



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

**LA VENTA DE UNIDADES
PRODUCTIVAS EN EL
PROCEDIMIENTO CONCURSAL**

Autor: Carlos Castillo Martín

5º E-5

Derecho Mercantil

Tutor: Prof. Dña. Manuela Serrano Sánchez

Madrid

Abril 2019

Resumen

La venta de unidades productivas en sede concursal supone una relevante alternativa que produce importantes beneficios para la propia sociedad concursada, para el adquirente de la unidad, para los acreedores, para el tejido empresarial, así como para los trabajadores de la sociedad en concurso. Gracias a la venta de unidades productivas se ha conseguido mantener la actividad empresarial de unidades productivas económicamente viables, conservando los puestos de trabajo de las mismas y maximizando el valor de la masa activa de la concursada al mismo tiempo que se reduce su pasivo. Este trabajo consiste en un análisis de la regulación legal de la venta de unidades productivas en España, los procedimientos para su venta, los efectos de ésta y el momento concursal en que cabe su realización. Asimismo, llevaré a cabo un análisis de las principales contribuciones de la venta de unidad productiva al desarrollo del concurso y de cómo, a partir de las reformas introducidas por el Real Decreto-Ley 11/2014 y por la Ley 9/2015, se ha producido un importante desincentivo para la celebración de compraventas de unidades productivas en el marco de los procedimientos concursales.

Palabras clave: unidad productiva; venta de unidad productiva; Insolvencia; Derecho Concursal; compraventa de unidad productiva; sucesión de empresas.

Abstract

The sale of production units in the context of companies involved in arrangement with creditors implies a relevant alternative that produces important benefits for the insolvent company, for the acquirer of the unit, for the creditors, for the business networks, as well as for the workers of the company. Thanks to the sale of production units, it has been feasible to maintain the business activity of production units economically viable, preserving the jobs of the company and maximizing the value of its assets while reducing its liabilities. This work consists in an analysis of the legal regulation of the sale of production units in Spain, the procedures for the sale, its effects and the moment of the procedure in which it is possible to carry it out. Also, I will develop an analysis of the main contributions of the sale of production units to the development of the arrangement with creditors' procedure and how, since the reforms introduced by the Royal Decree-Law 11/2014 and by the Law 9/2015, there has been an important Disincentive for the holding of purchases of production units within the framework of the arrangement with creditors' proceedings.

Key Words: production unit; sale of production unit; bankruptcy; Bankruptcy Law; purchase of production unit; business succession

Lista de abreviaturas

LC - Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal

DC - Derecho Concursal

UP - Unidad Productiva

AC - Administración Concursal

JG - Junta General de Accionistas

LSC - Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

Contenido

1. Introducción.....	7
2.1. El concurso de acreedores: concepto, presupuestos, principios, finalidades y regulación en España.	8
2.1.1. Concepto.....	8
2.1.2. Presupuestos Objetivos	8
2.1.3. Presupuestos subjetivos	10
2.1.4. Principios y finalidades	11
2.1.5. Finalidades	13
2.1.6. Regulación del Derecho Concursal en España	13
2.2. Concepto, alcance y marco legal de la venta de unidad productiva	14
2.2.1. Concepto y alcance.....	14
2.2.2. Diferenciación conceptual entre venta de unidad productiva, venta en globo y venta unitaria.....	16
2.2.3. Marco Legal. Evolución y aportaciones del Real Decreto-Ley 11/2014 y Ley 9/2015 de medidas urgentes en materia concursal.	17
2.3. Procedimiento para la venta.....	18
2.3.1. Identificación y valoración de la unidad productiva.....	18
2.3.2. Condiciones de Publicidad.....	20
2.3.3. Las ofertas.....	22
2.4. Efectos de la transmisión de la unidad productiva.	26
2.4.1. El consentimiento de los acreedores privilegiados.	26
2.4.2. Efectos sobre el activo.	27
2.4.3. Efectos sobre el pasivo.	31
2.5. Singularidades de la venta de unidad productiva en las distintas fases del concurso.	33
2.5.1 La venta de la Unidad Productiva en fase común.	33
2.5.2. La venta de la Unidad Productiva en fase de convenio.....	34
2.5.3. La venta de la Unidad Productiva en la fase de liquidación.....	35
2.5.4. Antes del concurso y con la solicitud de declaración a través del procedimiento del 191 ter LC.	35
2.6. Ventajas de la transmisión de la unidad productiva.....	37
2.6.1. Maximización del valor de la masa activa y minimización del pasivo.....	37
2.6.2. El mantenimiento de la actividad empresarial.	38
2.6.3. La conservación de puestos de trabajo.....	39

3. Conclusiones y análisis. La sucesión de empresas: la gran problemática de la venta de unidades productivas. 39

1. Introducción.

Tras el estallido de la crisis económica de 2008, numerosas empresas españolas comenzaron a declararse en concurso de acreedores, acabando la inmensa mayoría de ellos en liquidación. No obstante, nuestra Ley Concursal (LC) se promulgó en 2003, en un contexto de crecimiento económico para ofrecer solución a las excepcionales situaciones de insolvencia. Es por ello que la Ley 38/2011 reformó la LC con la finalidad de evitar los concursos y apostar por alternativas como los acuerdos de refinanciación, ya que los juzgados estaban saturados, la mayoría de concursos terminaban en liquidación y no se lograba reactivar la actividad empresarial. Dentro de estas alternativas se enmarca la transmisión de unidades productivas económicamente viables, que permite dar continuidad a la actividad empresarial, conservando los puestos de trabajo de las mismas y maximizando el valor de la masa activa de la concursada al mismo tiempo que se reduce su pasivo.

A través de la compraventa de unidades productivas viables se consigue satisfacer en gran medida las pretensiones de la mayoría de interesados en el concurso. Por un lado, la sociedad concursada obtiene activos con los que hacer frente al pago de sus acreedores, que tendrán más probabilidades de cobrar sus créditos. Por otro lado, los trabajadores de la empresa mantienen su empleo. De este modo, tanto el adquirente, como la concursada, como los trabajadores y los acreedores de la concursada salen beneficiados de la transmisión y, naturalmente, el mantenimiento de la actividad económica tendrá también efectos positivos sobre el tejido industrial y sobre el sistema económico en general.

Las reformas adoptadas por el Real Decreto-Ley 11/2014 y por la Ley 9/2015 han tratado de regular los efectos de la venta de unidades productivas en sede concursal, así como los procedimientos a seguir. Sin embargo, la introducción de los efectos de la sucesión de empresas en cuanto a los créditos laborales y con la Seguridad Social ha terminado por desincentivar enormemente lo que en un principio se quería promocionar: la compraventa de unidades productivas económicamente viables.

