrededor de una actividad empresarial o profesional concreta, y unidos a la misma de un modo estable, inseparable y permanente, presentando cierta autonomía respecto al resto de los bienes del deudor [...]”<sup>11</sup>.*

La legislación fiscal también nos aporta una buena aproximación, equiparando los conceptos de “unidad económica” y “rama de actividad”, describiéndoles como un conjunto de elementos patrimoniales capaces de operar “por sus propios medios”<sup>12</sup>.

## **2.2 En Relación con el Concepto de Sucesión Empresarial.**

Como bien adelantábamos, la legislación concursal no aporta una definición concreta. De hecho, lo que en realidad hace la LC es, a través de su artículo 149, transcribir el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores (ET). Dicho precepto delimita en qué tipo de operaciones tiene lugar la sucesión de empresa, es decir, la subrogación por parte del adquirente en las obligaciones sociolaborales del anterior propietario<sup>13</sup>.

Entre los negocios jurídicos afectados se encontraría la transmisión de una UP, pero el legislador tampoco se para aquí a describir sus características en profundidad.

---

<sup>10</sup> AJM N° 1 de Donostia de 03/06/2014.

<sup>11</sup> AJM N° 6 de Madrid de 22/05/2015.

<sup>12</sup> Artículo 74.6, Ley del Impuesto sobre Sociedades.

<sup>13</sup> Artículo 44, Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

Por el contrario, se limita a asimilarla con aquella entidad económica que mantiene su identidad a través de una agrupación de medios organizados con el objetivo de llevar a cabo una actividad económica, sea esta esencial o auxiliar.

En cualquier caso, no basta con el hecho de que los empleados de una entidad pasen a trabajar para otro empresario distinto, aun realizando la misma tarea, para que estemos ante la regla prevista en el artículo 44 ET. Es necesario que además se haya producido la cesión de *“los elementos patrimoniales que configuran la infraestructura u organización empresarial básica de la explotación”*<sup>14</sup>.

Como puede intuirse, al hablar de centros de trabajo autónomos, el fenómeno de la sucesión empresarial puede dar lugar a situaciones un tanto complejas. De este modo, apreciar si debe haber subrogación del nuevo adquirente es muchas veces cuestión de meros matices. El requisito de la continuación, cuanto menos substancial, de la actividad negocial no implica *per se* una interpretación sencilla para el juez competente.

Para arrojar un poco de luz al confuso asunto, conviene traer a colación la distinción coloquial pero realmente ilustrativa que llevó a cabo el magistrado en excedencia Javier García Marrero. En sus propios términos, ejemplificó lo que irremediablemente conllevaría la aplicación del artículo 44 ET:

*“Una cadena de restaurantes japoneses insolvente que en mitad del procedimiento traspasase uno de sus locales junto con la plantilla de asalariados a otra cadena de comida tailandesa. No habría dudas tampoco de la solución contraria en el caso de que el local fuese adquirido por una galería de arte para llevar a cabo exposiciones de cuadros. En este caso, el adquirente no se vería obligado a mantener los contratos de trabajo de la plantilla y mucho menos a responder de las cantidades que se les adeudasen. Sin embargo, si el comprador fuese a convertir el espacio en un bar de comida rápida, la respuesta podría depender del nivel de inversión necesario para poner a punto el nuevo negocio y de la presunta imposibilidad de los antiguos empleados para trabajar sin optar antes por una exhaustiva formación”*<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> STS núm. 4495/2008, de 29/05/2008.

<sup>15</sup> “La transmisión de unidades productivas, efectos en los contratos mercantiles y administrativos y responsabilidad social y laboral”, conferencia organizada por el Colegio de Economistas de Madrid el día 15 de Marzo de 2018, disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=nhyXz6u4mCA>

Asimismo, por si la interpretación no fuese lo suficientemente enrevesada, jueces mercantiles en nuestro país han llegado a aceptar la sucesión empresarial derivada de la venta de UP integradas por activos integrados en inventarios de distintas empresas pertenecientes a un mismo grupo societario<sup>16</sup>.

Con el propósito de resolver este tipo de complejas dicotomías, la Unión Europea tomó la iniciativa aportando una serie de criterios, los cuales debieran de conducirnos hasta la solución deseada. Eso sí, desde el tribunal fijado en Luxemburgo ya se subrayó que la evaluación de cada uno de los siguientes parámetros habría de hacerse conjuntamente y en ningún caso de forma aislada.

El traspaso o no de elementos materiales como inmuebles y de los objetos muebles contenidos en ellos; el valor de los activos intangibles (licencias, marcas, logos, patentes, derechos de autor, dominios de internet, entre otros) en el momento en que se formaliza la transmisión; la asunción (total o parcial) de la plantilla, es decir, de aquellos trabajadores indispensables para continuar la actividad empresarial; la transmisión o no de clientela; el tiempo de suspensión en caso de que se haya producido una parálisis del negocio durante el proceso de cambio en la dirección y por supuesto, como criterio básico, el grado de analogía del nuevo negocio con respecto del traspasado<sup>17</sup>.

En relación con el criterio que hace referencia a la posible suspensión temporal de la UP transmitida, habiendo tenido lugar un cese de la actividad con la consiguiente extinción de los contratos laborales, el comprador no se vería sometido a la regla de sucesión empresarial<sup>18</sup>.

Lo que sí parece claro es que la competencia para resolver acerca de sucesión empresarial recae sobre la jurisdicción social<sup>19</sup>. Por ello, serán los jueces de este orden quienes tengan que valorar la concurrencia o no de los criterios anteriormente expuestos.

---

<sup>16</sup> AJM Nº 8 de Madrid de 20/12/2013.

<sup>17</sup> STJUE de 09/09/2015, (Asunto C-160/14).

<sup>18</sup> AAP de Cáceres, Sección 1ª, de 14/03/2007.

<sup>19</sup> STS núm. 442/2017, de 18/05/2017.

Con todo, bajo nuestro punto de vista, mantenemos que la competencia para decidir el perímetro de la UP sigue recayendo en el orden mercantil, concretamente, en manos del juez del concurso.

La cuestión no es baladí ya que sería quien dispusiera de la última palabra a la hora de decidir qué contratos laborales ha de asumir el nuevo titular por encontrarse dichos trabajadores afectos a la particular actividad económica cuyo desarrollo se transmite.

El Tribunal Supremo aún no ha tomado partido al respecto. No obstante, la vía que defendemos se sitúa en consonancia con su jurisprudencia hasta la fecha. El reparto competencial fijado seguiría inalterado<sup>20</sup>. Aquellos trabajadores afectados por un eventual expediente de despido colectivo cuyas deudas no hubieran sido solidariamente asumidas por la nueva dirección, seguirían pudiendo recurrir ante la jurisdicción social. Alegarían que su vínculo contractual sí que se encontraba particularmente afecto a la actividad empresarial transmitida, por ende, debiendo ser también considerados como participantes de la sucesión empresarial. Como vemos, en ningún momento se habría cuestionado ante la jurisdicción mercantil la existencia o no de dicha sucesión empresarial.

### **2.3 Propuesta legislativa.**

El anteproyecto para la promulgación del texto refundido de la nueva LC que se está tramitando al tiempo que este trabajo coge forma, le otorga al legislador una oportunidad inmejorable para concretar la jurisdicción competente<sup>21</sup>.

Establecer formalmente al orden mercantil como encargado de resolver sobre qué se considera parte de la UP que se transmite es una solución doblemente pertinente.

Por un lado, para únicamente dejar a la jurisdicción social encargada de decidir si el traspaso en cuestión supone una sucesión de empresa, descargando así de trabajo al funcionariado público al evitar la concentración de todas las reclamaciones en esta clase de juzgados.

---

<sup>20</sup> ARRAIZA JIMÉNEZ, P., cit., pág. 6.

<sup>21</sup> La Ley 1/2019, en vigor desde el pasado 13 de marzo de 2020, habilitó al Gobierno, a través de su Disposición Final 3ª, para llevar a cabo la aprobación del texto refundido de la nueva Ley Concursal con un plazo máximo fijado en 8 meses.

Por otro, dejar en manos del juez del concurso la determinación de los elementos integrantes de un ente a veces tan específico, puede ser sinónimo de un mayor porcentaje de acierto al requerirse indubitadamente un profuso conocimiento del caso concreto.

De este modo, se reducirían los riesgos de pasivos ocultos aparecidos posteriormente en expedientes de derivación de responsabilidad<sup>22</sup>. Una mayor certidumbre en lo relativo a la fijación de aquellas deudas transmisibles deviene elemento crucial para que cualquier negociación fructifique<sup>23</sup>.

Adicionalmente, a nuestro entender, los tan oportunos criterios enunciados por el tribunal europeo debieran de ser como poco reflejados, si no ampliados, en nuestra normativa nacional, para de este modo fomentar su aplicabilidad a la hora de delimitar la subrogación en operaciones concursales con UP. El problema que al tratarse de un texto refundido vemos imposible la legislación *ex novo*. Por tanto, mantenemos la propuesta para futuras reformas integrales. En tiempos excepcionales como los que estamos viviendo con el Covid-19, no creemos que tarden en llegar.

### 3. FINALIDAD DEL CONCURSO DE ACREEDORES.

#### **3.1 Repaso de Legislación Comparada.**

Es importante comprender que el ordenamiento jurídico español se aparta de la línea seguida en otros países. Nuestra normativa concursal se pronuncia expresamente acerca de la finalidad que subyace en toda la regulación de los procedimientos de insolvencia, únicamente en sus exposiciones de motivos y/o preámbulos. Ambas figuras carecen de rango normativo limitándose su valor a meros efectos interpretativos<sup>24</sup>.

Ordenamientos jurídicos como el alemán o el inglés han optado por otras vías más exhaustivas y contundentes. No hay (casi) lugar a la especulación al amparo de los mismos.

---

<sup>22</sup> ARDAO CÓRDOBA, B. M., “Los retos futuros de las ventas de unidades productivas en sede concursal”, *Diario de La Ley*, , abril de 2020, núm. 9617, S.P.

<sup>23</sup> *Vid.* Pregunta 1 en Anexo II.

<sup>24</sup> STC núm. 150/1990, de 04/10/1990.

El caso del legislador teutón es especialmente relevante, pues fue el primero en fijar de forma expresa los objetivos perseguidos por la regulación concursal.

Ya en su primer artículo de la famosa *Insolvenzordnung* se muestra contundente<sup>25</sup>. La posición sistemática de la aserción no es desdeñable.

El precepto legal viene a decirnos que la meta básica es la satisfacción de los acreedores en la mayor medida posible y de forma proporcional. Esta solución puede encontrarse a través de la enajenación del activo y posterior reparto del líquido obtenido o mediante un acuerdo deudor-acreedores que propicie la continuación empresarial. Sea como fuere, el objetivo primordial está tajantemente establecido en el articulado, siendo por tanto de aplicabilidad *stricto sensu*.

El caso inglés es tácticamente distinto, pero igual de rotundo. Consecuencia de la reforma acaecida en 2002. El administrador concursal (*insolvency practitioner*) adquiere un protagonismo inaudito. A *grosso modo*, será él quien decida cuál es la finalidad concursal en el asunto concreto que le haya sido asignado. Eso sí, teniendo en cuenta por supuesto una serie de objetivos jerárquicamente consignados y puestos a su disposición por la *Insolvency Act*, de entre los cuales debe escoger uno. Una vez fijada y establecida su misión, tras un periodo reflexivo, ha de obligatoriamente someterse a ella de forma incondicional. Cualquier desvío del camino a seguir, atribuible por dolo o negligencia, le conllevaría incurrir en responsabilidad personal. Para lo cual debió forzosamente suscribir previamente un seguro de responsabilidad civil<sup>26</sup>.

A pesar de lo expuesto, conviene matizar que el ordenamiento mercantil anglosajón considerado en su conjunto sí que muestra una cierta propensión a soluciones distintas de la pura satisfacción crediticia, incluso antes de la entrada en concurso de acreedores, a través de los *Schemes of Arrangement (SoA)*. Se definen como una suerte de acuerdos pre concursales, aunque también pueden tener lugar una vez el deudor se encuentre inmerso en un procedimiento regulado de insolvencia. Los *SoA*, permiten a las sociedades en dificultades refinanciarse mediante un pacto vinculante<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> TIRADO MARTÍ, I., “Reflexiones sobre el concepto de ‘interés concursal’”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 62, núm. 3, 2009, págs. 1080-1081.

<sup>26</sup> *Ibidem*, págs. 1081-1082.

<sup>27</sup> WINDSOR, J., “Una visión panorámica de los “schemes of arrangement” ingleses”, *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, núm. 15, 2011, pág. 554.

Estos acuerdos se llevan a cabo por separado con las distintas clases de acreedores, siendo posible su imposición a quienes se hubieran opuesto dentro de cada clase concreta. Como adicionales medidas tendentes a favorecer la conservación del negocio, los *SoA* permiten el mantenimiento de los administradores de la sociedad, así como la enajenación de UP para que, en otras manos, puedan seguir funcionando<sup>28</sup>.

### **3.2 Pronunciamientos del Legislador Español.**

Como ya mencionamos en el primer epígrafe, nuestra normativa concursal perdió en 1983 la oportunidad para decididamente lanzarse a lograr un objetivo concreto, en ese caso, la conservación patrimonial del deudor con las modificaciones oportunas. Por el contrario, nuestra actual legislación surgida a principios del presente siglo tomó un camino mixto entre satisfacción de acreedores y salvación del negocio. Al menos en lo que a declaración de intenciones concierne. No obstante, no adelantemos acontecimientos y vayamos paso a paso.

Siguiendo el hilo de lo ya expuesto con anterioridad, la historia de los fines de nuestro derecho concursal es la historia de las afirmaciones contenidas en sus preámbulos. Tanto los de su ley originaria como los de sus sucesivas y numerosas reformas.

En la exposición de motivos de la original LC parece que en un principio se impone claramente la satisfacción de los acreedores como finalidad básica (“esencial” en palabras de los propios redactores).

Sin embargo, en párrafos posteriores la cuestión queda ampliamente matizada. Se dispone que el convenio sería la vía adecuada para lograr la finalidad de conservación de la actividad profesional. Para más inri, se describe este pacto consensuado como la solución normal del proceso. Aun aclarando que en ningún caso se busca el saneamiento de empresas ruinosas, el legislador puntualiza que su desenlace predilecto, el convenio, puede ser útil a la hora de satisfacer todos los intereses en juego al posibilitar la continuidad de aquellos negocios potencialmente viables.

---

<sup>28</sup> PAYNE, J., “Schemes of arrangement’ y reestructuración de deuda en el derecho inglés”, *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, núm. 22, 2015, págs. 315-328.



Por si esto fuera poco, para un supuesto fracaso en las negociaciones y consiguiente apertura de la última fase, la *mens legis* queda reflejada en estos términos,

*“Aun en este último caso, 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”*<sup>29</sup>.

Ahora pasemos a analizar los pronunciamientos de las sucesivas modificaciones experimentadas por la normativa inicial<sup>30</sup>.

En la del 2011, se refuerza la apuesta por la salvación de la actividad comercial del concursado. El legislador reprueba que la solución más habitual del concurso termine siendo la liquidación y reparto sin que eso haya redundado en un mayor cumplimiento de las expectativas de los acreedores ordinarios. Por el contrario, a su juicio, son los trabajadores, con los inevitables expedientes de regulación de empleo que sufren, quienes realmente experimentan las negativas consecuencias de esta tendencia.

No obstante, mientras que en relación con el conjunto de las entidades empresariales se describe la supervivencia como uno de los propósitos principales de la normativa vigente, en el caso de las entidades deportivas se especifica sin rodeos en los siguientes términos que, “[...]la normativa concursal presenta como elemento inspirador y como fin del concurso la supervivencia y mantenimiento de la actividad del deudor concursado”<sup>31</sup>.

En el 2014, se pone el acento en los acuerdos pre concursales para salvaguardar aquellos negocios aparentemente viables desde un punto de vista operativo.

En 2015 tiene lugar la reforma que más nos interesa por transformar la regulación de las unidades productivas, o más bien por terminar de aclararla. La Ley 9/2015. En su exposición de motivos, se vuelve a insistir en la búsqueda, si posible, de la continuidad de la actividad productiva en aras del interés general.

---

<sup>29</sup> Exposición de Motivos VII, Ley Concursal.

<sup>30</sup> GUILARTE, J. S., “El fin del concurso y el del convenio”, *Documentos de trabajo del Departamento de Derecho Mercantil UCM*, núm. 101, Madrid, 2016, págs. 12-15.

<sup>31</sup> Exposición de motivos IX, Reforma de la Ley Concursal por la Ley 38/2011.

Ese mismo año, la Ley 25/2015, destinada a modificar la regulación del deudor insolvente persona física, afirma la importancia de otorgar una segunda vida a todos aquellos proyectos de emprendimiento fracasados.