En este trabajo llevaré a cabo un estudio de la regulación de la venta de unidades productivas en España. En primer lugar, desarrollaré una breve aproximación al Derecho Concursal español para, posteriormente, estudiar el concepto, la regulación, los efectos y

los procedimientos a seguir en materia de transmisión de unidades productivas en sede concursal.

2. Desarrollo.

2.1. El concurso de acreedores: concepto, presupuestos, principios, finalidades y regulación en España.

2.1.1. Concepto

A modo de introducción, previamente a entrar en el análisis de la venta de unidades productivas de empresas en concursos de acreedores, conviene realizar una aproximación al Derecho Concursal, para así, comprender la figura del concurso de acreedores, los presupuestos del mismo, los principios que lo inspiran y las características generales del procedimiento.

De acuerdo con Juana Pulgar Ezquerra, Catedrático de Derecho Mercantil por la Universidad Complutense de Madrid, podemos definir el Derecho Concursal como:

El conjunto de normas que regulan las consecuencias jurídicas de las dificultades económicas de un deudor que no puede atender al cumplimiento de sus obligaciones en las condiciones inicialmente pactadas frente a una pluralidad de acreedores.¹

Por tanto, el Derecho Concursal, regula situaciones de insolvencia de un determinado deudor frente a múltiples acreedores. De este modo, como bien señala PULGAR, en el Derecho Concursal rige el principio de *responsabilidad patrimonial universal*, puntualizando esta afirmación del siguiente modo:

Sin embargo, cuando concurre una pluralidad de acreedores y resulta insuficiente el patrimonio del deudor para satisfacer a todos ellos (incumplimiento generalizado de las obligaciones frente a una pluralidad de acreedores) es preciso colectivizar, a través de los procedimientos concursales, ese déficit.²

2.1.2. Presupuestos Objetivos

En primer lugar, cabe diferenciar entre concurso voluntario y concurso necesario. En ambos casos, el presupuesto objetivo de la declaración de concurso, como establece el artículo 2.1 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (de ahora en adelante LC), es la

¹ Pulgar Ezquerra, J., *Manual de Derecho Concursal*, La ley, Madrid, 2017, p. 38.

² Manual de Derecho Concursal, cit. P. 38.

insolvencia.³ Sin embargo, en el supuesto del concurso necesario tendrán que concurrir además una serie de hechos que permiten que la declaración de concurso se produzca a solicitud de tercero.⁴

En cuanto a lo que ha de entenderse por insolvencia, ésta viene definida en el artículo 2.2 LC, el cual señala que: “Se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles”⁵. Respecto a esta definición, es conveniente señalar que la imposibilidad de cumplimiento de las obligaciones por parte del deudor no tiene porqué equivaler necesariamente a las situaciones de insuficiencia patrimonial, pues una sociedad puede perfectamente encontrarse en una situación patrimonial deficitaria, siendo su patrimonio neto inferior al capital social, pero ser capaz de hacer frente a sus obligaciones y, por tanto, ser solvente, incluso en los casos en que dicho déficit patrimonial constituya, de acuerdo con la Ley de Sociedades de Capital (LSC), una causa de disolución.⁶ Lo determinante a efectos de la declaración de concurso es la insolvencia como concepto diferenciado de la insuficiencia patrimonial.

En lo referente al concurso necesario, como ya anticipaba anteriormente, el artículo 2.4 LC prevé una serie de supuestos en los que el acreedor debe fundar la prueba de la insolvencia del deudor, de los cuales al menos uno ha de estar presente para para que la declaración de concurso pueda ser instada por éste:

Si la solicitud de declaración de concurso la presenta un acreedor, deberá fundarla en **título por el cual se haya despachado ejecución o apremio sin que del embargo resultasen bienes libres bastantes para el pago**, o en la existencia de alguno de los siguientes hechos:

1.º **El sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor.**

2.º La existencia de **embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio del deudor**”.

3.º **El alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor**”.

4.º **El incumplimiento generalizado de obligaciones de alguna de las clases siguientes:** las de pago de **obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso**; las de pago de **cuotas de la Seguridad Social**, y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo período; las de pago de **salarios e indemnizaciones y**

³ Artículo 2.1. Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (BOE 10 de julio de 2003).

⁴ Almoguera, J., “Las crisis empresariales. La solicitud y la declaración de concurso”, en Quetglas, S.L. (coord.), *Fundamentos de Derecho Empresarial. Tomo IV*, Aranzadi, Pamplona, 2017 p.31.

⁵ Artículo 2.2. Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (BOE 10 de julio de 2003).

⁶ Las crisis empresariales. La solicitud y la declaración de concurso, cit., pp. 29 y 30.

demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades.⁷

Estos supuestos, una vez probado alguno de ellos por el acreedor, operan como presunciones de insolvencia del deudor establecidas por el legislador, sin embargo, aun concurriendo alguna de estas circunstancias, el deudor no será declarado en concurso si consigue probar su solvencia.⁸ Se trata de una presunción *iuris tantum* de insolvencia y no *iure et de iure*, dado que admite prueba en contrario.

2.1.3. Presupuestos subjetivos

Una vez hemos analizado el presupuesto objetivo de las declaraciones de concurso, es decir, qué circunstancias dan lugar a éstas, es el momento de responder a la pregunta de quién puede ser declarado en concurso de acreedores.

El artículo 1. LC señala que:

1. La declaración de concurso procederá respecto de cualquier deudor, sea persona natural o jurídica.
2. El concurso de la herencia podrá declararse en tanto no haya sido aceptada pura y simplemente.
3. No podrán ser declaradas en concurso las entidades que integran la organización territorial del Estado, los organismos públicos y demás entes de derecho público.⁹

Por tanto, de acuerdo con el art. 1.1. LC el presupuesto subjetivo es la personalidad jurídica, pues cabe declaración en concurso de acreedores respecto de la persona natural o jurídica. Al respecto, GONZÁLEZ reflexiona que:

Es consecuencia inevitable del principio de unidad por el que optó la vigente ley y, en particular, de la llamada unidad de disciplina, de forma que se rompe con la tradición jurídica española desde la Baja Edad Media que había venido estableciendo diferentes procedimientos concursales en función de la condición de comerciante/empresario del deudor insolvente y que llegó hasta el año 2003, donde existían todavía la quiebra y la suspensión de pagos para los deudores empresarios, y la quita y espera y el concurso de acreedores para los deudores <<civiles>>.¹⁰

No obstante, la LC establece dos excepciones a la personalidad jurídica como presupuesto subjetivo en los apartados 2. y 3. del artículo 1. LC. Estas excepciones son:

⁷ Artículo 2.4. Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (BOE 10 de julio de 2003).

⁸ Las crisis empresariales. La solicitud y la declaración de concurso, cit., p.32.

⁹ Artículo 1.1 Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (BOE 10 de julio de 2003).

¹⁰ Manual de Derecho Concursal, cit., p. 149.

1. De acuerdo con el art. 1.2. LC cabe concurso de la herencia yacente y la herencia aceptada a beneficio de inventario, a pesar de carecer de personalidad jurídica. Es debido a esto que, como indica Jesús Almoguera: “La muerte no pone fin al concurso, sino que este continúa como concurso de la herencia, que deberá mantenerse indivisa mientras dure el concurso (art. 182 LC)”¹¹
2. En atención al art. 1.3. LC no cabe concurso “de las entidades que integran la organización territorial del Estado, los organismos públicos y demás entes de derecho público”¹². La razón de esta exclusión reside, como señala el mismo Jesús Almoguera, en que estas entidades y organismos “están al servicio del interés general y por ello los bienes de dominio público son inalienables e inembargables (art. 6 de la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas)”¹³.

En conclusión, podemos afirmar que el presupuesto subjetivo de la declaración de concurso es la personalidad jurídica, existiendo dos excepciones: cabe la declaración en concurso de la herencia yacente y de la aceptada a beneficio de inventario, aunque no poseen personalidad jurídica propia y, sin embargo, no cabe el concurso de las entidades y organismos públicos a pesar de tener personalidad jurídica.

2.1.4. Principios y finalidades

Dos son los principios que informan el procedimiento concursal: el principio de *universalidad* y el principio de *par conditio creditorum*. Estos principios cumplen con una serie de funciones propias de cualquier principio que opere en el ámbito jurídico.

1. **Función informadora:** sirviendo como inspiración a la hora de legislar y “sirviendo como fundamento del ordenamiento jurídico futuro”¹⁴.
2. **Función integradora:** sirviendo como fuente para resolver cuestiones no reguladas por el ordenamiento jurídico.
3. **Función interpretativa:** “operando como criterio orientador del juez y del intérprete en la aplicación concreta y particular de las normas jurídicas”¹⁵.

¹¹Las crisis empresariales. La solicitud y la declaración de concurso, cit., p. 27.

¹² Artículo 1. 3 Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (BOE 10 de julio de 2003).

¹³ Las crisis empresariales. La solicitud y la declaración de concurso, cit., p. 27.

¹⁴ Arteaga, A.A, “Transmisión de la empresa y de unidades productivas en el concurso de acreedores”, *Universitat Pompeu Fabra*, 2015, p.13.

¹⁵ Transmisión de la empresa y de unidades productivas en el concurso de acreedores, cit., p.13.

2.1.4.1. Principio de universalidad

El principio de universalidad viene recogido en los artículos 76 y 49.1 LC.

- **76.1 LC:** “Constituyen la masa activa del concurso los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de la declaración de concurso y los que se reintegren al mismo o adquiera hasta la conclusión del procedimiento”¹⁶.
- **49.1 LC:** “Declarado el concurso, todos los acreedores del deudor, ordinarios o no, cualquiera que sea su nacionalidad y domicilio, quedarán de derecho integrados en la masa pasiva del concurso, sin más excepciones que las establecidas en las leyes”¹⁷.

El principio de universalidad hace referencia a la unidad de la masa activa del deudor (76.1 LC), así como a la unión de todos los acreedores dentro de la masa pasiva del concurso (49.1 LC). En consecuencia, el procedimiento concursal es universal porque aúna la totalidad de los bienes y derechos del deudor en la masa activa concursal del mismo modo que incluye a cada uno de los acreedores del deudor dentro de la masa pasiva del concurso.¹⁸

2.1.4.2. Principio de *par conditio creditorum*

De acuerdo JIMÉNEZ, el *par conditio creditorum* “es uno de los principios rectores del proceso concursal. Significa que todos los acreedores se presentan dentro del concurso en condición de igualdad para el cobro de sus créditos”¹⁹.

La LC recoge el principio *par conditio creditorum* ya en su exposición de motivos:

Se considera que el principio de igualdad de tratamiento de los acreedores ha de constituir la regla general del concurso, y que sus excepciones han de ser muy contadas y siempre justificadas²⁰.

Si bien en la exposición se señala que las excepciones a la igualdad de trato han de ser *muy contadas y siempre justificadas*, las excepciones resultan ser cuantiosas, lo que ha llevado a que parte de la doctrina e incluso a que en algunas sentencias se haya denunciado la inobservancia del principio.²¹

¹⁶ Artículo 76.1 Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (BOE 10 de julio de 2003).

¹⁷ Artículo 49.1 Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (BOE 10 de julio de 2003).

¹⁸ Transmisión de la empresa y de unidades productivas en el concurso de acreedores, cit., p. 14.

¹⁹ Jiménez, J. “Análisis de la aplicación del principio Par Conditio Creditorum en relación con los créditos privilegiados”, 2014, p.7.

https://escuelajudicialpj.poderjudicial.go.cr/Archivos/documentos/revs_juds/revista_111/PDFs/05_archivo.pdf

²⁰ Exposición de motivos, V., Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (BOE 10 de julio de 2003).

²¹ Transmisión de la empresa y de unidades productivas en el concurso de acreedores, cit., p.19.

2.1.5. Finalidades

Como indica ALMOGUERA: "los dos objetivos principales de la LC son proteger los intereses de todos los acreedores y mantener la actividad profesional o empresarial del deudor, evitando la liquidación de la empresa y el despido de los trabajadores"²².

El principio de *par conditio creditorum* procura la protección de los intereses de todos los acreedores, mientras que para la consecución del segundo objetivo (mantener la actividad empresarial, evitar despido de trabajadores etc.), la Ley trata de impulsar las soluciones alternativas antes que la declaración de concurso y, en caso de declaración, procura evitar la liquidación, decantándose por el convenio como solución prioritaria.²³ La Ley Concursal deja clara su preferencia por el convenio ya en la exposición de motivos:

Las soluciones del concurso previstas en la ley son el convenio y la liquidación para cuya respectiva tramitación se articulan específicas fases en el procedimiento. El convenio es la solución normal del concurso, que la ley fomenta con una serie de medidas, orientadas a alcanzar la satisfacción de los acreedores a través del acuerdo contenido en un negocio jurídico en el que la autonomía de la voluntad de las partes goza de una gran amplitud.²⁴

Como veremos posteriormente, la venta de unidad productiva se presenta como una alternativa que permite la consecución de ambos objetivos: permite la satisfacción de los intereses de los acreedores al mismo tiempo que se mantiene la actividad empresarial.

2.1.6. Regulación del Derecho Concursal en España

El Derecho Concursal en España hasta la actual Ley Concursal se caracterizaba por la *dispersión normativa* tanto en el ámbito material como en el procesal, existiendo procedimientos diferentes dependiendo de si el deudor era o no considerado empresario²⁵.

La Ley 22/2003 Concursal, se redactó conforme al principio de unidad, que opera en tres dimensiones distintas:

1. *Unidad procedimental*: se establece un solo procedimiento que puede desembocar en distintas soluciones (convenio y liquidación).