Con todo, estas sucesivas reformas lo que hacen es corroborar aún más firmemente que el legislador español no se atreve a extender por completo y decididamente estos mecanismos de segunda oportunidad a todo tipo de empresas; sino que se limita a concedérselos sin tapujos, al menos en sus respectivas declaraciones de intención, a ámbitos concretos y reducidos como serían la persona física insolvente o las sociedades deportivas.

En un país donde ni la prima de riesgo más alta supondría una décima parte de la revolución social que conllevaría la desaparición de un histórico club de fútbol, no es difícil entender el interés del legislador en mantener la regulación concerniente al fenómeno deportivo en un plano aparte.

En resumen, si bien la redacción originaria de la LC intentó conjugar las funciones solutorias y conservativas de tal modo que quedase claro la dependencia de la segunda, en el sentido de que mantener la actividad empresarial no podía conseguirse a costa de un menor grado de satisfacción de los acreedores, lo que está claro es que las sucesivas reformas han ido enturbiando el panorama. Entendamos aquí “enturbiando” no en sentido peyorativo del término sino simplemente como adjetivo descriptivo de una menor claridad en la jerarquización de los principios rectores<sup>32</sup>.

Sin llegar a “cambiar las tornas”, nadie duda de que el abrumador dominio de la terminación liquidativa en un contexto de crisis económica ha forzado al legislador a poner en el punto de mira la continuidad de la actividad económica como objetivo prioritario. Además, el reconocimiento y consiguiente fomento de acuerdos pre concursales en los últimos años, como los pactos de refinanciación, van en la misma dirección: evitar entrar en un proceso con claros visos de acabar para siempre con la continuidad del negocio<sup>33</sup>.

---

<sup>32</sup> CAMPUZANO, A. B., “El derecho de la insolvencia”, *e-DICTVM*, núm. 39, marzo de 2015, pág. 1.

<sup>33</sup> *Ibidem*, pág. 2.

No es criticable, a nuestro juicio, la disposición por tratar de acomodar la normativa a la realidad existente en cada momento. Sin embargo, habríamos de discurrir si la técnica empleada ha sido el instrumento adecuado para alcanzar dicho fin. El constante recurso al Decreto-Ley plantea serias dudas al respecto<sup>34</sup>.

Su tramitación, aun con una posterior convalidación ley mediante, no es el paradigma de proceso sometido a profunda reflexión y análisis. *De facto*, es el método preferido para “tapar parches”. Se recurre a él para solventar con celeridad cuestiones particulares sin optar por vías más pausadas pero conducentes a cortar la raíz del problema. A todo lo anterior habría que igualmente sumarle la consiguiente sensación de estar ante una regulación etérea, sujeta a cambios constantes, con las dificultades de aplicación transitoria entre reformas que eso conlleva<sup>35</sup>.

En fin, cabría preguntarnos si los objetivos perseguidos no se alcanzarían mejor mediante una reforma más sosegada, generalista, y por qué no sugerirlo, más consensuada.

### **3.3 La Tensión entre los Dos Principios en Juego.**

Como hemos podido comprobar, cuando hablamos de las discusiones acerca de la verdadera finalidad que informa todo el ordenamiento jurídico en materia concursal, en realidad podemos reducir este debate a la dicotomía continuismo versus satisfacción crediticia. Cada una de ambas posturas reflejadas como consecuencia inmediata de cada una de las dos fases procedimentales, convenio y liquidación, respectivamente.

La tendencia general es la de no considerar la función conservacionista como fin en sí mismo sino como accesorio del fin último, el solutorio. MONEREO PÉREZ no lo puede sintetizar mejor cuando expone que,

*“El modelo sigue de cerca la tutela preferente del interés de los acreedores, antes que el de los accionistas y el de los trabajadores”*<sup>36</sup>.

---

<sup>34</sup> CAMPUZANO, A. B., cit., 2.

<sup>35</sup> *Ibidem*.

<sup>36</sup> MONEREO PÉREZ, J.L., *La conservación de la empresa en la Ley concursal*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2006, pág. 99.

Sin embargo, no es tampoco correcto obviar la postura de aquellos que defienden la vía conservativa como meta en sí misma, la cual habría de guiar la actuación de jueces y administradores concursales. Para ello, se sirven de razones de toda índole, por ejemplo: la protección del interés general medido en términos de productividad al considerar toda reasignación de factores entre empresas como causante de enorme ineficiencia<sup>37</sup>.

En este punto resulta preciso traer a colación una serie de matizaciones.

- No es unánime la opinión doctrinal de que ambos fines tengan cabida en nuestro ordenamiento jurídico.

Podríamos entender que lo estipulado en la exposición de motivos no es más que eso, una mera declaración (expresa incluso) de intenciones, pero que no va más allá, al no quedar reflejada posteriormente en el articulado<sup>38</sup>.

El hecho de que la satisfacción de los acreedores permita ser resuelta en conjunción con una continuidad profesional del deudor no convierte a esta última en una finalidad *per se*, ni siquiera accesoria<sup>39</sup>. Simplemente se trataría de una mera habilitación para alcanzar el objetivo deseado. Además, defender lo contrario podría poner en peligro el principio de unidad que ilumina una regulación pensada para ser aplicada en todo tipo de situaciones, no solo insolvencias empresariales<sup>40</sup>. No sería coherente fomentar la pervivencia del negocio en unos casos y el pago de los acreedores en otro. Por último, atribuir al derecho concursal una finalidad de mantenimiento empresarial sería el equivalente a convertirlo en un derecho de las recesiones económicas abandonando la esencia neutra con la que fue concebido<sup>41</sup>. Impulsar la continuidad en aras del interés general no sería sino otorgarle un valor de derecho público que el mismo repelió, al impedir que sus efectos recayeran sobre los entes jurídico-públicos.

---

<sup>37</sup> FERNANDEZ RODRÍGUEZ, A., “Reflexiones sobre las soluciones preconcursales”, *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, núm. 16, 2012, pág. 115.

<sup>38</sup> GARNACHO CABANILLAS, L., “La pretendida finalidad conservativa del convenio en el Derecho Concursal italiano reformado y en el derecho español vigente”, *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, núm. 10, 2009, págs. 418 y ss.

<sup>39</sup> *Ibidem*.

<sup>40</sup> DE LA CUESTA RUTE, J.M., *El convenio concursal: comentarios a los artículos 98 a 141 de la Ley concursal*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2004, págs. 32-33.

<sup>41</sup> GARCÍA CRUCES, J. A., “Las operaciones de liquidación (III): la enajenación global de la empresa”, en *La liquidación concursal*, Ed. Civitas, Madrid, 2011, pág. 250.

- La corriente que confirma la preferencia de la solución pactada sobre la liquidativa por parte de nuestra LC también encuentra sus detractores.

Es innegable el hecho de reconocer el amplio margen de maniobra que tienen los actores implicados para llegar a un acuerdo del cual no gozan en la última fase última. De la misma manera que no resulta tampoco descabellado defender que el pretendido favoritismo solo queda plasmado en el orden temporal de ambas soluciones. Ahí termina toda preferencia. Prueba irrefutable de ello sería el hecho de que el deudor pueda impedir el convenio desde el principio y los acreedores rechazar todo acuerdo que no colme sus expectativas de cobro<sup>42</sup>.

- No siempre la apertura de la liquidación impide cualquier forma de conservación empresarial.

Hablamos de vencer ciertos prejuicios y restarle importancia a un posible fracaso en lo relativo a la negociación convencional, puesto que, incluso en la última fase concursal, la actividad empresarial puede propiciarse a través de una liquidación traslativa<sup>43</sup>.

Pensemos si no en los artículos 148 y 149 LC. En ellos se nos habla de enajenación unitaria de los centros de explotación o incluso de la empresa, si es que esto último aún fuera posible. De este modo, en otras manos, pero manteniéndose en el tráfico jurídico.

Asimismo, y para terminar de rizar el rizo, habiendo entrado en la última fase procedimental, es todavía legalmente viable la reactivación de la sociedad a través de un cumplimiento voluntario que ponga fin al concurso. Como única condición: “*mientras no termine la liquidación con el pago de los créditos*”<sup>44</sup>. Si bien es cierto que esta última alternativa parece más una habilitación utópica que práctica.

En definitiva, liquidación judicial conservativa y convenio liquidativo son dos figuras sorprendentemente posibles. Todo depende del resultado efectivo que derive de los acuerdos alcanzados<sup>45</sup>.

---

<sup>42</sup> TIRADO MARTÍ, I., cit., pág. 1071.

<sup>43</sup> PULGAR EZQUERRA, J., “Ley 17/2014 de medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial y Real Decreto-Ley 11/2014 de reformas urgentes en materia concursal: nuevos paradigmas”, *Diario La Ley*, núm. 8391, 2014, págs. 13-14.

<sup>44</sup> AAP de Alicante, Sección 8ª, de 15/072016.

<sup>45</sup> ALONSO LEDESMA, C., “La transmisión de la empresa o de unidades productivas del empresario insolvente como contenido del convenio concursal”, *Documentos de trabajo del Departamento de Derecho Mercantil UCM*, núm. 40, 2011, pág. 12.

No hacemos alusión aquí a un acuerdo con un contenido de cesión de bienes en pago de acreedores, expresamente prohibido por la LC y anteriormente amparado por el Código de Comercio y la Ley de Suspensión de Pagos. Por el contrario, nos remitimos a aquellas operaciones pactadas en fase convencional que den como resultado una escisión del patrimonio del concursado de una de sus UP.

### **3.4 La Tercera Vía.**

En lo concerniente a nuestra posición al respecto, nos alineamos con posturas más pragmáticas<sup>46</sup>.

Nuestra normativa mercantil no opta, ni puede optar, por las tesis radicalmente neoliberalistas. Una suerte de “sálvese quien pueda” donde el procedimiento concursal no sería sino simplemente el mecanismo subsidiario de la responsabilidad patrimonial universal cuando la satisfacción singular de cada acreedor no es posible en base al derecho común. De este modo, el mercado supuestamente se autorregularía expulsando a los actores insolventes, sin otorgarles mecanismos para poder al menos gozar de una segunda oportunidad empresarial.

Tampoco nos mostramos proclives a defender que la LC promueva una intervención pública en aras del interés general tal que justifique el saneamiento de todo tipo de sociedades, una suerte de “sálvese a toda costa”. En efecto, intromisiones estatales como la reconversión industrial de los ochenta o el rescate a la banca de la pasada década no son ni debieran nunca de ser, a nuestro entender, favorecidas por la regulación mercantil.

En consecuencia, la naturaleza neutral de nuestra regulación ha de atender (dejándolas por ende insatisfechas hasta cierto punto) a las distintas posturas, privatistas y públicas.<sup>47</sup> Sin embargo, no queremos detenernos en exceso indagando si la continuación ha de ser considerada como fin en sí mismo o auxiliar de la base, eso está claro, de todo procedimiento concursal: la satisfacción de los acreedores.

---

<sup>46</sup> ARTEAGA SAN MARTÍN, A. A., *Transmisión de la empresa y de unidades productivas en el concurso de acreedores*. Tesis doctoral dirigida por Dr. D. Fernando Cerdá Albero, Departamento de Derecho Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, 2015, págs. 36-41.

<sup>47</sup> RUBIO VICENTE, P. J., “La enajenación de la empresa en la nueva Ley Concursal”, *Revista de derecho de sociedades*, núm. 22, 2004, pág. 117.

Optamos por centrar nuestra divulgación en argumentar que la supervivencia de la actividad profesional no es sino la vía más adecuada para conseguir el cumplimiento de los créditos impagados. Pero no a cualquier precio. En concreto lo que planteamos es que, si posible, la estrategia de venta de UP sería el método más adecuado.

En este sentido, se debe tomar en consideración dos aspectos.

El primero tiene que ver con el principio supremo de satisfacción de la colectividad acreedora. Es decir, de todos y cada uno de ellos. No valdría solamente alinearse con los intereses de unos. El segundo, entrelazaría con la lógica de que finalidad de pago no equivale a método de pago. El afirmar que la simple y pura liquidación aislada de los elementos empresariales sería la solución más oportuna para la plena satisfacción crediticia por ser la más directa, es saber muy poco de economía moderna y sobre cómo maximizar el valor de los activos<sup>48</sup>.

Como ahora comprobaremos, son estas dos puntualizaciones en las que se fundamenta nuestro razonamiento.

Pensemos que las negociaciones del convenio han sido exitosas. A priori todos salen ganando. Los acreedores verán satisfechas sus pretensiones hasta tal punto que dan su aprobación. El deudor goza de una segunda oportunidad.

Por el contrario, ¿qué ocurriría si fracasan?, ¿sería este el fin de toda pretensión continuista?

En absoluto no. Aquí, entraría en juego la opción de enajenar UP por separado. En cualquiera de las fases.

Incluso podría ser más sencillo hacerlo en la última en forma de liquidación traslativa parcial, a la que ya hicimos referencia anteriormente, puesto que el convenio exige la ausencia de oposición del deudor. No ocurre lo mismo en relación con el plan de liquidación. Cierto es que, llegados a esa última etapa del procedimiento concursal, la situación de toda explotación autónoma puede ser paupérrima. Especialmente en términos de fama y prestigio. Aquellas potencialmente salvables inclusive. Por tanto, las ofertas recibidas serían ínfimas y muchas veces irrisorias.

---

<sup>48</sup> ARTEAGA SAN MARTÍN, A. A., cit., pág. 24.

Retomando el hilo de lo anterior, como resultado de la venta de UP<sup>49</sup>:

- i. El desarrollo económico general se vería favorecido. Especialmente aquellas empresas y sectores dependientes. No olvidemos que por lo general, las UP más deseadas serán aquellas más eficientes y con visos de prosperar desde un punto de vista operativo. A esto habría que sumarle el aire nuevo que todo cambio de mando supone viniendo de una situación de fracaso generalizado.
- ii. Un número considerable de trabajadores verían sus puestos de trabajo inalterados.
- iii. El remanente obtenido por la concursada destinado a cumplir con las obligaciones pecuniarias sería presumiblemente superior al que hubiera generado una enajenación aislada de sus componentes. El activo inmaterial rara vez no implica una plusvalía implícita de considerable importancia.
- iv. El incremento potencial de masa pasiva por mantener a aquellos empleados transmitidos obviamente desaparecería, “insuflando de oxígeno” al deudor.

En definitiva, como bien ha sido avanzado, no entramos a valorar si la supervivencia del negocio debiera de ser caracterizada como finalidad *per se*. La corriente a la que nos adherimos plantea la discusión doctrinal dicotómica, en otros términos. Simplemente se prioriza la transmisión de UP como vía para continuar, en otras manos, con el negocio a la vez que se obtiene la liquidez necesaria para cumplir con lo debido.

---

<sup>49</sup> AAP de Barcelona, Sección 15<sup>o</sup>, de 29/11/2011.



### **III. ANALISIS DE FONDO**

#### **1. TRANSMISIÓN EN LAS DIFERENTES FASES DEL PROCEDIMIENTO CONCURSAL.**

En este epígrafe, repasaremos el régimen previsto en cada una de las fases del concurso para la transmisión de UP. El orden no coincidirá con aquel establecido en nuestra legislación mercantil a la hora de organizar el desarrollo del procedimiento.

Razones tenemos para ello, puesto que, nuestra LC establece como régimen general extensible el previsto en la última fase del concurso, la liquidativa. Seguramente consciente del peligro que supondría el fracaso de la venta en esta última etapa, el legislador no ha querido dejar cabos sueltos a la hora de regular el fenómeno de la transmisión en esta fase final, donde cualquier negocio jurídico fallido por imprecisiones en la normativa dejaría prácticamente sin margen de maniobra a los administradores concursales. Una nueva intentona orientada a salvar la continuidad de una parte de la actividad empresarial sería del todo improbable.

##### **1.1. En Liquidación.**

Los términos en los que está redactado el artículo 148 LC parecen indicarnos que el legislador mantiene como preferencia la inclusión de toda enajenación en un plan de liquidación durante la tramitación de esta última fase concursal.

No es de extrañar, además del poco margen de error en este estadio concursal al que acabamos de hacer referencia, también es importante no olvidar que la fase de liquidación es estadísticamente la que más posibilidades tiene de poner fin al procedimiento judicial de insolvencia. Un 94% de las veces<sup>50</sup>. En cualquier caso, todo lo anterior es parcialmente rebatible.

Como ha sido avanzado, la regulación de los artículos 146bis, 148 y 149 LC se extiende a todas y cada una de las fases concursales.

---

<sup>50</sup> Consejo General de Economistas de España, *Atlas Concursal.*, REFOR Economistas Forenses, Madrid, núm. 22, octubre de 2019, pag. 22.

Eso sí, con ciertos matices y limitaciones que parecen sesgar aún más la *voluntas legislatoris*.

A pesar de que son tres, los preceptos legales en donde queda recogida toda la información pertinente para llevar a cabo este tipo de operaciones, solo uno va a ser comentado en profundidad. Como ya hemos explicado en la introducción de este trabajo, el objetivo del mismo no reposa en ser exhaustivos en el repaso literal de la normativa vigente sino en el análisis de sus implicaciones prácticas.