²² Fundamentos de Derecho Empresarial. Tomo IV, cit., p. 26.

²³ Fundamentos de Derecho Empresarial. Tomo IV, cit., pps. 26 y 27.

²⁴ Exposición de motivos, V., Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (BOE 10 de julio de 2003).

²⁵ Manual de Derecho Concursal, cit., p. 56.

2. *Unidad subjetiva*: el procedimiento se extiende a todo tipo de deudor, ya sea empresario o no y abarca a todos los acreedores de un mismo deudor.
3. *Unidad legal*: todas las cuestiones materiales y procedimentales quedan reguladas en una misma Ley Concursal, superando la tradicional *dispersión normativa*.²⁶

La Ley 22/2003 sigue siendo la ley vigente actualmente en el Derecho Concursal español, si bien, ha sido sometida a diferentes reformas: *Real Decreto-Ley 3/2009*; *Ley 38/2011 de Reforma de la Ley Concursal*; *Ley 14/2013 de Apoyo a los emprendedores y su internacionalización*; *Real Decreto-Ley 4/2014* y *Ley 17/2014*; *Real Decreto-Ley 11/2014* y *Ley 9/2015*; *Real Decreto-Ley 1/2015* y *Ley 25/2015*. De acuerdo con Juana Pulgar:

Estas reformas se orientaron, de un lado, a mejorar la operatividad del concurso de acreedores. De otro lado, se introdujeron con el fin de configurar un Derecho Preconcursal de carácter reestructurador que no aparecía regulado en la originaria redacción de la Ley Concursal, más allá de lo que pudiera conllevar de prevención de la insolvencia inminente, que constituía uno de los presupuestos objetivos de apertura del concurso de acreedores.²⁷

Actualmente, existe una *Propuesta de Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal*, elaborada en 2017.

En conclusión, la Ley 22/2003 y sus posteriores reformas han conseguido superar la tradicional fragmentación del Derecho Concursal en España. Además, las reformas a partir de 2014 han ido dirigidas a implementar Directivas comunitarias tendentes a armonizar el Derecho Concursal a nivel europeo.

2.2. Concepto, alcance y marco legal de la venta de unidad productiva

Una vez llevada a cabo una breve aproximación al Derecho Concursal, es el momento de entrar a estudiar la venta de la unidad productiva en el marco del procedimiento concursal. Comenzaré por delimitar el concepto y alcance de la venta de unidad productiva, diferenciándolo de otras instituciones como la venta unitaria y la venta en globo.

2.2.1. Concepto y alcance

El artículo 149 de la Ley de Enjuiciamiento Civil entiende que estamos ante una unidad productiva cuando “una entidad económica mantenga su identidad, entendida como un

²⁶ Manual de Derecho Concursal, cit., p. 58.

²⁷ Manual de Derecho Concursal, cit., p. 59.

conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesoria”²⁸. Asimismo, el artículo 7 de la Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido se refiere a la unidad productiva como un:

Conjunto de elementos corporales y, en su caso, incorporeales que, formando parte del patrimonio empresarial o profesional del sujeto pasivo, constituyan o sean susceptibles de constituir una unidad económica autónoma en el transmitente, capaz de desarrollar una actividad empresarial o profesional por sus propios medios.²⁹

Sin embargo, doctrinalmente podemos encontrar diferentes aproximaciones al concepto³⁰:

1. *Aproximación clásica o estricta*: incluye dentro del concepto dos elementos esenciales para la realización de una actividad económica. Por un lado, encontramos los elementos materiales (locales, maquinaria, activos financieros etc.). Por otro lado, elementos humanos, en otras palabras, los trabajadores.
2. *Aproximación flexible*: considera únicamente los elementos materiales como esenciales para encontrarnos ante una unidad productiva, no siendo necesarios los elementos humanos.
3. *Aproximación relativa*: se trata de una aproximación *ad casum*, según la cual es el juez concursal el que debe determinar cuándo se da una unidad productiva en atención a las circunstancias de cada caso.
4. *Unidad productiva como centro de trabajo*: se basa en jurisprudencia del TJUE, entendiendo la unidad productiva como aquella “entidad a la que los trabajadores se hallan adscritos para desempeñar su cometido”³¹.

En la práctica, muchos autores se decantan por un concepto de unidad productiva amplio, como conjunto de medios organizados que permiten desarrollar una determinada actividad económica, pudiendo estar la empresa constituida por sólo una unidad o varias unidades productivas autónomas entre sí.³² No obstante, cabe la posibilidad de considerar

²⁸ Artículo 149. Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE, 8 de enero de 2000).

²⁹ Artículo 7. Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido (BOE, 29 de diciembre de 1992).

³⁰ Ruiz de Lara, M., “La venta y la adquisición de unidades productivas en el procedimiento concursal. Problemas básicos en fase común y en fase de liquidación”, Col·legi d’Economistes de Catalunya, 2015, p.1, (disponible en: [http://www.coleconomistes.cat/MAILS/DOCS/P07_29.11.2016_Venta_y_Adquisicion_Unidades_Productivas_\(Ruiz_de_Lara\).pdf](http://www.coleconomistes.cat/MAILS/DOCS/P07_29.11.2016_Venta_y_Adquisicion_Unidades_Productivas_(Ruiz_de_Lara).pdf); última consulta 10/02/2019).

³¹ La venta y la adquisición de unidades productivas en el procedimiento concursal. Problemas básicos en fase común y en fase de liquidación, cit., p.1.

³² Luceño, J.L., “Notas sobre la enajenación de unidades productivas en el convenio concursal”, La Ley, n. 7977, 2012, p.3.

un conjunto de medios como unidad productiva aunque no estén realizando actividad económica de forma actual, siempre y cuando estén en disposición de desarrollar la actividad económica de forma inminente.³³

Una definición bastante completa de Unidad Productiva es la ofrecida por LLORET:

Constituye una unidad productiva el conjunto de activos (tangibles e intangibles) y de relaciones contractuales entre agentes económicos (trabajadores, clientes, proveedores comerciales, financiadores externos...) cuya complementariedad posibilita a un empresario único aportar mayor valor que si se administra de forma separada en virtud de su transmisión a diversos agentes.³⁴

Por tanto, de acuerdo con LLORET, a fin de considerar un conjunto de activos y relaciones contractuales como unidad productiva, resulta esencial que los mismos estén interrelacionados y que, fruto de estas interrelaciones, su valor en conjunto supere el valor que alcanzaría la suma del valor de cada activo de forma individual.

En resumen, podríamos definir la venta de unidad productiva como la transmisión de un conjunto organizado de medios, humanos y/o materiales, interrelacionados entre sí y susceptible de realizar una actividad económica, siempre que dicho conjunto alcance un valor superior del que alcanzarían los medios por separado.

2.2.2. Diferenciación conceptual entre venta de unidad productiva, venta en globo y venta unitaria.

A fin de evitar confusiones, resulta pertinente señalar aquellos aspectos en los que la venta de unidad productiva se diferencia de otros conceptos como la venta en globo o la venta unitaria.

ARRIAGA define la **venta unitaria** de la siguiente forma:

La transmisión unitaria de un completo patrimonio, entendiéndose por tal la enajenación de la totalidad o parte significativa de los bienes y derechos integrados en el activo de la concursada, pero que no sería por sí sola apta para la actividad productiva al faltar los elementos esenciales

³³ Gutiérrez, D., “Venta de Unidad Productiva en el concurso de acreedores. Origen y sucesivas reformas”, P. 8. (Disponible en: http://digibuo.uniovi.es/dspace/bitstream/10651/29809/6/TFM_GutierrezBernardo%2CDaniel%20.pdf , última consulta 7/02/2018)

³⁴ Villota, J.L. y Marqués, J.L., *La venta de la unidad productiva en sede concursal*, Bosch, Hospitalet de Llobregat, 2015, p.19.

[materiales, personales y/o inmateriales-] para la continuación de la actividad empresarial tal y como venía gestándose.³⁵

Por su parte, la **venta en globo** puede ser definida como la transmisión de un “conjunto de elementos que, sin englobar la totalidad de los bienes y derechos de la concursada, no permiten tampoco desarrollar una actividad económica autónoma”³⁶.

Si comparamos los tres conceptos, encontramos que la **venta de unidad productiva** se diferencia de la venta en globo y de la venta unitaria por la susceptibilidad de continuidad de la actividad económica a la que estaban destinados los elementos materiales e inmateriales transferidos. Mientras que en la venta unitaria y en la venta en globo los elementos transferidos no son susceptibles de continuar la actividad económica en la venta de unidad productiva si lo son. Por otro lado, la venta unitaria se diferencia de la venta en globo en que en el primer caso se enajena la totalidad del activo de la empresa, mientras que la venta en globo no alcanza la totalidad de éste.

2.2.3. Marco Legal. Evolución y aportaciones del Real Decreto-Ley 11/2014 y Ley 9/2015 de medidas urgentes en materia concursal.

Desde la aprobación de la Ley Concursal en 2003, la venta de unidades productivas se ha configurado como una alternativa promovida por los administradores concursales con el fin de salvaguardar las unidades productivas económicamente viables y evitar la depreciación de los activos de la empresa concursada a lo largo del procedimiento. El legislador, al tanto de esto, ha ido introduciendo sucesivas reformas en la Ley Concursal, sin embargo, diversas cuestiones relativas a la venta de unidades productivas, tales como la sucesión de empresa a efectos laborales, subrogación en contratos necesarios para la continuación de la actividad económica o la sucesión a efectos de la Tesorería General de la Seguridad Social, continuaban desreguladas, lo cual generaba una gran inseguridad jurídica³⁷. *El Real Decreto-Ley 11/2014* (de ahora en adelante RDL 11/2014), de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal y la *Ley 9/2015*, de 25 de mayo, que recibe el mismo título, vienen a cubrir estos vacíos legales y a introducir dentro de la

³⁵ Arriaza, P., “Cuestiones prácticas relacionadas con la venta de la unidad productiva”, p.1, (disponible en:

<http://www.icjce-euskadi.com/IVforoconcursal/S2-VUP-Arriaza.pdf>
última consulta 12/02/2018)

³⁶ Cuestiones prácticas relacionadas con la venta de la unidad productiva, cit., p.2.

³⁷ Escolà M.E. “La venta de la unidad productiva en nuestro ordenamiento”, en La venta de la unidad productiva en sede concursal, cit. P. 84 y 85

Ley Concursal determinadas cuestiones referentes a la venta de unidades productivas de sociedades concursadas. Como señala el RDL 11/2014 en su exposición de motivos, la finalidad última de estas reformas ha sido:

Facilitar en la mayor medida posible la continuación de la actividad empresarial, lo cual ha de redundar no sólo en beneficio de la propia empresa, sino también de sus empleados y acreedores y de la economía en general³⁸, con este fin “se adoptan una serie de medidas para flexibilizar la transmisión del negocio del concursado o de alguna de sus ramas de actividad, ya que en la actualidad existen algunas trabas, que, bien durante la tramitación del proceso concursal, bien cuando la liquidación del concursado sea inevitable, están dificultando su venta.³⁹

La regulación introducida en la LC por estas reformas será abordada de forma pormenorizada en posteriores apartados con el estudio de los efectos de la venta de unidad productiva, el procedimiento para la venta y las distintas fases del concurso en las que cabe.

2.3. Procedimiento para la venta.

Las cuestiones principales que han de observarse en el procedimiento para la venta de la unidad productiva están contenidas en el artículo 149 LC, cuyo contenido, a excepción del apartado primero, ha devenido obligatorio tras la aprobación de la Ley 9/2015, lo que resuelve una de las cuestiones que como he introducido en el apartado anterior generaban inseguridad, pues antes de esta reforma las reglas contenidas en el artículo eran supletorias. Asimismo, los *Acuerdos de los Jueces de lo mercantil y Secretarios Judiciales de Catalunya, seminario de 3 de julio de 2014* establecen una serie de reglas básicas a seguir en el procedimiento de venta, algunas de ellas plasmadas en la ley por las reformas y otras no plasmadas y que serán de aplicación en cuestiones no reguladas por la LC.

2.3.1. Identificación y valoración de la unidad productiva.

En primer lugar, bien en el plan de liquidación, bien en el escrito de autorización de la solicitud de venta de la unidad productiva, la Administración Concursal debe identificar con claridad la unidad productiva, describiendo tanto los medios materiales e inmateriales como los personales que la componen. En caso de existencia de diversos centros de

³⁸ Exposición de motivos. II, Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal (BOE 6 de septiembre de 2014).