El artículo 149 LC leído en su conjunto prioriza la venta unitaria, bien del conjunto o bien de alguna de sus UP; siempre y cuando no sea más oportuno, a ojos del juez, la realización aislada de los elementos integrantes.

El legislador concursal es consciente de que rara vez los componentes por separado valdrán más que unidos (debido al fondo de comercio sobre el que más adelante nos explayaremos), no obstante, se “cura en salud” con esta última cláusula de excepción.

Sin embargo, el mismo artículo establece que, incluso en estos casos excepcionales en donde la oferta unitaria no sea más de un 15% menor que las ofertas individuales apreciadas en conjunto, el juez competente podrá nuevamente imponer su criterio y en aras del interés concursal, optar por la solución conservacionista de la actividad económica.

#### *1.1.1. Métodos de Venta.*

La normativa parece decantarse por una enajenación de las UP a través de pública subasta. En cualquier caso, el juez del concurso vuelve a estar habilitado para optar por otras soluciones. Concretamente, *“podrá acordar la realización a través de enajenación directa o a través de persona o entidad especializada cuando la subasta quedare desierta o cuando, a la vista del informe de la administración concursal, considere que es la forma más idónea para salvaguardar los intereses del concurso”*<sup>51</sup>. La decisión final adoptada por medio de auto irrecurrible necesitará de un periodo de audiencia previa con los representantes legales de los trabajadores de al menos quince días de duración.

---

<sup>51</sup> Artículo 149.1.1º, Ley Concursal.

Igualmente, la jurisprudencia ha añadido una última alternativa para la venta. La enajenación a partir de un sistema garante de la concurrencia de distintas ofertas. Para ello, se podría fijar un lugar de recepción común. Por ejemplo, una notaría concreta, el despacho del administrador concursal de turno o incluso la secretaria judicial competente<sup>52</sup>. La clave del éxito de este cuarto método residiría en la correcta publicidad de todos los plazos y condiciones del proceso de adquisición.

Esta cuarta alternativa a la que acabamos de hacer referencia acogería lo que consideramos como la vía más justa a la hora de la verdad. Una suerte de híbrido entre subasta y venta directa<sup>53</sup>.

A grandes rasgos el proceso sería el siguiente. La administración concursal solicita el traspaso directo al presentarse un primer oferente que cumple con los requisitos exigidos. Se abre un plazo en el que se permite la presentación de ofertas mejoradas. Si finalmente concurren otros interesados, se daría paso a una subasta cerrada entre todos ellos.

Podría argumentarse que dejando participar a cualquiera se incrementarían potencialmente las cantidades en las que se movería la puja. Sin embargo, el interés del concurso por la maximización a la hora de realizar el activo no puede primar sobre cualquier otro. En este caso, las legítimas expectativas de aquellos que se han molestado en llevar a cabo ofertas de mejora en el plazo destinado a ello<sup>54</sup>.

Hacíamos referencia al interés concursal y conviene llevar a cabo un inciso al respecto.

Concepto jurídico indeterminado como tantos otros en nuestro ordenamiento, puede ser entendido como una pirámide compuesta por tres escalones jerárquicamente dispuestos<sup>55</sup>:

- En la cumbre encontraríamos a los acreedores y su pretensión por obtener el mayor valor posible con el que satisfacer los créditos.

---

<sup>52</sup> AAP Provincial de Barcelona, Sección 15ª, de 02/05/2017.

<sup>53</sup> ARRAIZA JIMÉNEZ, P., cit., pág. 10.

<sup>54</sup> *Ibidem*.

<sup>55</sup> TIRADO MARTÍ, I., cit., págs. 1083-1087.

- En el escalón central se situaría el deudor y su razonable pretensión de continuar con normalidad la actividad empresarial una vez termine el procedimiento concursal.
- En la base, todos aquellos otros intereses subjetivos en juego. Un grupo muy heterogéneo, fundamentalmente compuesto por la plantilla de asalariados, no aquí vistos como acreedores con pretensiones de cobrar lo debido, sino como empleados con expectativas de mantener sus puestos de trabajo. También todos aquellos empresarios y proveedores, de nuevo no como titulares de un crédito, sino como participantes estratégicos en el mismo sector y cuyos negocios podrían verse afectados por la desaparición de uno de los agentes de la cadena de producción. Además, en esta categoría subyacente la propia LC incluye el interés general. Es decir, aquellas razones de orden público como mantener la seguridad jurídica en el tráfico.

Siguiendo con el lenguaje metafórico, la cúspide primaría sobre la base, pero en ningún caso debiera de anularla siempre e incondicionalmente.

Por ello, cuando hablábamos de realizar una subasta cerrada, es posible argumentar que la concurrencia de buenas ofertas ya habría quedado previamente garantizada y ahora sería momento de premiar a aquellos que realizaron un esfuerzo cuando se les requirió.

### *1.1.2. A Través de Persona o Entidad Especializada.*

Consideramos procedente la inclusión, en un apartado aislado, del método de venta a través de un tercero especializado. La razón estriba en que se considera como aquel tendente a garantizar la obtención del máximo precio en la mayoría de las ocasiones, puesto que, posibilita la aplicación inmediata de nuevas tecnologías (por ejemplo, subastas electrónicas) todavía fuera del alcance de los procesos público-judiciales de realización<sup>56</sup>.

Tras su introducción mediante la LEC del año 2000, salvo en sede concursal apenas gozó de gran acogida.

---

<sup>56</sup> SÁNCHEZ, L. P., “Nueva jurisprudencia sobre intervención de entidades especializadas”, *LegalToday*, 20 de julio de 2018, S.P.

Por el contrario, los jueces mercantiles sabedores de su pertinencia llegaron incluso a aceptar sin reservas la repercusión de los costes de tramitación a la parte compradora. Esto produjo un malestar entre los acreedores con privilegio especial al coincidir en no pocas ocasiones con la figura del adquirente<sup>57</sup>. Por ende, se terminó imponiendo la asunción de los gastos acosta de la administración concursal.

Sin embargo, una reciente resolución remodeló de nuevo el panorama<sup>58</sup>. Tras ella, los pronunciamientos de los enjuiciadores concursales han ido en la misma dirección<sup>59</sup>.

A partir de ese momento, la imperativa asunción de los administradores solamente tendría lugar en defecto o ausencia de plan de liquidación aprobado, al quedar legalmente definida como regla supletoria<sup>60</sup>. De esta forma, nada impide que el plan establezca la repercusión en los oferentes. Asimismo, no se concluyó que los funcionarios públicos estuvieran llevando a cabo una quita de sus funciones sin la consecuente merma salarial, ya que, su único cometido descansa en la mejora de los trámites en sentido amplio y no exclusivamente en el hecho de comandarlos personalmente. De este modo, se consagró judicialmente la privatización del procedimiento de venta como el trámite más ágil y rentable de cuantos se prevén.

En sentido opuesto, nosotros defendemos que salvo situaciones de complejidad absoluta o cuando la externalización de la liquidación redunde con quirúrgica certeza en una contundente maximización del valor, los costes no pueden terminar por perjudicar al deudor, ya que, al asumirlos el comprador, el extra exigido seguramente implicaría una menor oferta<sup>61</sup>. Solamente en base a estas dos presunciones debería entenderse que el plus generado absorbe al sobrecoste devengado<sup>62</sup>. De otro modo, la reforma acaecida carecería de verdadero significado.

---

<sup>57</sup> *Ibidem*.

<sup>58</sup> AAP de Madrid, Sección 28ª, de 11/03/2016.

<sup>59</sup> AAP de Barcelona, Sección 15ª, de 02/05/2017.

<sup>60</sup> Artículo 149.1.1ª, Ley Concursal.

<sup>61</sup> MUÑOZ PAREDES, A., “Pautas para la redacción del plan de liquidación en los concursos que se tramiten ante el Juzgado de lo Mercantil Nº1 de Oviedo”, *V Foro Concurso del TAP 13 y 14 de Diciembre*, Bilbao, 2018, pág. 8.

<sup>62</sup> AJM de Oviedo Nº1 de 30/11/2016.

## 1.2. Con Anterioridad al Auto que declara el concurso.

No estaríamos en ningún estadio concursal realmente, puesto que el procedimiento aún no se habría puesto en marcha. El deudor sería plenamente capaz de operar autónomamente. A pesar de lo cual, es preciso tener en cuenta un par de consideraciones al respecto.

- Si la insolvencia acaba condenando a la empresa a irremediablemente entrar en concurso, la acción rescisoria permite anular actuaciones como la venta de UP acaecidas en los dos años anteriores a la declaración si queda probado que fueron perjudiciales<sup>63</sup>.

Conviene nuevamente detenerse en este punto. El objeto del sistema de rescisión ideado por el legislador español es simplemente las características del acto en sí, en términos de plazo inferior a dos años y perjuicio causado.

Por ello, la reintegración no tiene en cuenta cuestiones subjetivas como el propósito fraudulento de los partícipes, lo cual no significa que del mismo no pudiera derivarse ulterior punición a través de la sección de calificación concursal<sup>64</sup>.

En lo concerniente al concepto de perjuicio, gozan de tal condición aquellos actos que o bien suponen un menoscabo injustificado del patrimonio del concursado o bien, sin existir tal deterioro, sí que van en contra de la integridad de la masa activa, por ejemplo, alterando el principio de *par conditio creditorum*<sup>65</sup>. En cualquier caso, el supuesto quebranto habría de ser apreciado en relación con el momento en que tuvo lugar.

- En suma, el artículo 160 de la Ley de Sociedades de Capital impone que la enajenación de activos esenciales le correspondería a la Junta General. Por el contrario, dicha facultad pasaría a la administración concursal al amparo de la LC.

Por consiguiente, los trámites quedarían relativamente simplificados.

---

<sup>63</sup> Artículo 71.1, Ley Concursal .

<sup>64</sup> GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A., “Acción rescisoria concursal y mala fe de la parte "in bonis" (STS 16.9.2010)”, *Anuario de derecho concursal*, núm. 24, 2011, pág. 314.

<sup>65</sup> STS núm. 652/2012, de 08/11/2012.

Podría ocurrir que el centro de trabajo autónomo en cuestión no ostente dicha categoría, ni desde un punto cuantitativo ni cualitativo. No obstante, el riesgo siempre existirá, en tanto en cuanto el juez del concurso ostenta la última palabra al respecto.

A pesar de ambos motivos, tendentes a desaconsejar la transmisión en fase pre concursal, no hay que obviar una también válida contra argumentación.

Por un lado, el auto declarativo supone un estigma para el deudor que lo convierte en un sujeto muy vulnerable en el tráfico jurídico<sup>66</sup>. Por ello, es difícil pensar que los interesados no reducirán hasta niveles insospechados sus ofertas, no siendo mala opción desprenderse de las UP en un momento previo, incluso por debajo de su valor de mercado, siempre y cuando se justifique que esperar a entrar en concurso iba a suponer la desaparición de toda posibilidad de obtener un precio, cuanto menos aceptable.

Por otro lado, que los trámites se simplifiquen no implica que sean más favorables. Es nuevamente difícil imaginar que una administración concursal actuará de cara al deudor más dócilmente que una junta general donde probablemente retendrá el control fáctico.

### **1.3. Con la Solicitud de Declaración de Concurso Voluntario.**

No es desdeñable el valor de una propuesta de compra escrita y vinculante en el plan de liquidación presentado junto con la solicitud de declaración de concurso voluntario.

Nuestro ordenamiento jurídico la eleva a la categoría de presupuesto objetivo, por el cual el juez competente deberá fallar en favor de una tramitación abreviada del procedimiento concursal<sup>67</sup>.

Igualmente, la enajenación de UP puede ser incluida dentro de la propuesta anticipada de convenio en el momento de solicitar la declaración de concurso voluntario. Comenzándose así dicho estadio procedimental tras la preceptiva aprobación judicial. Además, en base al artículo 5bis LC, la mera comunicación al juzgado competente de que se han iniciado negociaciones para obtener adhesiones a la referida propuesta ya implicaría la paralización del plazo.

---

<sup>66</sup> GUILARTE, J. S., cit., pág. 32.

<sup>67</sup> Artículo 190.3, Ley Concursal.

De los dos meses que todo deudor dispone para obligatoriamente solicitar la declaración de concurso una vez debiera conocer la situación de insolvencia, *de facto*, el plazo quedaría ampliado en otros cuatro.

En este último supuesto, si las negociaciones terminan siendo fructíferas, el juez competente estaría nuevamente empoderado para aplicar la tramitación abreviada<sup>68</sup>. Siendo este uno de los únicos incentivos que la normativa concursal prevé para incentivar la presentación de propuestas anticipadas de convenio, junto con la no apertura de la sección de calificación siempre y cuando dichas proposiciones se clasificaran como no gravosas<sup>69</sup>.

#### **1.4. En Fase Común.**

Previamente a la modificación operada por el RDL 11/2014 y su posterior convalidación legal, el artículo 43.2 LC imponía la prohibición de enajenar cualquier elemento integrante de la masa activa sin permiso del juez competente hasta la aprobación del convenio o en su defecto, la apertura de las operaciones liquidativas. En consecuencia, *a sensu contrario*, se deducía que con la requerida aprobación judicial sí era posible la transmisión de UP, siempre y cuando se cumplieran con los requisitos de publicidad necesarios para asegurar la no discriminación y concurrencia del mejor postor en aras del interés concursal<sup>70</sup>.

Con la reforma, el artículo 43 LC no solo expresamente extiende el régimen legal de la etapa liquidativa a este estadio inicial. Además, el apartado dos de dicho precepto mantiene el deber de solicitar razonadamente la aprobación del juez.

Es decir, deviene requisito insustituible el hecho de probar el por qué la transmisión se lleva a cabo ahora y no en el momento que establece el régimen general.

El principal perjuicio que conllevaría esperar sería el deterioro de los activos como consecuencia de la excesiva prolongación que suele representar la tramitación de esta fase inicial<sup>71</sup>.

---

<sup>68</sup> Artículo 190.2, Ley Concursal.

<sup>69</sup> DÍAZ MORENO, A., cit., pág. 8.

<sup>70</sup> AJM de Barcelona N°6 de 07/11/2011, AJM de Bilbao N°1 de 10/01/2005.

<sup>71</sup> AJM de Madrid N°8 de 20/12/2013.



Sumando tramitaciones ordinarias y abreviadas, la estadística concursal nos indica que existe una probabilidad superior al 53% de que las fases sucesivas requieran de al menos un año de espera para verse iniciadas desde el auto declarativo<sup>72</sup>.

Ello llevaría implícito la obsolescencia y consiguiente devaluación del prestigio de la UP, lo cual repercutiría en un menor precio de las potenciales ofertas. De hecho, muchas de ellas terminarían desapareciendo por pérdida del interés fruto del mero transcurso temporal. A esto habría que sumarle la reducción de pasivo laboral que una inyección de tesorería tan ansiada por las entidades en concurso<sup>73</sup>.

Habría que sumarle también la posible necesidad imperiosa de obtener liquidez para poder continuar con la actividad empresarial del deudor concursado, excepción que ya se previó en la reforma de 2011<sup>74</sup>.

### **1.5. En Convenio.**

Pese a que el apartado tres del artículo 100 LC prohíbe expresamente que las propuestas de convenio incluyan la liquidación global de la masa activa para así satisfacer las deudas, en consonancia con la concepción del convenio como el instrumento conservacionista de la actividad empresarial, el apartado dos excepciona las propuestas de enajenación de UP. Para ello, el precepto legal aludido remite al artículo 146 bis LC.

De cualquier modo, es preciso llevar a cabo una serie de puntualizaciones en lo relativo a la transmisión en esta fase:

- i. En primer lugar, el apartado en donde se contiene la excepción favorable a la transmisión también establece como *conditio sine qua non*, la no variación del objeto empresarial de la unidad productiva en cuestión, cosa que no ocurre en ningún otro momento concursal.

No obstante, la afirmación es susceptible de importantes reservas<sup>75</sup>.

---

<sup>72</sup> VAN HEMMEN ALMAZOR, D. E., *Estadística concursal: el concurso de acreedores en cifras*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Bienes Muebles y Mercantiles de España, Madrid, 2016, pág. 59.

<sup>73</sup> ARRAIZA JIMÉNEZ, P., cit., pág. 8.

<sup>74</sup> Artículo 43.1 1º, Ley Concursal.

<sup>75</sup> ALONSO LEDESMA, C., cit., págs. 40-42.

Estas surgen de forma inevitable al considerar que el adquirente no tiene realmente ninguna obligación propiamente dicha; ni ante el deudor, el cual quedará liberado con la aprobación del convenio, ni frente a los acreedores que solo se preocuparán por cobrar lo debido en los términos convenidos, siendo realmente indiferentes al origen de donde provengan dichos fondos. En adición, parece obvio que el nuevo propietario lleve a cabo algún severo ajuste, no solo en ejecución de sus inherentes facultades organizativas, sino para transformar una estructura empresarial que si en su conjunto ha quebrado lo más seguro es que adolezca de algún fallo, incluso en sus centros autónomos más rentables.