³⁹ Exposición de motivos. II, Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal (BOE 6 de septiembre de 2014).

trabajo, estos deberán ser identificados, especificando si la empresa concursada es o no la propietaria y, siendo ésta la propietaria, es pertinente incluir notas registrales en las que figuren las cargas a las que están sometidos. En el caso de que la concursada no sea la propietaria, deberá expresar el título en virtud del cual explota el centro (arrendamiento, usufructo...), así como las circunstancias principales del mismo. Cabe destacar que, debido a la introducción del 146 bis en la LC realizada por el RDL 11/2014 con la finalidad de facilitar la continuidad de la actividad empresarial, el adquirente de la unidad productiva se subrogará en la posición de arrendatario o usufructuario (o la figura que corresponda) sin necesidad de consentimiento del arrendador o del nudo propietario. Es especialmente relevante el exhaustivo detalle que debe llevarse a cabo en lo concerniente a los contratos de los trabajadores y los derechos inmateriales tales como marcas o patentes (a menudo se incluye esta información en distintos anexos), pues éstos se traspasan junto con la unidad.⁴⁰ La identificación de la unidad productiva deberá incluir:

1. **Perímetro:** incluye los establecimientos, adecuación de la unidad productiva a la normativa vigente, puestos de trabajo, contratos de leasing y renting, activos intangibles y existencias.
2. **Datos económicos:** incluye el importe de las ventas de los últimos tres ejercicios, el importe total del pasivo y el activo y el EBITDA, que incluye el beneficio antes de intereses, impuestos, depreciaciones y amortizaciones, en otras palabras, el beneficio bruto de la explotación sin tener en cuenta los gastos financieros deducibles.⁴¹

En lo que a la valoración de la unidad productiva se refiere, el artículo 75 LC incluye la valoración de las unidades productivas dentro del informe realizado por la Administración Concursal para la determinación de las masas activa y pasiva de la empresa.⁴² Los acuerdos de los Jueces de Cataluña de 2014, antes citados, establecen como regla general para la valoración el método de descuento de flujos de caja netos, recordando que la transmisión de la unidad productiva únicamente se encuentra justificada cuando el valor que alcance ésta sea superior al que alcanzarían los elementos

⁴⁰ La venta de la unidad productiva en nuestro ordenamiento, cit., p. 106.

⁴¹ Acuerdos de los Jueces de lo Mercantil y Secretarios Judiciales de Cataluña, seminario de 3 de Julio de 2014., p.3.

⁴² Artículo 75 Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (BOE 10 de julio de 2003).

que la componen por separado.⁴³ No obstante, la Administración concursal puede utilizar otros criterios complementarios y debe tomar en consideración otros parámetros. Es frecuente que fije como precio mínimo de la unidad el importe de los créditos contra la masa, aunque como indica ESCOLÀ, no se debe caer en la aleatoriedad, ya que “no se pueden calcular los créditos contra la masa hasta que no se conozca con seguridad los puestos de trabajo en que el adquirente desea subrogarse”⁴⁴.

2.3.2. Condiciones de Publicidad.

La publicidad de la venta de la unidad productiva resulta esencial para conseguir encontrar posibles compradores, así como para que estos conozcan suficientemente y con plena transparencia las condiciones en que se producirá la venta.

El Acuerdo de los Magistrados de Cataluña de Julio de 2014 establece tres reglas principales en materia de publicidad:

1. Identificación por la Administración Concursal de los posibles interesados en la compra. A tal fin, el Acuerdo añade que: “la AC (Administración Concursal) tiene que recabar la colaboración del Departament de Industria, cuyos responsables son capaces de identificar a los interesados dentro del sector correspondiente”⁴⁵.
2. El Administrador Concursal deberá invitar al procedimiento a los interesados que haya identificado. Se trata de salvaguardar la concurrencia como “única forma de optimizar el precio”.
3. La Administración Concursal deberá elaborar “un extracto de las condiciones de venta que debe contener: los datos de la unidad productiva y las condiciones de venta”. El Acuerdo establece que el extracto deberá ser enviado a distintos organismos de la Generalidad. En cualquier caso, deberá ser enviado al juzgado en que se esté tramitando el concurso y ser publicado en su tablón de anuncios además de remitirse a la Cámara de Comercio⁴⁶.

⁴³ Acuerdos de los Jueces de lo Mercantil y Secretarios Judiciales de Cataluña, seminario de 3 de Julio de 2014., cit., p.4.

⁴⁴ La venta de la unidad productiva en nuestro ordenamiento, cit., p. 107.

⁴⁵ El Acuerdo hace referencia al departamento existente en la Generalidad de Cataluña, esto es extrapolable a departamentos homólogos del resto de Comunidades en el caso de existir.

⁴⁶ Acuerdos de los Jueces de lo Mercantil y Secretarios Judiciales de Cataluña, seminario de 3 de Julio de 2014., cit., p. 6.

Por último, cabe resaltar que el Acuerdo establece que los interesados (posibles compradores) pueden ser:

1. Los competidores.
2. Fondos de Inversión, inversionistas en general o sus mediadores.
3. El propio empresario, que cree una nueva compañía, solo o con otros inversores.
4. Los trabajadores (cooperativas o sociedades laborales).⁴⁷

Respecto a la compra por parte de el propio empresario, esta posibilidad debe ser matizada, pues como indica ESCOLÀ:

Si bien en estos criterios se considera que el propio empresario puede ser el propio adquirente de la unidad productiva si se respetan todos los criterios de publicidad y transparencia, sin que por ello tenga lugar los efectos de la sucesión de empresa, el legislador no comparte dicha opinión, habida cuenta que en el nuevo art. 146 bis LC, se establece que si bien la transmisión de la unidad productiva no llevará aparejada obligación de pago de los créditos no satisfechos por el concursado antes de la transmisión, ya sean concursales o contra la masa, esta exclusión no se aplicará cuando los adquirentes de las unidades productivas sean personas especialmente relacionadas con el concursado.⁴⁸

Por tanto, no existiendo nadie más cercano al empresario concursado que él mismo, sería de aplicación el art. 146 bis LC y, consiguientemente, deberían producirse los efectos de la sucesión de empresa.

⁴⁷ Acuerdos de los Jueces de lo Mercantil y Secretarios Judiciales de Cataluña, seminario de 3 de Julio de 2014., cit., p. 6.

⁴⁸ La venta de la unidad productiva en nuestro ordenamiento, cit., p. 111.

2.3.3. Las ofertas

En este epígrafe examinaré las cuestiones de mayor relevancia relativas a las ofertas de compra de la unidad productiva.

2.3.3.1. Determinación de los parámetros y condiciones formales para la valoración de las ofertas.

A) Parámetros para la valoración.

La Administración Concursal, a efectos de cumplir con exigencias de transparencia y objetividad, ha de fijar una serie de criterios de valoración de las eventuales ofertas de compra que pueda recibir.

El Acuerdo de los Magistrados de Cataluña de 2014 establece una serie de elementos a tener en cuenta:

1. La cesión de los créditos de la concursada en relación con el cobro a los clientes.
2. La cantidad y calidad de los puestos de trabajo en los que la empresa adquirente acuerde subrogarse, estableciendo una fórmula de valoración que permita comparar distintas ofertas.
3. La calidad y viabilidad del plan de negocios de la empresa adquirente, a fin de garantizar la continuidad de la actividad empresarial y de los puestos de trabajo.
4. El apoyo financiero que la empresa adquirente pueda ofrecer a la concursada durante el curso de los trámites de la venta para permitir que la actividad económica continúe.
5. El quinto elemento a tener en cuenta es el denominado “privilegio del primer postor”⁴⁹, que como el Acuerdo explica:

Será en aquellos concursos en los que el oferente haya realizado un estudio complejo de la empresa en concurso, que puede incluir una “due diligence” y que presente la oferta de forma pública, que puedan tener acceso a las partes y cualquier interesado. En este caso este postor que comparte información relevante y que ha realizado un gasto importante para realizar la puja podría tener un derecho de igualar la mejor oferta, siempre que se le reconozca en las condiciones de venta.⁵⁰

⁴⁹ Acuerdos de los Jueces de lo Mercantil y Secretarios Judiciales de Cataluña, seminario de 3 de Julio de 2014., cit., pp. 4 y 5.

⁵⁰ Acuerdos de los Jueces de lo Mercantil y Secretarios Judiciales de Cataluña, seminario de 3 de Julio de 2014., cit., p.5.

El Acuerdo establece, asimismo, que la administración concursal deberá prever un precio mínimo para la adjudicación.

Como última cuestión a abordar en relación a los parámetros para la valoración de las ofertas, cabe anticipar que el artículo 149.3 LC, el cual estudiaré en el apartado dedicado al contenido de las ofertas, establece que el oferente deberá proporcionar información sobre su solvencia económica y medios humanos. De nuevo, la Ley trata de que se garantice la continuidad de la actividad y el mantenimiento de los puestos de trabajo.

B) Condiciones formales.

En lo que a las condiciones formales se refiere, el Acuerdo de los Magistrados de Cataluña establece que la Administración Concursal será la encargada de determinar “los plazos para la presentación de ofertas, el modo y el lugar de su presentación, la forma de dar publicidad a las ofertas, su valoración por la administración concursal y la posibilidad de un proceso de mejora entre las tres mejores ofertas”⁵¹.

C) Distribución del precio.

El mismo Acuerdo, en lo que respecta a la distribución del precio, hace especial referencia a los créditos privilegiados, determinando que la administración concursal “deberá prever, o bien, la subrogación del adquirente en dichas cargas, con o sin el consentimiento del acreedor, o bien, las concretas reglas de distribución del precio en función de la valoración de dicho bien”⁵². Asimismo, el artículo 149.3 c) establece que las ofertas, para el caso de transmisión de “bienes o derechos afectos a créditos con privilegio especial, deberá distinguirse en la oferta entre el precio que se ofrecería con subsistencia o sin subsistencia de las garantías”⁵³. Esto es de especial relevancia, pues el 149. 2 a) LC determina que en caso de transmisión de bienes y derechos de esta naturaleza sin subsistencia de la garantía y siendo transmitidos por un precio inferior al valor de la garantía, será obligatorio el consentimiento de los acreedores que constituyan como mínimo el 75% de estos bienes y derechos afectos a créditos privilegiados que formen

⁵¹ Acuerdos de los Jueces de lo Mercantil y Secretarios Judiciales de Cataluña, seminario de 3 de Julio de 2014., cit., p.5.

⁵² Acuerdos de los Jueces de lo Mercantil y Secretarios Judiciales de Cataluña, seminario de 3 de Julio de 2014., cit., p.5.

⁵³ Artículo 149.3 c) Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (BOE 10 de julio de 2003).

parte de la transmisión.⁵⁴ Esta norma, provoca que en la mayoría de los casos se busque la transmisión por, como mínimo, el precio de la garantía, por lo que se encarece el precio de la venta de la unidad productiva, lo cual puede poner en riesgo la consecución de la venta, la continuidad de la actividad y el mantenimiento de los puestos de trabajo.⁵⁵

D) La venta libre de cargas.

Por último, el Acuerdo de los Magistrados de Cataluña recuerda que la transmisión se llevará a cabo libre de cargas, puntualizando que “solo el adquirente que se subroga en parte o en todos los contratos laborales, se subrogará en las obligaciones pendientes derivadas de dichos contratos”⁵⁶, a excepción de la parte que debiera satisfacer el FOGASA⁵⁷ cuando así se prevea. El adquirente no será responsable por las deudas laborales, tributarias, o de la seguridad social de aquellos contratos laborales en los que no se haya subrogado.

2.3.3.2. Contenido de las ofertas.

El contenido de las ofertas viene indicado de forma expresa en el artículo 149.3 LC:

En caso de enajenación del conjunto de la empresa o de determinadas unidades productivas de la misma mediante subasta se fijará un plazo para la presentación de ofertas de compra de la empresa, que deberán incluir una partida relativa a los gastos realizados por la empresa declarada en concurso para la conservación en funcionamiento de la actividad hasta la adjudicación definitiva, así como la siguiente información:

- a) Identificación del oferente, información sobre su solvencia económica y sobre los medios humanos y técnicos a su disposición.
- b) Designación precisa de los bienes, derechos, contratos y licencias o autorizaciones incluidos en la oferta.
- c) Precio ofrecido, modalidades de pago y garantías aportadas. En caso de que se transmitiesen bienes o derechos afectos a créditos con privilegio especial, deberá distinguirse en la oferta entre el precio que se ofrecería con subsistencia o sin subsistencia de las garantías.
- d) Incidencia de la oferta sobre los trabajadores.

⁵⁴ Artículo 149.2 a) Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (BOE 10 de julio de 2003).

⁵⁵ La venta de la unidad productiva en nuestro ordenamiento, cit., p. 109.

⁵⁶ Acuerdos de los Jueces de lo Mercantil y Secretarios Judiciales de Cataluña, seminario de 3 de Julio de 2014., cit., p.5.

⁵⁷ “Organismo autónomo adscrito al Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social que garantiza a los trabajadores la percepción de salarios, así como las indemnizaciones por despido o extinción de la relación laboral, pendientes de pago a causa de insolvencia o procedimiento concursal del empresario”.
FUENTE: Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social.

Si la transmisión se realizase mediante enajenación directa, el adquirente deberá incluir en su oferta el contenido descrito en este apartado.⁵⁸

2.3.3.3. Valoración de las ofertas.

Las ofertas deberán ser valoradas tanto por la Administración Concursal como por los representantes de los trabajadores.⁵⁹

La valoración deberá estar basada no sólo en criterios meramente económicos, también deberá tenerse en cuenta otros parámetros como el grado de mantenimiento de la plantilla, las condiciones laborales o la calidad en el mantenimiento de la actividad económica. Estos criterios, aunque no incluidos en el precio, sí que supondrán un coste económico para el adquirente.⁶⁰

En cualquier caso, los parámetros para la valoración de las ofertas habrán sido prefijados por la Administración Concursal de acuerdo a lo explicado en el **apartado 2.3.3.1** del trabajo.

2.3.3.4. Autorización de la venta.

Como indica el acuerdo de los Magistrados de Cataluña, la Administración Concursal será la encargada de “formalizar la compraventa de la UP, a cuyos efectos el Juzgado librará los mandamientos que sean oportunos para cancelar las cargas o inscribir las nuevas titularidades”⁶¹.