- ii. En segundo lugar, nos encontramos ante la compleja situación de que no se exigen garantías especiales al futuro comprador. Por consiguiente, en caso de incumplimiento de este, aun no habiendo el deudor actuado en contra de sus obligaciones ¿constituiría un incumplimiento del convenio?

El convenio, como negocio jurídico semejante a uno de naturaleza contractual, solo afecta a los suscriptores. Es decir, al deudor y a aquellos acreedores que intervinieron o que al menos dispusieron de la posibilidad de hacerlo<sup>76</sup>.

Al emplear el adjetivo semejante buscamos simplificar, pero sin querer llevar tampoco a confusión. En la medida en que la aprobación judicial deviene estrictamente necesaria para la validez del convenio, su naturaleza no es sino mixta.

- iii. En tercer lugar, la transmisión durante la fase convencional posibilita que sean los acreedores al presentar la propuesta de convenio quienes elijan el futuro comprador. En cualquier otro momento este poder se otorga a la administración concursal.
- iv. Finalmente, el artículo 100.2 solo remite al 146 bis, olvidándose de las importantes reglas contenidas en el 149 LC:

Identificación del adquirente y su capacidad económica, delimitación del perímetro de la unidad productiva transmitida, precio de la oferta, etc.

---

<sup>76</sup> SAP de Pontevedra, Sección 1ª, de 25/06/2012.

No obstante, el propio devenir de la tramitación del convenio parece compatible con la salvaguarda estos requerimientos. Asimismo, se entiende que la enajenación no quedará judicialmente autorizada hasta la sentencia aprobatoria del convenio<sup>77</sup>.

## **1.6. Balance Favorable**

En conclusión, todo lo visto hasta ahora, nos permite valorar positivamente las reformas acaecidas en nuestra LC en vistas a una mayor transmisibilidad de las UP.

Se aprovechó la oportunidad en 2014 para esclarecer el régimen en cada una de las fases, habilitando expresamente en todas ellas la formalización de la operación. En este sentido, aprobamos la vía de establecer como régimen general extensible, el aplicable durante la tramitación de la fase de liquidación. Como ya ha sido expuesto, nadie puede negar la importancia de que las negociaciones no fracasen en este último estadio procedimental. Por ello, esclarecer las condiciones y no imponer requisitos extras (al contrario que en las otras dos fases), aun siendo más relevante en las formas que en el fondo, estamos seguros de que son factores que contribuyen positivamente en el éxito de cualquier operación.

A la vez, se otorgó la necesaria flexibilidad al proceso como para dotar al juez competente del poder suficiente. Esto último implica que, en un momento dado, el órgano judicial puede decidir optar por una transmisión unitaria en pro del mantenimiento de la actividad empresarial. Además, a todo ello hay que sumarle la instrucción legal que se impone a la administración concursal en esta misma dirección de búsqueda de soluciones preferentemente conservativas.

En cualquier caso, en base a todo lo expuesto en los párrafos precedentes, no terminamos de comprender el límite del 15% que actúa como escudo protector de la transmisión unitaria. Por supuesto, no en términos de la pertinencia de su establecimiento, al cual nos sumamos firmemente, sino al hecho de que sea haya fijado una cifra tan reducida.

---

<sup>77</sup> ARRAIZA JIMÉNEZ, P., cit., pág. 9.

De nuevo vemos aquí un ejemplo más de la timidez con la que la LC afronta el principio de conservación de la actividad empresarial, ahora en otras manos, en detrimento de la maximización de valor. Por tanto, criticamos esa postura insípida mantenida por el legislador, el cual no termina de comprender que con la enajenación de una UP realmente se consigue la maximización de valor, pero no solo el relativo a un tercio de los interesados (los acreedores) sino el concerniente a los tres colectivos (recordemos la pirámide anteriormente descrita).

En último lugar, nos gustaría proponer la equiparación de las operaciones transmisivas de UP con los supuestos contemplados por los acuerdos pre concursales de refinanciación del artículo 71bis LC. Esto conllevaría no solamente que, en base al artículo 5bis LC, el simple inicio de conversaciones con potenciales interesados aplazaría el imperativo legal de solicitar el auto declarativo, sino que además dotaría de inmunidad a las enajenaciones para no verse afectadas por las acciones de reintegración<sup>78</sup>. En este sentido, ya ha sido explicada la pertinencia de vender pronto y (lo más) caro si posible; al mismo nivel casi que aplazar o suprimir la exigibilidad de determinados compromisos a la hora de propiciar una futura supervivencia empresarial.

## 2. EFECTOS SOBRE EL ACTIVO.

### 2.1. Régimen General.

La venta de toda UP en funcionamiento requiere de un traspaso simultáneo de las relaciones jurídicas en las que esta se ve inmersa. De otro modo es difícil imaginar el beneficio económico que le reportaría al comprador el hecho de adquirir un centro de trabajo autónomo si ha de poner en marcha la actividad desde cero. Pensemos en proveedores de calidad contrastada, licitaciones de uso y explotación, contratos de arrendamiento en locales históricos, etc.

Todos estos elementos inmateriales/incorpóreos son los que posibilitan la fidelización de clientes y el óptimo “engrasamiento de toda la maquinaria”, en términos metafóricos. Hablamos por tanto del conocido como fondo de comercio<sup>79</sup>.

---

<sup>78</sup> Artículo 70, Ley Concursal.

<sup>79</sup> ALONSO LEDESMA, C., cit., pág.5.

Incluso en empresas insolventes, este sería la causa de que el valor conjunto de sus componentes sea normalmente superior al que podrían llegar a alcanzar sus elementos materiales por separado. Se define como la presunta riqueza que la explotación conjunta del negocio puede llegar a generar por las sinergias positivas que presenta en la actualidad.

Aún mayor margen de crecimiento en centros productivos quebrados donde la implantación de revolucionarios planes de negocio por parte de los nuevos adquirentes puede verse complementada con el aprovechamiento de las eficiencias ya existentes<sup>80</sup>.

Históricamente, el problema residió, por indeterminación legal, en la discusión de si estaba permitido o no imponer la cesión al contratante cedido de aquellos contratos que ahora pasarían a manos del adquirente de la UP (cesionario), tras el acuerdo de este último con el deudor en concurso (cedente).

Las respuestas, como no, siempre que tienen lugar este tipo de “vacíos” legislativos, tuvieron que ser improvisadas por nuestros enjuiciadores mercantiles. En consecuencia, el abanico de propuestas fue amplísimo.

Hubo jueces que sentenciaron en favor de una imposición forzosa de aquellos contratos afectos a la actividad comercial de la UP en cuestión<sup>81</sup>. Otros fueron más allá, condicionando la transmisión al acuerdo entre contratante cedido y nuevo propietario<sup>82</sup>. Incluso hubo algún auto, en concreto el del conocido caso Blanco, que estableció la cesión forzosa también de todos aquellos pactos accesorios al negocio jurídico principal transmitido, siempre y cuando no afectasen a la durabilidad, vigencia y eficacia del mismo<sup>83</sup>.

En cualquier caso, el artículo 146bis LC introducido, cómo no, por la reforma de 2014, esclareció un panorama normativo plagado de dudas.

Al fin, dicha modificación supuso, por imperativo legal, la subrogación por defecto. Es decir, sin necesidad de consentimiento previo (ni suyo ni del contratante cedido).

---

<sup>80</sup> *Ibidem*.

<sup>81</sup> AAP de Barcelona, Sección 15ª, de 06/02/2012.

<sup>82</sup> AJM de Barcelona N°10 de 10/12/2013.

<sup>83</sup> AJM de Madrid N°8 de 20/12/2013.

El adquirente cesionario asume automáticamente todos los derechos y obligaciones propios de los contratos afectos a la continuidad de la actividad empresarial. Además, como ya hemos visto en el epígrafe anterior, este régimen se impone cualquiera que sea la fase concursal en que se formalizaran las operaciones de transmisión.

Esta ausencia de permiso del sujeto cuya relación contractual se cede, surge como una de las manifestaciones más ilustrativas de la consideración del derecho concursal como *lex specialis* que lo inmuniza a la hora de aplicar la regulación general<sup>84</sup>. En este caso concreto, la relativa a las obligaciones y contratos.

Conviene matizar que el propio artículo, además de las dos excepciones a la regla general que a continuación comentaremos, establece un par de limitaciones a esta cesión automática.

De una parte, la referida afectación a la actividad profesional. Valoración que a nuestro juicio corresponderá en todo caso al juez del concurso, tal y como ya expusimos.

De otra parte, que se traten de contratos vigentes en el momento en que se formalice la operación. Es decir, cuya resolución no haya sido solicitada. La literalidad del precepto da a entender que no sería necesario llegar al extremo de exigir la materialización judicial de la resolución<sup>85</sup>.

## **2.2. Excepciones y Controversias.**

Decíamos que dos son las excepciones a la subrogación automática previstas en el mismo artículo 146bis LC:

La primera queda recogida en el apartado dos. La vigencia de aquellas licitaciones y permisos administrativos afectos al negocio quedará sujeta a la continuación del nuevo propietario en las mismas instalaciones.

A nuestro entender, una solución distinta hubiera sido cuanto menos sorprendente. Pensemos sino en aquellas autorizaciones obtenidas tras exhaustivos reconocimientos de los equipos en cumplimiento de importantes requerimientos sanitarios; o en aquellas tasas exigidas en función del tamaño de las instalaciones.

---

<sup>84</sup> PULGAR EZQUERRA, J., cit., pág. 14.

<sup>85</sup> GARCÍA-VILLARRUBIA, M. “La cesión forzosa de contratos en caso de transmisión de unidades productivas en el concurso”, *El Derecho. Revista de Derecho Mercantil*, núm. 25, 2014, S.P.

Una transmisión automática sin previo reconocimiento y trámites fiscales dañaría todo tipo de derecho a la libre competencia en el sector. Por consiguiente, no entendemos porque se demanda únicamente la explotación en los mismos locales y no se exige una obligación más amplia como el sostenimiento de todas las condiciones de trabajo anteriores. El hecho de continuar en el mismo establecimiento no implica *per se* la salvaguardar de aquellas medidas preventivas de riegos y accidentes laborales impuestas por la anterior dirección<sup>86</sup>.

La segunda, prevista en el primer apartado, nos remite al artículo 226 del RDL 3/2011 para aquellos contratos suscritos con las administraciones públicas. En este caso, dos serían los requerimientos a observar. Por un lado, la autorización expresa del órgano adjudicatario, el cual tomará en consideración la capacidad y solvencia del nuevo propietario. Por otro lado, que la cesión del contrato no suponga una lesión al libre mercado ni que durante su suscripción original se hubiera tenido en cuenta, de forma esencial, las características y condiciones particulares del concursado cedente.

En esta segunda excepción, entendemos que el fin es el de proteger la validez de los procedimientos administrativos, al garantizar que todos aquellos contratos ganados por concurso público no sean cedidos sin una prueba de características similares, garante de la libre competencia<sup>87</sup>. Sin embargo, la medida nos parece desproporcionada. El mismo artículo 146bis LC nos habla de que el juez competente velará por la continuidad de la actividad empresarial. De este modo, creemos que la nueva titularidad con mantenimiento de los elementos (materiales e inmateriales) y del objeto negocial, no supone un cambio tan grande como para justificar este poder de veto automático en manos del ente público.

Es momento de pasar a comentar pormenorizadamente todos aquellos asuntos polémicos.

### 2.2.1. *Los Contratos de Arrendamiento.*

En 1985, la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos (LAU) suprimió el derecho de tanteo y retracto en favor del arrendador del local del negocio.

---

<sup>86</sup> RUBIO VICENTE, P. J., “Reestructuración empresarial y enajenaciones de unidades productivas”, *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, núm. 22, 2015, pág. 158.

<sup>87</sup> *Ibidem*.

Perteneciéndole exclusivamente al arrendatario. No obstante, la misma ley reconoce como fuente principal a la autonomía de la voluntad. En consecuencia, nada impediría que las partes lo pactasen a la hora de formalizar el contrato.

Se puede intuir ya el dilema que se nos plantea. ¿La cesión forzosa del artículo 146bis LC vaciaría de contenido esta cláusula?

Sería *a priori* lo lógico para no perder el interés de potenciales adquirentes.

Sin embargo, el régimen general nos habla de subrogación en los derechos y obligaciones de los contratos preexistentes. Existe una verdadera finalidad de mantener la relación en condiciones idénticas a como estaba previamente. Por consiguiente, del mismo modo que al arrendatario se le imponen las obligaciones en favor del nuevo titular de la UP, no sería justo expropiarle el disfrute de sus derechos. Por ello, la subrogación *ope legis* tendrá lugar. Eso sí, lo anterior no obstaría para un posterior ejercicio de la opción de compra por parte del propietario<sup>88</sup>.

De este modo, los eventuales participantes en la puja debieran haber previsto este desarrollo de los acontecimientos, ajustando su oferta en consonancia.

También en relación con la cuestión de arriendos se nos plantea otra situación dicotómica. La potestad o no del arrendador, en virtud del artículo 32.2 LAU, de incrementar en veinte puntos porcentuales la cuantía a la que asciende la mensualidad para el supuesto de cesión forzosa. Al contrario que con el dilema anterior, aquí la respuesta sería meridianamente sencilla. De hecho, ya quedó bien resuelta en el auto del caso Blanco al que hacíamos antes alusión. Todos aquellos acuerdos accesorios que no afecten a la vigencia del contrato principal no sufren modificación alguna pues de eso trata la cesión.

Como es obvio, fianza, mensualidades y cláusulas similares pertenecerían a esta clase de pactos auxiliares.

Precisamente hemos de comentar también la discusión acerca de si la fianza prestada ha de volver a manos del arrendatario original, es decir, al deudor concursado, o no.

Triple motivo encontramos aquí para ir en contra de lo que se supone favorece al interés concursal de maximizar el valor de la masa activa:

---

<sup>88</sup> GARCÍA-VILLARRUBIA, M. (2014).



El concursal que ha sido ya adelantado, basado en el mantenimiento idéntico de las relaciones jurídicas siempre que sea posible; el propio de la rama jurídica en cuestión, cuyos jueces han venido rechazando esta devolución de fianza en locales para fines distintos a los habitables a la luz del artículo 36.4 LAU<sup>89</sup>; y finalmente, el razonamiento civilista. Es decir, las garantías constituidas solo quedarían extinguidas, y por tanto el deudor cedente liberado, si el contratante cedido otorgase su consentimiento<sup>90</sup>.

### 2.2.2. *Los Contratos Personalísimos.*

Existen posturas enfrentadas también en lo relativo a la cesión automática y forzosa de los contratos personalísimos, y por aplicación analógica, de las obligaciones de confidencialidad contenidas en ellos y en cualquier otro.

Ambos tienen en común el rasgo del *intuitu personae*. Es decir, su objeto se basa en una prestación de hacer (o de no hacer en el caso de las cláusulas de confidencialidad), la cual guarda gran, por no decir toda relación, con la contraparte del negocio jurídico.

Sus características propias, bien objetiva o subjetivamente apreciadas, fueron tenidas en cuenta hasta tal punto que como establece el derecho común en virtud del artículo 1161 CC, las obligaciones que se le encomendaron no podrían ser satisfechas por un tercero a menos que mediase consentimiento, expreso o tácito, del acreedor.

A pesar de ello, por mor del principio general de derecho, *lex specialis derogat generali*, como sabemos la legislación concursal supone siempre un punto y aparte.

Por si esto no fuera suficiente respaldo, los redactores de la LC, cuando quisieron tener en cuenta la *intuitu personae* ya dejaron suficiente constancia de ello. Por eso, en lo referente a aquellos contratos suscritos con las administraciones públicas, donde este elemento personalísimo sí que se considera inexcusable, la normativa concursal remitió a su legislación sectorial. A pesar de todo, no existe consenso. En realidad, resulta ilógico mantener una postura de máximos.

---

<sup>89</sup> SAP de León, Sección 1ª, de 17/11/2000.

<sup>90</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, Ed. Civitas, Madrid, 2008, pág. 1054.

De hecho, ni los propios encargados de aplicar la ley se han puesto totalmente de acuerdo<sup>91</sup>.

En relación con esta cuestión, la anuencia no se llevó a cabo por unanimidad sino simplemente por mayoría, lo cual es extraño en este tipo de congresos para la unificación de doctrina donde lo que se persigue es la fijación de conclusiones firmes e inquebrantables.

En contra de la subrogación automática puede ser esgrimido que el concurso en ningún caso dinamita nuestro ordenamiento jurídico al completo. Por ende, que menos que mínimamente respetar aquellas prescripciones esenciales presentes en nuestra legislación civil encargadas de regir la contratación. En concreto la institución de la autonomía de la voluntad plasmada en el principio rector *pacta sunt servanda*, el cual habilita a los implicados para acordar los extremos de su relación con cláusulas como la de resolución unilateral en caso de transmisión. Estas reglas esenciales hubieran de ser derogadas expresamente y no de forma genérica; tal y como hace la propia LC en su artículo 61.3. Solo de este modo podrían quedar invalidadas<sup>92</sup>.

Igualmente, en favor de la cesión por defecto, es preciso diferenciar entre aquellos casos en los que la facultad de denuncia unilateral viene impuesta por ley, de forma específica para esa clase de contratos y aquellos supuestos donde la habilitación es consecuencia de un pacto entre las partes.

En este último supuesto primaría la ley concursal y se produciría la sucesión forzosa salvo que se tratase de extremos donde las cualidades inherentes a la persona son completamente insustituibles (pensemos en la prestación de servicios médicos que ahora pasaría a asumir personalmente un ingeniero). Lo anterior no obsta para que el contratante cedido, una vez formalizada la transmisión de la UP decida acudir a la vía judicial para el ejercicio de las pertinentes acciones civiles a su disposición. Aunque ya sería ante un órgano judicial ajeno al concurso<sup>93</sup>.

---

<sup>91</sup> JUECES MERCANTILES DE MADRID, “Unificación de criterios de aplicación de las reformas de la Ley Concursal operadas por el Real Decreto-Ley 11/2014 y la Ley 17/2014”, *Conclusiones de la reunión de magistrados de lo mercantil de Madrid en fechas 7 y 21 de noviembre de 2014*, 2014, págs. 41-42.

<sup>92</sup> *Ibidem*.

<sup>93</sup> *Ibidem*.

### 2.2.3. *Las Garantías Reales.*

Por último, toca analizar la cuestión en torno a las garantías. Comenzando por las reales, cuyo régimen se vio también profundamente modificado. Actualmente<sup>94</sup>:

- i. Si la transmisión supone la pervivencia de la garantía mediante la subrogación del nuevo propietario en la obligación del deudor concursado, el consentimiento del acreedor privilegiado no resulta exigible. Como es de suponer, el crédito queda excluido de la masa pasiva. Asimismo, se establece una medida proteccionista adicional en favor de esta clase de acreedor cuando tiene lugar la cesión *ope legis*. Decimos adicional por que el artículo 146bis LC no lo prevé en aquellas transmisiones que no afecten a bienes realmente garantizados.

Se trataría del mandato del legislador al juez competente para que vele porque el subrogado goce de la solvencia y medios suficientes para cumplir con las obligaciones que le han sido transmitidas.

La literalidad del precepto no aclara en que se traduce este encargo. Por ello entendemos que en teoría podría admitirse hasta la imposición de nuevas garantías que aseguren un cumplimiento adecuado del nuevo titular<sup>95</sup>.

- ii. Si la transmisión no implica la subsistencia de la garantía, estos acreedores privilegiados gozarán del derecho a percibir la parte proporcional del precio de venta. Este sería calculado como la cantidad que corresponde al bien o derecho garantizado en función de su valor particular dentro del total de la UP enajenada. No habría problema si el dinero a percibir supera o al menos iguala el valor de la garantía, ya que, el consentimiento del acreedor sería de nuevo innecesario.

- iii. Por el contrario, si resulta inferior,

---

<sup>94</sup> Artículo 149, Ley Concursal.

<sup>95</sup> GARCÍA-VILLARRUBIA, M. (2014).

*“Será necesario que manifiesten su conformidad a la transmisión los acreedores con privilegio especial que tengan derecho de ejecución separada, que representen al menos el 75 por ciento del pasivo de esta naturaleza afectado por la transmisión y que pertenezcan a la misma clase [...] En tal caso, la parte del valor de la garantía que no quedase satisfecha tendrá la calificación crediticia que le corresponda según su naturaleza”<sup>96</sup>.*

La fórmula empleada por el legislador ha de entenderse en el sentido de que se requiere exclusivamente el consentimiento del 75% de aquellos acreedores con privilegio especial que gozaron de la oportunidad para poner en marcha o continuar con una ejecución separada de la cual no hicieron uso. De otro modo, ya no formarían parte de la masa activa y mucho menos estarían obligados a integrar la UP en cuestión<sup>97</sup>.

La regla de la mayoría cualificada supone una excepción a la norma general, en el seno de una transmisión de UP en pro del éxito de la operación. La norma general, en virtud del artículo 155.4 LC, impone la necesidad de consentimiento unánime en caso de que la venta se formalice por un precio inferior al previamente pactado<sup>98</sup>.

#### *2.2.4. Las Garantías Personales.*

En cuanto al otro tipo de garantías, el artículo 146 bis LC guarda silencio acerca de esta figura distinta al cedente, cesionario o cedido.

Entendemos que resulta del todo incierto defender que esta garantía prestada por un tercero constituye un bien afecto a la continuidad negocial de la UP, hasta el punto de compelerle a aceptar la subrogación del nuevo propietario a la hora de cumplir con la obligación que garantiza<sup>99</sup>.

Por consiguiente, sería de aplicación la normativa civil cuyo artículo 1205 CC exige el beneplácito del garante para que la novación subjetiva adquiriera plena validez; quedando liberado en caso contrario.

---

<sup>96</sup> Artículo 149.2 a), Ley Concursal.

<sup>97</sup> AJM de Oviedo N°1 de 16/10/2017.

<sup>98</sup> STS núm. 625/2017, de 21/11/2017.

<sup>99</sup> GARCÍA-VILLARRUBIA, M. (2014).

En cualquier caso, no podemos obviar que, “*gran parte del discreto encanto de las garantías personales estriba para su beneficiario en que se trata de garantías externas y que por tanto no están sometidas a la suerte –o sea, a su insolvencia–, ni a los eventuales sacrificios que el concurso pueda imponer [...]*”<sup>100</sup>

De hecho, la reunión de jueces mercantiles acogió este último criterio, limitándose a concluir que, como derecho accesorio, la garantía acompañaría a la transmisión *ope legis* del contrato una vez tiene lugar la enajenación concursal<sup>101</sup>.

### **2.3. Valoración de la Reforma Acaecida.**

Nuestro sentir sobre las modificaciones acaecidas en los últimos años acerca de la transmisión del activo que compone la UP, en concreto de los contratos afectos a su actividad empresarial, es moderadamente positiva.

El legislador, ha comprendido que la mejor forma de favorecer el éxito de la operación es esclareciendo todas las condiciones que la rodean y colmando cualquier posible “vacío” legal anterior. Además, se ha tenido en cuenta un factor aún más relevante. La cesión *ope legis* de los contratos como vía para que el nuevo propietario se encuentre con un panorama favorable, al menos al comienzo, tras su inserción en el tráfico jurídico como nuevo titular.

Por si esto fuera poco, los jueces han resuelto en favor de este nuevo titular a la hora de enfrentar cuestiones polémicas como las de las garantías y los contratos personalísimos; siempre “barriendo para casa” y optando por la vía más benévola con el comprador.

Sin embargo, no sería justo omitir la exposición de algunas de las sombras que la regulación española sigue arrastrando, o al menos así hemos de calificarlas; puesto que, embarran y ralentizan todos los pasos de gigante que se han ido dando.

Básicamente tres:

---

<sup>100</sup> PERDICES HUETOS, A.B. *Fianza y concurso: las garantías personales en la Ley concursal*, Ed. Civitas, Madrid, 2005, pág. 15.

<sup>101</sup> JUECES MERCANTILES DE MADRID, cit., pág. 43.

- i. La excesiva protección de los arrendadores con el reconocimiento de sus derechos de adquisición preferente y subida de renta, los cuales pueden terminar por reventar importantísimas operaciones con muchos puestos de trabajo en juego sin que les reporte un beneficio especial, ya que curiosamente, si se frustran, el arrendador en cuestión perdería esos derechos.
- ii. El injustificable reconocimiento de poder de veto a los acreedores con privilegio especial en casos de venta de UP a precio insuficiente. Concretamente tras procedimientos de pública subasta donde la cantidad obtenida es la máxima que el mercado estuvo dispuesto a ofrecer. No perseguimos más que la equiparación con la venta individual de activos en la cual, solo se reconoce el veto en supuestos de venta directa, *ex* artículo 155.4 LC<sup>102</sup>.
- iii. Las prerrogativas de la administración pública con la potestad de bloquear cualquier cesión forzosa de contrato en la que se vea inmersa. No existe sujeto en nuestro ordenamiento con potestad semejante.
- iv. La última no es una previsión legal desacertada sino más bien una propuesta de *lege ferenda* por omisión actual. A nuestro parecer, sería adecuado la inclusión de una cláusula en el artículo 146bis LC que blinde una transición armoniosa entre titulares de UP. Esto es, el establecimiento de una obligación, por acción u omisión, al vendedor concursado para que colabore en propiciar una entrega de UP lo más óptima posible. El contenido de la imposición podría ser variadísimo. Desde compromisos de no competencia temporal, a la facilitación del listado de clientes y proveedores esenciales o la enseñanza de los entresijos técnicos (el conocido como *savoir faire*)<sup>103</sup>.

---

<sup>102</sup> ARDAO CÓRDOBA, B. M. “Los retos futuros de las ventas de unidades productivas en sede concursal”, *Diario La Ley*, núm. 9617, abril de 2020, S.P.

<sup>103</sup> RUBIO VICENTE, P. J., cit., pág. 161.

### 3. EFECTOS SOBRE EL PASIVO.

#### 3.1. Régimen General y Excepciones.

Llegamos por fin a la clave de bóveda, al punto crítico, a lo que a nuestro juicio determinará realmente la posición de la regulación concursal en torno a la transmisión de UP. Es decir, concluiremos en este epígrafe si la intención del legislador español es la de apostar decididamente por el éxito de este tipo de operaciones o no.

Antes de pasar a analizar de forma cronológica cual ha sido la evolución, para así ver de dónde venimos y hacia dónde (presuntamente) nos dirigimos, es preciso explicar el régimen actual en lo que a la cesión de pasivo se refiere.

Como de costumbre, el punto de inflexión se produjo con la reforma del 2014-2015.

Por regla general, la compra de una UP no implicará la transmisión de todas aquellas deudas del concursado salvo en una serie de supuestos tasados<sup>104</sup>:

- i. Disposición expresa con rango legal en contrario.
- ii. Subrogación explícita del nuevo adquirente.
- iii. Cuando los nuevos propietarios ostenten la cualidad de especialmente relacionados con el deudor insolvente. En el caso de persona jurídica, el listado de aquellos se encuentra en el mismo cuerpo jurídico<sup>105</sup>.
- iv. Excepciones previstas en el apartado cuarto del artículo 149 LC. Dicho precepto legal impone la sucesión empresarial en lo concerniente a deudas laborales y derivadas de las obligaciones frente a la Seguridad Social (SS) con las puntualizaciones que ya fueron expuestas en el segundo epígrafe. Asimismo, el legislador concursal quiso también matizar esta subrogación. Para ello, dio libertad al juez del concurso a la hora de eximir o no, de aquellas cantidades ya asumidas por el FOGASA<sup>106</sup>, al nuevo propietario.

---

<sup>104</sup> Artículo 146bis, Ley Concursal.

<sup>105</sup> Artículo 93.2, Ley Concursal.

<sup>106</sup> Regulado en el Artículo 44, Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

### **3.2. La Sucesión Empresarial.**

Al hilo de lo expuesto en el apartado anterior, no es difícil imaginar cual es el verdadero quid de la cuestión. Las reclamaciones del acreedor público [en concreto desde la Tesorería General de la Seguridad Social (en adelante, TGSS)] y del laboral, que por imperativo legal tienen derecho a reclamar al adquirente de la UP, en base a su carácter de codeudor solidario.

Con el propósito de llevar a cabo una exhaustiva investigación al respecto, vamos a repasar la evolución de dos cuestiones interconectadas. Por un lado, el perímetro que históricamente ha ostentado la sucesión empresarial en el seno de un concurso y por otro, la potestad de los sujetos implicados para modular sus efectos.

### **3.3. Evolución del Perímetro.**

La primera disputa tuvo lugar por los términos en los que originariamente estaba redactado el artículo 149 LC. Si bien se hablaba de sucesión empresarial, solo se nombraba específicamente al crédito laboral como aquel asumible por el nuevo titular.

Por consiguiente, la jurisprudencia mercantil optó por excluir a la SS de la ecuación<sup>107</sup>.

Esta interpretación literal del articulado concursal no adolecía de fundados argumentos, los cuales asumimos y hacemos propios como forma de mostrar nuestra absoluta aquiescencia<sup>108</sup>:

- i. El ET ya dejaba claro en su artículo 56 bis, que la LC primaba en caso de concurso. Por ello, si bien la sucesión de empresa según la normativa laboral englobaba las deudas soportadas por trabajadores y SS, el hecho de que concursalmente solo quedarán protegidos los primeros era conforme a derecho.
- ii. Aunque la legislación sectorial dictaba la responsabilidad solidaria del nuevo propietario de todas las cuotas impagadas anteriores a la transmisión<sup>109</sup>, la LC exigía una expresa disposición en contrario para que sus efectos

---

<sup>107</sup> AAP de Barcelona, Sección 15º, de 29/11/2007.

<sup>108</sup> ARTEAGA SAN MARTÍN, A. A., cit., págs. 277-278.

<sup>109</sup> Artículo 127.2, Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.



Quedasen modulados al gozar *ope legis* de la categoría de *lex specialis*. A diferencia de la rama tributaria, cuya normativa sí que exoneraba explícitamente del pago solidario de deudas fiscales al adquirente en proceso concursal<sup>110</sup>, la legislación de la SS guardaba silencio en torno a los efectos particulares que podían derivarse durante la tramitación de un procedimiento regulado de insolvencia.

En conclusión, el exigido pronunciamiento expreso, ni en un sentido o en otro, tenía lugar.

- iii. En suma, otra solución distinta implicaría otorgar a la TGSS un completo privilegio especial del que carecía a la luz del artículo 90 LC.

La jurisdicción social por su parte defendió la postura contraria. Acogiendo así las demandas de la TGSS al sentenciar que lo que hacía la LC era simplemente remitirnos al ET a través del término sucesión empresarial. Por tanto, dicho concepto habría de ser entendido con el perímetro que le otorgaba la legislación laboral<sup>111</sup>.

Como ya hemos visto, la reforma del 2014-2015 clarificó el panorama y no solo no atendió a la coherente lógica del orden mercantil, sino que *ex novo* y por imperativo legal colmó las expectativas de la TGSS.

No obstante, la discusión no acabó aquí. Ahora lo que se trataba de dilucidar era si las deudas sociolaborales que estaba claro que debía asumir el nuevo adquirente, lo eran de los contratos de trabajo en los que se subrogaba desde el momento en que se formalizaba la operación o de todos aquellos anteriormente vinculados a la actividad empresarial. Incluso, en este punto existía todavía un último debate acerca de si se consideraría todo el pasivo laboral y de la TGSS del deudor concursado o únicamente el estrictamente relacionado con la UP transmitida.

La respuesta parcial la otorgó el máximo órgano enjuiciador en nuestro país<sup>112</sup>. Descartó la primera posibilidad. Sin embargo, tampoco llegó a establecer un criterio firme en cuanto a si se trataba de una responsabilidad solidaria con respecto a toda la empresa o simplemente en relación con el centro autónomo enajenado.

---

<sup>110</sup> Artículo 42, Ley General Tributaria.

<sup>111</sup> ARTEAGA SAN MARTÍN, A. A., cit., pág. 278.

<sup>112</sup> STS núm. 752/2018, de 27/02/2018.

Vista la evolución que ha ido sufriendo la cuestión, con una tendencia cada vez más protectora de intereses crediticios y menos favorable a la liberación del adquirente, no resulta descabellado alertar que la extensión de la responsabilidad solidaria impuesta por el Supremo abarcaría todas las deudas empresariales y no solo las propias de la UP.

En lo concerniente a los plazos de prescripción<sup>113</sup>, la responsabilidad solidaria de cedente y cesionario cuyo plazo está fijado en 3 años por el artículo 44 ET, no modifica el contenido del artículo 59 del mismo texto legal. Es decir, ese plazo solo opera en la relación interna de ambos sujetos. Por consiguiente, el límite temporal de los acreedores a la hora de exigir lo debido se mantiene en el año.

### **3.4. Desarrollo de la Posible Modulación de los Efectos.**

Para entender la evolución del ordenamiento jurídico español a la hora de modular los efectos de la sucesión empresarial, conviene empezar hablando de la normativa europea.

Después de algún que otro pronunciamiento judicial reclamando la aplicación de medidas<sup>114</sup>, finalmente en el año 2001 entró en vigor la regulación que novedosamente tomó en consideración la existencia de una situación de insolvencia empresarial a la hora de tratar los efectos de la transmisión *ope legis* de aquellas deudas sociolaborales<sup>115</sup>.

Además, dentro de esta excepción, el legislador europeo supo distinguir entre procedimientos supervisados con fines puramente liquidativos, frente aquellos con posibilidades de una terminación distinta. Lo que aplicado a nuestro derecho serían la fase de liquidación y de convenio, respectivamente.

En el primer caso, salvo legislación nacional en contrario, la Unión Europea (UE) inaplica la sucesión de empresa durante la transmisión concursal de UP.

En el segundo, si bien permite que los Estados miembros tomen medidas de signo opuesto, rige por defecto la asunción solidaria del nuevo propietario de aquellas cantidades impagadas derivadas de salarios y cuotas a la SS.

---

<sup>113</sup> STS núm. 402/2018, de 17/04/2018.

<sup>114</sup> STJCE de 07/02/1985. (Asunto 135/83).

<sup>115</sup> Artículo 5, Directiva 2001/23/CE del Consejo de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad.

En resumen, se entendió la importancia de no frustrar este tipo de operaciones, especialmente en la coyuntura de pura realización patrimonial.

Hasta la entrada en vigor de la LC, nuestros tribunales tuvieron que hacer verdaderas virguerías para aplicar la normativa vigente a la luz de la Directiva, a sabiendas de que la singularidad por insolvencia no tenía aún cabida explícita en la regulación mercantil española<sup>116</sup>.

Finalmente llegó la ansiada normativa con los efectos ya expuestos: sucesión empresarial con respecto al acreedor laboral (con el matiz del FOGASA en manos del juez competente) y debate en torno a la SS.

A pesar de todo, surgieron nuevas divergencias. Apoyándose en la literalidad del articulado, se extendió la postura de dejar sin efecto la regla general por medio de un convenio o plan de liquidación judicialmente aprobado. Vayamos por partes.

- i. El inicial artículo 100.2 LC hablando de las propuestas de convenio, establecía que:

*“incluirán necesariamente la asunción por el adquirente [...] del pago de los créditos de los acreedores, en los términos expresados en la propuesta de convenio”.*

Con esta redacción, se podía deducir el poder modulador del convenio hasta el punto de exonerar de cualquiera responsabilidad al propietario adquirente. Además, esta tesis se veía reforzada por el hecho de que el mismo párrafo exigía como requisito incondicional e inmodificable de validez, la continuidad de la actividad económica. En caso contrario, la operación de enajenación no se formalizaría. Semejante cláusula no era extrapolable a la asunción de cantidades impagadas<sup>117</sup>.

- ii. Por su parte, el artículo 149.2 LC, donde se contenía la figura de la sucesión de deudas sociolaborales en fase liquidativa, recibía el nombre de regla supletoria, consagrándose como el precepto aplicable en defecto o insuficiencia de plan judicialmente aprobado.

---

<sup>116</sup> STS núm. 2002/6235, de 25/02/2002.

<sup>117</sup> DESDENTADO BONETE, A. y GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., “La reforma concursal: aspectos laborales y de seguridad social”, *Lex Nova*, 2004, págs. 200-201.

Por tanto, nuevamente podía entenderse que, si la venta no venía contenida en la propuesta de convenio, ni era fruto de la enajenación directamente acordada por el juez, sino resultado de un plan de liquidación traído a colación desde la administración concursal, las obligaciones del nuevo adquirente podían verse completamente moduladas<sup>118</sup>.

Lo cual iría además en consonancia con el artículo 5 de la Directiva al flexibilizar y facilitar el éxito de las enajenaciones durante la última fase concursal<sup>119</sup>.

Importantes sentencias judiciales avalaron esta teoría económicamente liberadora en pro de potenciales compradores<sup>120</sup>. Los jueces, conscientes de lo inoportuno que resultaba el artículo 44 ET, optaron por dejarlo sin efecto.

Sin embargo, bajo nuestro punto de vista, cuando el legislador quiso moderar los efectos de la subrogación en las deudas sociolaborales lo hizo en el propio artículo 149.2 a través de la cláusula FOGASA. Por ende, la posible utilidad del plan de liquidación y de las propuestas de convenio iba enfocada más bien a todos aquellos acreedores sin un régimen expresamente establecido (proveedores, agencia tributaria, etc..) y no a cuestiones en torno a la indisponibilidad de la sucesión empresarial, a nuestro juicio, suficientemente clara<sup>121</sup>.

Esta última postura quedó consolidada con la introducción del artículo 146 bis LC y la redacción actual del artículo 149 LC, bajo las cuales, la sucesión empresarial no solo se constituye como *ius cogens*, en lugar de regla supletoria, sino que además se aplica en todas y cada una de las fases del procedimiento concursal.

### **3.5. Crítica de la Evolución Normativa.**

Si bien la tendencia, aun con ciertas reservas, había sido la de juzgar positivamente las reformas acaecidas en nuestro ordenamiento, no podemos en este ámbito concreto más que censurar enérgicamente el desarrollo de los acontecimientos.

---

<sup>118</sup> *Ibidem*.

<sup>119</sup> MONEREO PÉREZ, J. L., cit., pág. 127.

<sup>120</sup> STSJ de Aragón de 05/11/2014.

<sup>121</sup> CRUZ VILLALÓN, J. “Descentralización productiva, grupos de empresas y transmisión de la empresa en el concurso. En Aspectos laborales de la Ley concursal: especial referencia al Fondo de Garantía Salarial (FOGASA)”, *Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, 2006, págs. 244-245.

Todos nuestros temores a cerca de porque el legislador español se había mostrado en otras cuestiones ciertamente tímido a la hora de fomentar la venta unitaria, se confirman.

Queda suficientemente claro que no se apuesta verdaderamente por la transmisión de UP como estrategia con la que conseguir colmar todos los intereses en juego. Tanto las legítimas expectativas de cobro de los acreedores como la finalidad de conservación de la actividad económica. Es más, con la regulación vigente en materia de pasivo, podemos afirmar sin rodeos que el único objetivo perseguido es la sobre protección a toda costa de ciertos colectivos. No se mira más allá. Por ende, nuestro frontal desacuerdo en este punto es absoluto.

Por un lado, entendemos la sobreprotección otorgada a los trabajadores como parte débil en toda quiebra empresarial pero no así la motivación de establecer distinciones entre los propios agentes públicos. Es difícil de sostener la argumentación de que la TGSS actúa como sujeto de protección social, equiparando sus prerrogativas a las de los trabajadores, y no así la Agencia Tributaria cuando en realidad todo lo recaudado se dirige al mantenimiento del Estado de Bienestar. A nuestro juicio, se rompería la regla básica *de par conditio creditorum* que exige tratar idénticamente a quienes son iguales<sup>122</sup>.

Por otro lado, tampoco vemos el sentido de querer asegurar hasta el último céntimo a la fuerza laboral si eso seguramente implique la frustración de cualquier tipo de operación. No creemos que este colectivo de asalariados priorice<sup>123</sup>, o al menos no debiera, el cobro de lo adeudado frente al mantenimiento de sus puestos de trabajo. Más en un país como España, con escasísimo dinamismo intersectorial y un paro estructural congénito, donde perder un empleo a ciertas edades suele ser sinónimo de no volver a entrar en el mercado laboral.

Además, reprobamos firmemente la evolución de la regulación. Lejos de intentar acomodar nuestra normativa al artículo 5 de la Directiva que claramente aboga por una flexibilización de las condiciones en los procedimientos de insolvencia, la tendencia de nuestros tribunales y de nuestras sucesivas reformas legales ha sido la de bloquear toda válvula de escape.

---

<sup>122</sup> ARTEAGA SAN MARTÍN, A. A., cit., pág. 338.

<sup>123</sup> Vid. Anexo II.

De este modo, sentencias judiciales y modificaciones de la LC han ido estableciendo un candando inquebrantable en pro de la sucesión empresarial y sus efectos. Como siempre en esta rama jurídica, allí donde existía un debate derivado de un supuesto vacío legal, acudían a solventarlo. Sin embargo, como nunca, sus respuestas en este aspecto han ido decididamente encaminadas a obstaculizar el éxito de las enajenaciones unitarias. Incluso cuando posturas, como las de excluir al ente público y de utilizar planes de liquidación y convenios como instrumentos de moderación de los efectos eran perfectamente conformes con los términos empleados por los redactores de la ley.

Como ya avisábamos al afirmar que la cesión del pasivo era la clave de bóveda de todo el entramado, en realidad, dan igual el resto de positivos avances. La unificación entre fases de las condiciones de compra o la tendencia favorable a cesiones automáticas de contratos en pro del mantenimiento del fondo de comercio quedan sin ningún tipo de valor residual. Si lo que se impone es una subrogación solidaria en materia de deudas del calibre de la que establece el legislador español, cargando con el enorme peso de longevas conductas fallidas de deudores insolventes, difícilmente van a existir interesados.

No olvidemos que la estadística nos habla de que la situación más repetida en el concurso de acreedores es la de aquella empresa con cerca de medio millón de deudas. Ciertamente es que no todas esas cantidades proceden de costes sociolaborales; no obstante, tampoco podemos olvidar que la media del pasivo es ostensiblemente superior con un 5% de sociedades insolventes por valores superiores a los 10 millones de Euros<sup>124</sup>. Por consiguiente, tomando en consideración estos datos de forma agrupada, no es asunto baladí la potencial responsabilidad solidaria a la que todo adquirente se enfrentaría.

### **3.6. Soluciones Alternativas.**

Hemos considerado necesaria la inclusión de este apartado, puesto que, tras la feroz oposición al régimen vigente hubiera sido del todo injusto, a la par que cómodo, quedarnos en una mera crítica sin proponer una solución distinta a la que hoy en día se plantea para afrontar la situación.

---

<sup>124</sup> VAN HEMMEN ALMAZOR, E., *Estadística concursal: El concurso de acreedores en cifras*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Bienes Muebles y Mercantiles de España, 2017, pág. 108.

En lo que respecta a la TGSS no creemos necesario añadir nada. Todos sabemos la trágica situación que sufre el Fondo de Reserva de las Pensiones, pero esto no obsta para que la posición del acreedor público ha de ser igual en todas sus variantes. Además, cuando la LC fue promulgada, el superávit del referido Fondo no hacía sino demostrar la poca necesidad de incluir este privilegio especial sin precedentes.

Sin embargo, en cuanto a los trabajadores de la empresa, sí que intuimos una alternativa distinta. Procurar su crédito al máximo a costa de acabar en el paro no debiera ser el fin último.

A nuestro parecer, sería necesario contemplar y fomentar un procedimiento agilizado para que, sin mermar en exceso los derechos del resto de acreedores, puedan ser estos los que pasen a asumir la titularidad de aquellas UP más rentables a través de las distintas formas societarias que nuestro ordenamiento jurídico contempla, por ejemplo, una explotación cooperativista o en forma de sociedad laboral<sup>125</sup>.

Desde un punto de vista de su viabilidad legal, es cierto que, con la entrada en vigor de la LC, se suprimió la forma más común de dar por finalizados los procedimientos de insolvencia hasta entonces. Esta era, la dación en pago como método de evitar el rápido deterioro y devaluación del activo. Una suerte de liquidación privativa que ponía en jaque las garantías del resto de acreedores. No obstante, la expresa prohibición del artículo 103 LC se refiere a aquella situación de despatrimonialización en bloque, pero no afectaría a las enajenaciones que busquen el mantenimiento del negocio en centros autónomos<sup>126</sup>. De otro modo, el compromiso de continuar con la actividad económica presente en el artículo 100 LC quedaría vaciado de sentido alguno.

Asimismo, las cifras de estadística concursal refuerzan nuestra alternativa. La cantidad modal que los acreedores esperan recuperar tras un convenio es de menos del 50% del valor nominal de sus créditos. A esto hay que sumarle que el 5% de dichos acreedores no ve factible la devolución de más de 5,5% de lo adeudado<sup>127</sup>.

---

<sup>125</sup> PASTOR SEMPERE, M. D., “Concurso de acreedores y recuperación de la empresa en crisis. Posibilidades y alternativas”, *3c Empresa: investigación y pensamiento crítico*, vol. 1, núm. 12, 2012, pág. 13.

<sup>126</sup> PASTOR SEMPERE, M. D. “Dación en pago e insolvencia empresarial”, *Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado*, Madrid, 2016, págs. 320-322.

<sup>127</sup> VAN HEMMEN ALMAZOR, E., 2017, cit., pág. 110.

Por tanto, no sería descabellado proponer quitas obligatorias para los supuestos de continuación del negocio en centros autónomos dirigidos por los propios empleados. Además, los mismos trabajadores se verían motivados para aceptarlas, así como probablemente el acreedor social, toda vez que aun perdiendo deudas impagadas no tendría que afrontar el pago de importantes contingencias por desempleo.

### **3.7. Legislación Extranjera.**

Las respuestas presentes en el derecho comparado pueden guiarnos en la búsqueda de nuevas vías que ayuden a abogar decididamente por facilitar la transmisión de UP.

Por ello, vamos a estudiar la regulación concursal en una serie de países pertenecientes a tres continentes distintos, con el objetivo de ampliar tanto el espectro que así podamos inferir con cierto rigor cuál sería la tendencia normativa mundial a la hora de afrontar la cuestión.

#### *3.7.1. Estados Unidos.*

La Sección 363 “ventas” del Código de Quiebra (*Section 363 of the Bankruptcy Code*) contempla el particular procedimiento para enajenar UP en situaciones excepcionales. Entre ellas se enmarca la insolvencia de la empresa en cuestión, unida a una gran necesidad de obtener liquidez para afrontar sus deudas y poder continuar con la actividad negocial.

Cuando el administrador concursal opte por esta vía, la decisión recae en manos del tribunal competente que será quien otorgue el visto bueno para formalizar la operación. Las particulares características contempladas en la Sección 363 quedarían resumidas de la siguiente forma<sup>128</sup>:

- i. La propiedad, por regla general, se transmite libre de cargas y gravámenes (*free and clear*), con unas ventas hechas a medida, donde el adquirente es libre de escoger todas aquellas relaciones que mantiene y de optar por excluir contratos poco atractivos como aquellos que únicamente le reportarían la asunción de grandes responsabilidades crediticias.

---

<sup>128</sup> WEIL, C. S. “Section 363 of the Bankruptcy Code – A Tool for Buying and Selling Financially Distressed Assets”, *Moss & Barnett, Firm’s newsletter*, núm. 1, 2013, págs. 9-10.



- ii. Lo cual no obsta para que en determinadas ocasiones los tribunales hayan fallado en contra de estas absolutas exoneraciones cuando enmascaraban auténticos fraudes; al implicar la continuidad empresarial a través de filiales y entes relacionados pero libres de todo pasivo exigible.
- iii. La rapidez del proceso. El desarrollo concursal común requiere, con anterioridad a cualquier venta, la presentación y aceptación de un plan de reorganización. Por el contrario, al albor de la Section 363 la operación se cerraría en un plazo máximo de 60-90 días desde su solicitud, aunque ejemplos como el de Lehman Brothers con una transmisión en 5 días por valor de casi 640.000 millones de Dólares refuerza aún más esta idea de incomparable celeridad. El peligro de devaluación de los activos de la UP se ve por tanto fuertemente minimizado.
- iv. La total transparencia que exige este procedimiento. Si bien puede asustar a potenciales adquirentes, es siempre sinónimo de un mayor cumplimiento de las imposiciones legales vigentes.

Así como<sup>129</sup>:

- v. Enormes simplificaciones de trámites, al no requerirse el beneplácito de ningún acreedor ni de ningún interesado, más allá de la legítima comparecencia de estos ante el juez competente.
- vi. Grandes sinergias, no solo de costes, con la formalización de operaciones “a medida” ya comentada, sino también de equipos. Al tratarse de una transacción amistosa y privada sin injerencias de acreedores, por ejemplo, la integración comercial posterior suele caracterizarse por su fluidez.
- vii. La seguridad jurídica derivada de la total firmeza de la decisión judicial. Si el juez, una vez oídas todas las partes implicadas, decide convalidar la transmisión, las futuras reclamaciones al nuevo titular quedarían desde ese preciso momento completamente inhibidas.

En cualquier caso, no olvidemos la importancia casuística del *common law*. Por ello, deviene fundamental repasar una decisión judicial muy sonada.

---

<sup>129</sup> VAISH, P. *Business Bankruptcy Reorganization in Light of B.A.P.C.P.A.*, enero 2006, pág. 22.

La venta de Trans World Airlines (TWA) a American Airlines con exención de todo pasivo asociado al activo adquirido, incluido el laboral<sup>130</sup>.

Es interesante analizar los motivos alegados por el órgano enjuiciador al rechazar el recurso esgrimido por el defensor de los trabajadores. De esta forma, podremos entender el razonamiento jurídico-concursal americano:

- No había oferta mejor.
- Si las reclamaciones llegaban a buen puerto, la venta presentaba sólidos visos de no prosperar.
- Si la operación no seguía adelante, TWA presumiblemente se liquidaría ya que carecía de cualquier capacidad real de subsistencia distinta, con el consiguiente y especial perjuicio para los propios apelantes.

### 3.7.2. Chile.

El país sudamericano basa su regulación sobre enajenación concursal de UP en los artículos 217 al 221 de la *Ley de Insolvencia y Reemprendimiento*.

De promulgación relativamente reciente, en 2014, a grandes rasgos, podemos afirmar que deja todo en manos de un acuerdo con la junta de acreedores, en el cual se establecerían las condiciones de la operación. Una vez fructificado, quedan paralizados todos los derechos de ejecución singular de aquellos con garantía real. En el pacto de enajenación, se podrá establecer la cantidad del precio específicamente destinada a satisfacer a este colectivo. El valor del bien garantizado, calculado por el liquidador, actúa como suelo, salvo consentimiento expreso del agraviado.

En cualquier caso, la verdadera de punta de lanza de la normativa es el precepto que establece que, salvo pronunciamiento expreso de la junta de acreedores,

*“Los bienes que integran la unidad económica se entenderán constituidos en hipoteca o prenda sin desplazamiento, según su naturaleza, por el sólo ministerio de la ley, para caucionar los saldos insolutos de precio y cualquiera otra obligación que el adquirente haya asumido como consecuencia de la adquisición”<sup>131</sup>.*

---

<sup>130</sup> AMERICAN BANKRUPTCY INSTITUTE, “New Decisions Protecting Purchasers of Assets Under Section 363 of the Bankruptcy Code”, *ABI Journal*, 1 de mayo de 2003, S.P.

<sup>131</sup> Artículo 221, Chile: Ley de Insolvencia y Reemprendimiento.

Esto implica que, a diferencia de nuestra regulación, la responsabilidad solidaria del adquirente en Chile se asegura mediante la imposición de garantías reales *ope legis* que afectan a la propia UP transmitida.

### 3.7.3. Unión Europea.

En cuanto a como otros Estados Miembros han aplicado el artículo 5 de la Directiva que permite modular en caso de insolvencia empresarial los efectos relativos a la sucesión empresarial:

En Francia, por regla general, el nuevo propietario no tendría que responder solidariamente junto con el deudor concursado. La protección mínima exigida por la normativa europea se ve colmada con la asunción de parte del pasivo laboral por el FOGASA francés, *la Association pour la Gestion du regime de garantie des creances des salaries*<sup>132</sup>.

En lo concerniente al régimen portugués, se permite la no transferencia de deudas. De conformidad con el artículo 193 del *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas*, el encargado de gestionar el procedimiento deberá preparar una propuesta de pagos en cooperación con los acreedores, el deudor y los trabajadores o sus representantes. El contenido puede consistir en una reducción o incluso extinción de las cantidades adeudadas a la hora de enajenar UP<sup>133</sup>.

En último lugar, no podemos pasar por alto la Directiva 2019/1023, aprobada en junio del pasado año. La normativa europea, enfocada más bien en esclarecer el régimen de responsabilidad de los administradores societarios, impone una serie de directrices que han de inspirar la actividad gestora, especialmente en los meses anteriores al inicio del procedimiento de insolvencia regulado. Desde la UE se insiste en que aquellas conductas que no tomen en consideración los intereses de todos los distintos grupos afectados habrán de recibir la calificación de antijurídicas. Por consiguiente, sería declarada como ilícita toda preferencia por la enajenación aislada de activos sobre una la transmisión de UP que implique continuidad empresarial.

---

<sup>132</sup> SARGEANT, M., *Implementation Report Directive 2001/23/EC on the approximation of laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of businesses*. Middlesex University Business School, junio 2007, pág. 59.

<sup>133</sup> *Ibidem*, pág. 63.

Aun habiendo sido aprobada la operación por la junta general con todas las solemnidades al uso y por argumentos tan a priori legítimos como un mayor precio de venta<sup>134</sup>.

#### 3.7.4. *Lecciones extrapolables.*

Los ejemplos de la regulación chilena y portuguesa nos hacen irremediamente traer a colación la derogada interpretación del poder modulador del convenio. La misma, fue oportunamente asumida por los jueces mercantiles españoles, antes de que la última gran reforma les privase de dicha potestad. Como queda demostrado, dejar en manos de los presuntos agraviados el decidir las mejores condiciones del acuerdo puede ser una solución perfectamente válida para desbloquear una operación con tan potenciales efectos favorables. En este sentido vemos además como la legislación chilena sigue además las pautas enunciadas por los profesionales españoles<sup>135</sup>. Junto con una mayor flexibilidad en la transmisión de deudas, a la vez es a la vez menester la imposición de férreas medidas que aseguren que al menos lo pactado va a ser cumplido. Como ejemplo de ello, la imposición por defecto de garantías reales.

En cuanto a Francia, comprobamos como la Directiva en su inmensa maleabilidad acoge legislaciones internas tendentes a suprimir la sucesión del pasivo laboral. La mera existencia de un fondo público parcialmente garante ya implica que, a ojos de la UE, los trabajadores se encuentren suficientemente protegidos.

La considerablemente flexible normativa estadounidense es un buen ejemplo de la gran utilidad que implica dotar a los jueces del concurso de potestad suficiente como para que puedan decidir caso por caso las mejores condiciones, o al menos, entre aquellas que se ajustan a la legislación vigente.

Por último, las implicaciones de la novedosa regulación europea, una vez se transpongan al derecho interno, pueden ser enormes. Se está apostando por favorecer la transmisión de UP frente a ventas en globo. No de forma tímida como el legislador español con el ínfimo “escudo” del 15%, sino decididamente y sin matices.

---

<sup>134</sup> BÁRCENA, F. M., “La Directiva 2019/1023 (VI): deberes de los administradores sociales en caso de insolvencia inminente”, *Análisis*, G A \_ P Gómez-Acebo & Pombo, agosto 2019, pág. 3-4.

<sup>135</sup> *Vid.* Pregunta 10 en Anexo II.

No obstante, esto no acaba aquí. La normativa europea extiende esta preferencia a los meses anteriores al inicio del concurso de acreedores, entendemos que mediante la amenaza de una acción rescisoria y de una posible punición de la actuación de los administradores societarios.

## VIII. EL FUTURO INMEDIATO

### 1. LA LC EN LA PRÁCTICA<sup>136</sup>.

### 2. NUEVA REFORMA A LA VISTA.

Como bien ha sido expuesto con anterioridad, las Cortes Generales tramitarán en los próximos meses la refundición de la LC.

A pesar de ser todavía un mero anteproyecto, es preciso realizar una serie de puntualizaciones, toda vez que este texto provisional tiene muchos visos de convertirse en normativa vigente en el futuro más próximo. Estas serían las principales novedades que supondría su entrada en vigor:

- i. El artículo 221 del propuesto cuerpo jurídico, a diferencia del actual artículo 149.4 LC, no impone como requisito para que la sucesión empresarial se aplique, la continuidad de la actividad económica por parte del nuevo titular de la UP.

Esto supondría un perjuicio enorme. Convertiría a las operaciones concursales en aun más gravosas que cualquier enajenación fuera de un procedimiento de insolvencia, al requerirse en estas últimas como mínimo la conservación negocial para la asunción de deudas sociolaborales. De este modo, los trabajadores y la SS en empresas en quiebra se verían sobre protegidos en comparación con aquellos de entes en situación de estabilidad financiera, lo cual no ha sido nunca el propósito del legislador español. Al menos hasta ahora<sup>137</sup>.

---

<sup>136</sup> *Vid.* entrevistas en el Anexo I y II.

<sup>137</sup> RODRÍGUEZ DE QUIÑONES, A., “Refundición y refundación del derecho concursal: (breves reflexiones sobre la propuesta de texto refundido de la ley concursal)”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 313, 2019, pág. 6.

- ii. Se confiere la competencia a la hora de declarar la existencia o no de la figura de sucesión empresarial al orden mercantil<sup>138</sup>.
- iii. Se aclara que la responsabilidad solidaria por las deudas sociolaborales, solo lo será en relación con los trabajadores de la UP adquirida, y dentro de este subgrupo, exclusivamente con respecto de aquellos contratos en los que el adquirente se subroga<sup>139</sup>.

Por consiguiente, de confirmarse estas modificaciones propuestas, la reforma supondría, en términos coloquiales, “una de cal y otra de arena”.

Por un lado, se colmarían nuestras exigencias encaminadas a asegurar la competencia del juez del concurso a la hora de delimitar el perímetro de la UP, ya que, si se le habilita para lo máximo, es decir, determinar cuándo nos encontraríamos ante un caso de sucesión empresarial, también tendría potestad para lo mínimo; *qui potest plus, potest minus*.

Por otro lado, ya hemos advertido de los enormes peligros potenciales que supondría no exigir como requisito la continuidad de la actividad empresarial.

Finalmente, en lo concerniente a la extensión de la responsabilidad solidaria, no podemos criticar que pasemos de una supuesta asunción de todo el pasivo sociolaboral empresarial a simplemente aquel propio de los contratos de la UP subrogados. Sin embargo, como es lógico por lo ya expuesto, la reforma sería insuficiente al no promover soluciones alternativas para el acreedor laboral y no suprimir el injustificado privilegio del que goza la TGSS.

---

<sup>138</sup> Artículo 221.2. Proyecto de Real Decreto legislativo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal (en tramitación parlamentaria).

<sup>139</sup> Artículo 224.1. Proyecto de Real Decreto legislativo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal (en tramitación parlamentaria).

## IX. CONCLUSIONES

- El trabajo ha girado en torno a la eterna dicotomía de que fin subyace y predomina en nuestra legislación concursal, si la satisfacción crediticia o por el contrario la continuación de la actividad empresarial.
- Bajo nuestro punto de vista, resulta interesante tomar en consideración una tercera vía: la transmisión de UP como camino para lograr ambos propósitos, a priori excluyentes.
- Sin embargo, la escasa relevancia de este tipo de operaciones, en un 10% de los concursos según calculan los expertos, nos ha movido a investigar las causas de esta infrutilización en la práctica profesional.
- Es cierto que la evolución legislativa y jurisprudencial ha traído consigo algunos aspectos favorables a la hora de contribuir a la venta de UP. Como mayores exponentes de este (moderado) acierto nos encontramos con:
  - La fijación del régimen general de enajenación en la fase liquidativa, donde un fracaso de las negociaciones sería irremontable, pero a la vez su extensión a cualquier otro estadio concursal.
  - La consideración del fondo de comercio como esencial para propiciar el éxito empresarial del nuevo titular, mediante el establecimiento de la cesión *ope legis* de los contratos afectos al negocio de la UP.
- Por el contrario, son mucho más numerosos los obstáculos que nuestro ordenamiento jurídico plantea. De menor a mayor importancia en cuanto al perjuicio provocado:
  - Prerrogativas sin razón de ser, como el excesivo poder a la hora de recomprar o subir la renta en manos de los arrendadores. Decimos carentes de fundamento ya que, en el muy probable caso de frustrar las negociaciones si ejercitan tales derechos, los mismos quedarían vaciados de todo contenido.
  - El poder de la administración pública a la hora de bloquear transmisiones de UP con su capacidad para vetar el traspaso de contratos esenciales para la continuidad del negocio.
  - La posición privilegiada de la SS, no otorgada a otros entes públicos encargados también de sufragar el Estado del Bienestar.

- La sucesión empresarial con un pasivo sociolaboral generalmente inmenso a consecuencia de los procedimientos de despido colectivo que comúnmente tienen lugar previa o concurrentemente a todo procedimiento regulado de insolvencia. Sin ninguna duda, la transmisión forzosa de estas deudas deviene el verdadero motivo que explica la baja frecuencia de este tipo de operaciones.
- En cualquier caso, con el propósito de vencer los inconvenientes surgidos a raíz de la normativa concursal, estas serían nuestras principales propuestas de *lege ferenda*:
  - Otorgamiento de las competencias en materia de sucesión empresarial y delimitación de la UP, a los jueces del orden mercantil. A nuestro parecer, el juez del concurso resulta el más capacitado para asegurar uno de los ingredientes de cualquier venta exitosa: la veraz fijación y consiguiente publicitación de todo el pasivo existente.
  - La inclusión de una cláusula de traspaso armonioso que asegure la colaboración entre vendedor y comprador para fomentar el éxito empresarial de este último, en pro del resto de intereses concursales en juego.
  - La equiparación de las negociaciones para lograr la transmisión de UP a los acuerdos pre concursales de refinanciación del artículo 71bis LC.
  - La equiparación absoluta de los organismos públicos, suprimiendo la posición privilegiada de la que goza la TGSS.
  - La promoción por obra de la ley de la asunción de protagonismo de los trabajadores en la dirección de UP eficientes como forma de extinguir cantidades adeudadas. Hablamos de incentivar/fomentar ya que como nos transmiten los profesionales en la materia, hoy en día es una solución irreal tanto desde un punto de vista legal como por ausencia de mentalidad emprendedora en el colectivo de asalariados.
  - Por último, la habilitación, como ya ocurrió en el anterior periodo de Crisis, de mecanismos de renegociación de convenios, puesto que, muchos de los ya aprobados no podrán ser cumplidos por causa del Covid-19. De este modo, debiera de permitirse una suerte de “reconvenio” que permitiera salvar la continuidad de UP en manos de aquellos deudores que no serán capaces de cumplir con lo ya pactado.



## **X. BIBLIOGRAFÍA**

### **Legislación**

Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

Directiva 2001/23/CE del Consejo de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad.

Ley Concursal.

Ley General Tributaria.

Ley 38/2011, de Reforma de la Ley Concursal.

Ley del Impuesto sobre Sociedades.

Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

Proyecto de Real Decreto legislativo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal (*en tramitación parlamentaria*).

Chile: Ley de Insolvencia y Reemprendimiento.

### **Jurisprudencia**

*Tribunal de Justicia de la Unión Europea.*

STJCE de 07/02/1985. (Asunto 135/83).

STJUE de 09/09/2015, (Asunto C-160/14).

*Tribunal Constitucional.*

STC núm. 150/1990, de 04/10/1990.

*Tribunal Supremo.*

STS núm.2002/6235, de 25/02/2002.

STS núm. 4495/2008, de 29/05/2008.

STS núm. 652/2012, de 08/11/2012.

STS núm. 442/2017, de 18/05/2017.

STS núm. 625/2017, de 21/11/2017.

STS núm. 752/2018, de 27/02/2018.

STS núm. 402/2018, de 17/04/2018.

*Tribunal Superior de Justicia.*

STSJ de Aragón de 05/11/2014.

*Audiencia Provincial.*

SAP de León, Sección 1ª, de 17/11/2000.

SAP de Pontevedra, Sección 1ª, de 25/06/2012.

AAP de Cáceres, Sección 1º, de 14/03/2007.

AAP de Barcelona, Sección 15º, de 29/11/2007.

AAP de Barcelona, Sección 15ª, de 29/11/2011.

AAP de Barcelona, Sección 15ª, de 06/02/2012.

AAP de Madrid, Sección 28º, de 11/03/2016.

AAP de Alicante, Sección 8ª, de 15/07/2016.

AAP de Barcelona, Sección 15ª, de 02/05/2017.

*Juzgado de lo Mercantil.*

AJM N°1 de Bilbao de 10/01/2005.

AJM N°6 de Barcelona de 07/11/2011

AJM N°10 de Barcelona de 10/12/2013.

AJM N° 8 de Madrid de 20/12/2013.

AJM N° 1 de Donostia de 03/06/2014.

AJM N° 6 de Madrid de 22/05/2015.

AJM N°1 de Oviedo de 30/11/2016.

AJM N°1 de Oviedo de 16/10/2017.

### **Referencias Doctrinales**

ALONSO LEDESMA, C., “La transmisión de la empresa o de unidades productivas del empresario insolvente como contenido del convenio concursal”, *Documentos de trabajo del Departamento de Derecho Mercantil UCM*, núm. 40, 2011, págs. 5,12, 40-42.

AMERICAN BANKRUPTCY INSTITUTE, “New Decisions Protecting Purchasers of Assets Under Section 363 of the Bankruptcy Code”, *ABI Journal*, 1 de mayo de 2003, S.P.

ARDAO CÓRDOBA, B. M. “Los retos futuros de las ventas de unidades productivas en sede concursal”, *Diario La Ley*, núm. 9617, abril de 2020, S.P.

ARRAIZA JIMÉNEZ, P. *Cuestiones prácticas relacionadas con la venta de unidades productivas*, León, ICJCE, 2018, págs. 4,6,8 y 10.

- ARTEAGA SAN MARTÍN, A. A., *Transmisión de la empresa y de unidades productivas en el concurso de acreedores*. Tesis doctoral dirigida por Dr. D. Fernando Cerdá Albero, Departamento de Derecho Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, 2015, págs. 24, 36-41, 277-278, 338.
- BÁRCENA, F. M., “La Directiva 2019/1023 (VI): deberes de los administradores sociales en caso de insolvencia inminente”, *Análisis*, G A \_ P Gómez-Acebo & Pombo, agosto 2019, pág. 3-4.
- CAMPUZANO, A. B., “El derecho de la insolvencia”, *e-DICTVM*, núm. 39, marzo de 2015, págs. 1-2.
- CALERO, F. S., y GUILARTE, J. S., *Instituciones de derecho mercantil*, 32º ed., Madrid, Aranzadi, 2009, pág. 184.
- Compañía Española de Seguros de Crédito a la Exportación, “*Evolución de los procesos concursales en España*”, Madrid: Informa D&B, abril 2019, pág. 3.
- Consejo General de Economistas de España, *Atlas Concursal*, REFOR Economistas Forenses, Madrid, núm. 22, octubre de 2019, pag. 22.
- CRUZ VILLALÓN, J. “Descentralización productiva, grupos de empresas y transmisión de la empresa en el concurso. En Aspectos laborales de la Ley concursal: especial referencia al Fondo de Garantía Salarial (FOGASA)”, *Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, 2006, págs. 243-247.
- DE LA CUESTA RUTE, J.M., *El convenio concursal: comentarios a los artículos 98 a 141 de la Ley concursal*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2004, págs. 32-33.
- DESDENTADO BONETE, A. y GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., “La reforma concursal: aspectos laborales y de seguridad social”, *Lex Nova*, 2004, págs. 200-201.
- DÍAZ MORENO, A., “El nuevo procedimiento abreviado”, en *Comentarios a la reforma de la Ley Concursal*, Ed. G.-A. & Pombo, 2011, págs. 7-11.

- DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, Ed. Civitas, Madrid, 2008, pág. 1054.
- ESCOBAR G. A., *El sentido de la institución concursal: los principios del concurso*. Tesis doctoral dirigida por Dr. D. José Luis Pérez-Serrabona Gonzalez, Universidad de Granada, 2016, pág. 222.
- FERNANDEZ RODRÍGUEZ, A., “Reflexiones sobre las soluciones preconcursales”, *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, núm. 16, 2012, págs. 115-125.
- GARCÍA CRUCES, J. A., “Las operaciones de liquidación (III): la enajenación global de la empresa”, en *La liquidación concursal*, Ed. Civitas, Madrid, 2011, págs. 247-300.
- GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A., “Acción rescisoria concursal y mala fe de la parte "in bonis" (STS 16.9.2010)”, *Anuario de derecho concursal*, núm. 24, 2011, págs. 307-340..
- GARCÍA-VILLARRUBIA, M. “La cesión forzosa de contratos en caso de transmisión de unidades productivas en el concurso”, *El Derecho. Revista de Derecho Mercantil*, núm. 25, 2014, S.P.
- GARNACHO CABANILLAS, L., “La pretendida finalidad conservativa del convenio en el Derecho Concursal italiano reformado y en el derecho español vigente”, *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, núm. 10, 2009, págs. 409-424.
- GUILARTE, J. S., “El fin del concurso y el del convenio”, *Documentos de trabajo del Departamento de Derecho Mercantil UCM*, núm. 101, Madrid, 2016, págs. 12-15.
- JUECES MERCANTILES DE MADRID, “Unificación de criterios de aplicación de las reformas de la Ley Concursal operadas por el Real Decreto-Ley 11/2014 y la Ley 17/2014”, *Conclusiones de la reunión de magistrados de lo mercantil de Madrid en fechas 7 y 21 de noviembre de 2014*, 2014, págs. 41-43.
- MONEREO PÉREZ, J.L., *La conservación de la empresa en la Ley concursal*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2006, págs. 99 y 127.

MUÑOZ PAREDES, A., “Pautas para la redacción del plan de liquidación en los concursos que se tramiten ante el Juzgado de lo Mercantil N°1 de Oviedo”, *V Foro Concurso del TAP 13 y 14 de Diciembre*, Bilbao, 2018, pág. 8.

OLIVENCIA, M., *La terminología jurídica de la reforma concursal*. Madrid, Iustel, 2006, pág. 148.

PASTOR SEMPERE, M. D., “Concurso de acreedores y recuperación de la empresa en crisis. Posibilidades y alternativas”, *3c Empresa: investigación y pensamiento crítico*, vol. 1, núm. 12, 2012, pág. 13.

PASTOR SEMPERE, M. D. “Dación en pago e insolvencia empresarial”, *Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado*, Madrid, 2016, págs. 320-322.

PAYNE, J., “‘Schemes of arrangement’ y reestructuración de deuda en el derecho inglés”, *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, núm. 22, 2015, págs. 315-328.

PERDICES HUETOS, A.B. *Fianza y concurso: las garantías personales en la Ley concursal*, Ed. Civitas, Madrid, 2005, pág. 15.

PULGAR EZQUERRA, J., “Ley 17/2014 de medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial y Real Decreto-Ley 11/2014 de reformas urgentes en materia concursal: nuevos paradigmas”, *Diario La Ley*, núm. 8391, 2014, págs. 13-14.

RODRÍGUEZ DE QUIÑONES, A., “Refundición y refundación del derecho concursal: (breves reflexiones sobre la propuesta de texto refundido de la ley concursal)”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 313, 2019, pág. 6.

RUBIO VICENTE, P. J., “La enajenación de la empresa en la nueva Ley Concursal”, *Revista de derecho de sociedades*, núm. 22, 2004, pág. 115-155..

RUBIO VICENTE, P. J., “Reestructuración empresarial y enajenaciones de unidades productivas”, *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, núm. 22, 2015, págs. 149-162.

- SÁNCHEZ, L. P., “Nueva jurisprudencia sobre intervención de entidades especializadas”, *LegalToday*, 20 de julio de 2018, S.P.
- SARGEANT, M., *Implementation Report Directive 2001/23/EC on the approximation of laws of the Member States relating to the safeguarding of employees’ rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of businesses*. Middlesex University Business School, junio 2007, pág. 59.
- SEBASTIÁN, R., “Aproximación a la reforma del derecho concursal”, *Actualidad Jurídica Uría & Menéndez*, núm. 6, 2003, págs. 21-33.
- TIRADO MARTÍ, I., “Reflexiones sobre el concepto de ‘interés concursal’”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 62, núm. 3, 2009, págs. 1055-1108.
- VAISH, P. *Business Bankruptcy Reorganization in Light of B.A.P.C.P.A.*, enero 2006, pág. 22.
- VAN HEMMEN ALMAZOR, D. E., *Estadística concursal: el concurso de acreedores en cifras*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Bienes Muebles y Mercantiles de España, Madrid, 2016, pág. 59.
- VAN HEMMEN ALMAZOR, E., *Estadística concursal: El concurso de acreedores en cifras*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Bienes Muebles y Mercantiles de España, 2017, pág. 108 y 110.
- WEIL, C. S. “Section 363 of the Bankruptcy Code – A Tool for Buying and Selling Financially Distressed Assets”, *Moss & Barnett, Firm’s newsletter*, núm. 1, 2013, págs. 9-10.
- WINDSOR, J., “Una visión panorámica de los "schemes of arrangement" ingleses”, *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, núm. 15, 2011, págs. 553-563.
- ZABALETA DÍAZ, M. “El concurso del consumidor”, *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Alcalá*, núm. 3, 2010, págs. 301-331.

# **ANEXOS**



## ANEXO I

### ENTREVISTA A JOAN ANTONI BORRÀS ABÓS

*-Trascripción literal de la entrevista realizada a D. Joan Antoni Borràs Abós, el 23 de abril de 2020 por medios telemáticos.*

*- Borràs Abós, socio de Roca Junyent, así como prestigioso administrador concursal, ha sido distinguido como uno de los principales especialistas en procedimientos de insolvencia en nuestro país. En este sentido, ha sido galardonado en repetidas ocasiones por prestigiosos directorios independientes como: Best Lawyers y Legal 500. Además, Borràs Abós ha participado en relevantes operaciones de adjudicación de unidades productivas que sin duda han supuesto un antes y un después en nuestra legislación concursal. Uno de los casos más mediáticos fue el traspaso de Cacaolat perteneciente al extinguido Grupo Nueva Rumasa.*

**1º. A su juicio, ¿Cuáles serían los tres aspectos clave a la hora de formalizar una transmisión de unidades productivas (UP) en el seno de un procedimiento concursal?**

En cuanto a la primera de tus preguntas supongo que te refieres a cuáles son los elementos clave para ofertar y ser adjudicatario de una unidad productiva, ¿no? En mi opinión son los siguientes:

- Ofrecer una financiación transitoria hasta la adjudicación de la unidad productiva con un doble objetivo: a) Mantener la empresa viva hasta su adjudicación. b) Obtener un derecho de tanteo en el proceso de venta por haber financiado la actividad.
- Acotar las “contingencias” de S.S. y laborales, que son las que muy posiblemente ocasionarán un incremento del precio.
- Obtener el apoyo de los trabajadores.

## **2º. ¿Podría nombrarme ahora los tres mayores obstáculos?**

En cuanto a los tres principales obstáculos, yo creo que pueden ser los siguientes:

- Un Juzgado de tramitación lenta.
- La conflictividad laboral puede ocasionar una falta de interés de los interesados.
- Que no se encuentre bien delimitado del perímetro de la unidad productiva.

## **3º. ¿Ve posible la convalidación de créditos laborales por la entrega de UP, las cuales pasaran por tanto a manos de los propios trabajadores?**

Yo veo muy complicada la convalidación de los créditos laborales como precio de la unidad productiva.

En primer lugar, por un tema del tipo de créditos que suelen tener los trabajadores, mayoritariamente ordinarios y privilegiados generales. El precio de la venta se debe destinar a pagar en primer lugar los créditos contra la masa y el privilegio especial en su caso. Solo cubierto estos se atenderían los privilegiados generales y ordinarios.

En segundo lugar, por cuanto es muy poco habitual que los trabajadores estén dispuestos a adquirir una unidad productiva.

## **4º. ¿En qué grado la asunción forzosa de pasivo sociolaboral puede llegar a frustrar una venta de UP?**

La realidad sobre créditos derivables de la unidad productiva está bastante clara: los créditos de S.S. y los laborales no cubiertos por el FOGASA. Lo que no está resuelto de forma clara es si es derivable la adjunta a los trabajadores asumidos o toda la deuda. Si estas deudas son muy elevadas, pueden provocar la falta de ofertantes o el bajo precio de las ofertas. Esta problemática parece que quedará aclarada si se aprueba el redactado del art. 224.1 3º del Texto Refundido de la Ley Concursal.

## **5º. ¿Alguna propuesta de reforma de la Ley Concursal?**

La verdad es que hay bastantes.

La primera que se me ocurre, dada la situación actual, es un mecanismo de “reconvenio”: muchas de las empresas que aprobaron convenio, dada la situación actual, difícilmente podrán cumplirlo y debería ir a la liquidación. Se debería articular un mecanismo de renegociación de ese convenio que dada la situación actual no se podrá cumplir.

Recoger ya la DIRECTIVA (UE) 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia)

## ANEXO II

### ENTREVISTA A SANTIAGO RUIZ ASENJO

*-Trascripción literal de la entrevista realizada en persona a D. Santiago Ruiz Asenjo, el 25 de marzo de 2020.*

*-Ruiz Asenjo, Of Counsel en PwC España, es licenciado en CC. Económicas y Derecho. Ha participado en casi una veintena de concursos de acreedores, asumiendo por designación judicial la administración concursal en procedimientos de insolvencia tan mediáticos como el que afectó al histórico equipo de fútbol, el Racing de Santander.*

*-Su experiencia profesional servirá de baluarte a la hora de medir la eficacia de nuestra legislación concursal. Igualmente, sus reflexiones nos serán útiles para comprender las deficiencias de la LC, así como para adivinar qué medidas sería necesario adoptar en el futuro más cercano. Tanto con el objetivo de consolidar los elementos que favorecen la transmisión de UP como para remover los grandes obstáculos.*

#### **1º. Buenas Santiago, a su juicio, ¿Cuáles serían los tres aspectos clave a la hora de formalizar una transmisión de UP en el seno de un procedimiento concursal?**

En mi opinión, los factores clave para el éxito de una transmisión de unidad productiva en un procedimiento concursal son los siguientes:

- Reestructuración previa de la unidad para adecuar su dimensión, de forma que se posibilite o favorezca su viabilidad futura.
- Certeza en el precio total de la operación, de forma que no surjan responsabilidades o contingencias futuras.
- Transparencia en el procedimiento de transmisión (información suficiente, concreción de los elementos que la integran, claridad en las condiciones y plazos, etc.).

## **2°. En sentido contrario, ¿Podría nombrarme ahora los tres mayores obstáculos?**

La transmisión de unidad productiva fracasaría si se frustran los condicionantes señalados anteriormente, es decir:

- Cuando se pretende transmitir unidades productivas mal dimensionadas o con las mismas rigideces estructurales que provocaron su inviabilidad.
- Cuando hay incertidumbre sobre las responsabilidades que deberá asumir el comprador, adicionales al precio de venta.
- Cuando durante el procedimiento de venta se oculta o no se facilita información, no se permite acceder a la representación de los trabajadores, o existen cláusulas oscuras que inducen a aventurar litigios.

## **3°. ¿Podría decirme qué porcentaje aproximado de concursos: terminan en liquidación, en convenio o presentan operaciones de transmisión de UP?**

De los concursos declarados judicialmente, considero que aproximadamente el 75% son de liquidación y el 25% aprueban un convenio. De los que aprueban un convenio, estimo que en un 70% se incumple el convenio y acaban en liquidación. En definitiva, estimo que acaban siendo de liquidación aproximadamente el 93% de los concursos.

Respecto a transmisiones de unidades productivas, estimo que se concluyen estas operaciones en menos del 10% de los concursos.

## **4°. ¿Ve posible la convalidación de créditos laborales por la entrega de UP, las cuales pasaran por tanto a manos de los propios trabajadores?**

Creo que es muy difícil que los trabajadores asuman la titularidad de las unidades productivas de empresas en concurso, y ello por dos motivos principales:

En general, porque los propios trabajadores desconfían de que pueda ser una solución real de continuidad. Son infrecuentes las ofertas de adquisición de unidades productivas presentadas por los propios trabajadores.

Porque los créditos de los trabajadores no son necesariamente los de mejor rango para el cobro dentro del concurso. Es decir, es muy probable que existan diferentes acreedores

(entre otros, seguramente determinados trabajadores que no quieran o no puedan entrar en la operación) que tengan mayor o igual preferencia al cobro, de forma que no se podría hacer la dación en pago sin antes pagar dichos créditos.

**5°. En base a su experiencia profesional, en caso de excluyentes ¿Qué suelen primar los trabajadores, la continuidad empresarial o cobrar lo debido?**

Creo que, ante esa disyuntiva, un trabajador prefiere la continuidad de su puesto de trabajo (no la continuidad de la empresa en términos abstractos) que el pago de sus créditos.

**6°. ¿Cuál suele ser la actitud de los acreedores con privilegio especial en relación con este tipo de operaciones de enajenación de UP?**

La actitud de los acreedores con privilegio especial suele ser “egoísta”: prefieren cobrar íntegramente sus créditos que renunciar a parte de ellos a cambio de una continuidad empresarial. No obstante, sí suelen aceptar la subrogación del adquirente en los créditos con privilegio especial cuando se mantienen las garantías.

**7°. Valóreme por favor la posición del acreedor público otorgada por nuestra normativa concursal.**

En general, tengo una opinión negativa de los privilegios de los acreedores públicos dentro del concurso, que deberían ser recortados para aproximarlos a los de los acreedores ordinarios. Especialmente tengo una opinión muy negativa sobre la derivación de las deudas de la Seguridad Social al adquirente de unidades productivas en un concurso, porque normalmente supone la imposibilidad real de llevar a cabo estas operaciones.

**8°. ¿Cuál suele ser la actitud de la Seguridad Social en relación con este tipo de operaciones de enajenación de UP?**

La actitud de la Seguridad Social en operaciones de transmisión de unidades productivas en los concursos es de “aplicación rígida de la Ley”. Es decir, la Seguridad Social no facilita en ningún caso la transmisión de unidades productivas; antes al contrario, normalmente advierten al adquirente de que asumen el riesgo de la derivación de responsabilidad, que se le podrá exigir en tanto no hayan prescrito las deudas.

**9°. ¿En qué grado la asunción forzosa de pasivo sociolaboral puede llegar a frustrar una venta de UP?**

Sin ninguna duda, es un aspecto importantísimo, esencial. Téngase en cuenta que en un concurso las deudas sociolaborales pueden alcanzar cifras muy elevadas, entre otros motivos por las indemnizaciones por despidos que se generan por el cierre o reestructuración de unidades productivas.

**10°. ¿Alguna propuesta de reforma de la LC?**

Sí, considero que siempre que así lo determine expresa y motivadamente el Juez del concurso debe eliminarse totalmente la posibilidad de derivar deudas de cualquier tipo al adquirente de unidades productivas. Esta decisión se debería adoptar en una tramitación especial (aprobación del convenio, del plan de liquidación o de la concreta operación) en la que todas las partes expongan sus motivos en favor o en contra de esa medida. Seguramente haya que imponer condiciones al adquirente (v.g. aportación de garantías, mantenimiento del empleo, etc.) y prever infracciones penales en caso de incumplimiento de los requisitos o de fraude.