El Juez será el que resuelva la adjudicación mediante auto y autorizará a la Administración Concursal para que, efectuado el pago por el adjudicatario, le transmita los elementos materiales, inmateriales y personales que componen la unidad productiva. Frente a este auto, únicamente cabrá recurso de reposición conforme al artículo 197.3 LC: “Contra las providencias y autos que dicte el Juez del concurso sólo cabrá el recurso de reposición, salvo que en esta Ley se excluya todo recurso o se otorgue otro distinto”⁶².

⁵⁸ Artículo 149.3 c) Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (BOE 10 de julio de 2003).

⁵⁹ Acuerdos de los Jueces de lo Mercantil y Secretarios Judiciales de Cataluña, seminario de 3 de Julio de 2014., cit., p.6.

⁶⁰ La venta de la unidad productiva en nuestro ordenamiento, cit., pp. 113 y 114.

⁶¹ Acuerdos de los Jueces de lo Mercantil y Secretarios Judiciales de Cataluña, seminario de 3 de Julio de 2014., cit., p.9.

⁶² Artículo 197.3 Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (BOE 10 de julio de 2003).

2.3.3.5. Consecuencias del incumplimiento de las condiciones de adjudicación por parte de la adjudicataria.

La Ley Concursal continúa sin regular esta cuestión. No obstante, el Acuerdo de los Magistrados de Cataluña atribuye a la Administración Concursal el deber de previsión de las consecuencias ante un posible incumplimiento de las condiciones de adjudicación por la adjudicataria. El Acuerdo alude a la posibilidad de que la Administración Concursal recupere la propiedad la unidad productiva a través de demanda incidental. El acuerdo establece consecuencias diferentes según el incumplimiento sea anterior o posterior a la formalización del contrato. El primer supuesto conllevaría la pérdida del depósito por parte del adjudicatario, mientras que el segundo supondría que el adjudicatario respondiese también de los daños y perjuicios causados no cubiertos por el depósito.⁶³

2.4. Efectos de la transmisión de la unidad productiva.

Como ya hemos visto anteriormente, el RDL 11/2014 y la Ley 9/2015 introdujeron en la Ley Concursal la regulación de los efectos de la transmisión de unidades productivas. No obstante, estas reformas han introducido algunas cuestiones polémicas que han generado problemas prácticos, como lo son el consentimiento de los acreedores privilegiados en determinados supuestos y la sucesión de empresa a efectos laborales y de Seguridad Social. En este apartado examinaré los efectos que la transmisión de la unidad productiva produce sobre el activo y el pasivo, así como la problemática en torno al consentimiento de los acreedores privilegiados y a la sucesión de empresa.

2.4.1. El consentimiento de los acreedores privilegiados.

Como he explicado en apartados anteriores, el artículo 149.2 a) LC establece que, cuando se transmitan bienes y derechos afectos a créditos privilegiados pertenecientes a la unidad productiva sin subsistencia de la garantía y por un precio inferior al valor de dicha garantía, será necesario el consentimiento de, como mínimo, el 75% de los acreedores con créditos de este tipo, que “tengan derecho de ejecución separada” y que resulten afectados por la transmisión.⁶⁴ La controversia surge en torno a si debemos considerar como acreedores con derecho de ejecución separada únicamente a los que ejercitaron este derecho antes de la apertura de la fase de liquidación, pues de acuerdo con el artículo 94.2

⁶³ Acuerdos de los Jueces de lo Mercantil y Secretarios Judiciales de Cataluña, seminario de 3 de Julio de 2014., cit., p.9.

⁶⁴ Artículo 149.2 a) Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (BOE 10 de julio de 2003).

LC, una vez abierta la fase de liquidación los acreedores que no hayan ejercido su derecho de ejecución separada tendrán que acumular sus créditos al procedimiento de ejecución colectiva, perdiendo por tanto este derecho.⁶⁵ Si aplicásemos una interpretación literal restrictiva del artículo parece claro que los acreedores que no hayan ejercitado su derecho de ejecución separada antes de la fase de liquidación quedarían excluidos del supuesto de hecho del artículo 149. 2 a) LC. No obstante, la jurisprudencia ha ido corrigiendo esta interpretación, señalando que precisamente los acreedores que han ejercido con anterioridad el derecho a la ejecución separada ven tramitada esa ejecución en pieza separada y no forma parte del concurso, deduciendo, por tanto, que no debe excluirse de supuesto del artículo 149.2 a) LC a los acreedores que no han ejercitado el derecho, pues, de hecho, son los únicos a los que tiene sentido incluir dentro del mismo al ser ellos los que forman parte de la masa activa del concurso.⁶⁶ A modo de ejemplo, el auto del juzgado de lo mercantil nº 1 de Oviedo de 16 de octubre de 2017 razona lo siguiente:

La expresión utilizada por el legislador debe quedar reducida a aquellos acreedores que, habiendo tenido, abstractamente, la posibilidad de iniciar o proseguir una ejecución separada (no todos los privilegiados del art. 90 tienen ese derecho), no lo hubieren hecho, porque de haberlo hecho antes de la apertura de la liquidación no forman parte de la masa activa ni pueden ser compelidos manu militari a integrar una UP; recordemos que no habrán de incluirse en el plan los bienes sujetos a garantía real cuando la misma se esté sustanciando fuera del concurso.⁶⁷

2.4.2. Efectos sobre el activo.

La regulación de los efectos de la venta de la Unidad Productiva fue introducida en la LC por el RDL 11/2014 y la Ley 9/2015 y se encuentra en los artículos 146 bis y 149.2 de la misma.

2.4.2.1. Cesión de los contratos afectos a la continuidad de la actividad empresarial

El artículo 146 bis 1 LC señala que:

En caso de transmisión de unidades productivas, se cederán al adquirente los derechos y obligaciones derivados de contratos afectos a la continuidad de la actividad profesional o empresarial cuya resolución no hubiera sido solicitada. El adquirente se subrogará en la posición contractual de la concursada sin necesidad de consentimiento de la otra parte. La cesión de contratos administrativos se producirá de conformidad con lo dispuesto por el

⁶⁵ Artículo 94.2 Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (BOE 10 de julio de 2003).

⁶⁶ Cuestiones prácticas relacionadas con la venta de la unidad productiva, cit., p.13. <http://www.icjce-euskadi.com/IVforoconcurzal/S2-VUP-Arraiza.pdf>

⁶⁷ Auto del juzgado de lo mercantil nº 1 de Oviedo de 16 de octubre de 2017, Sección V, Liquidación 0000410 /2014, FJ segundo.5.

artículo 226 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.⁶⁸

Por tanto, tres son los efectos previstos en el artículo citado:

1. los derechos y obligaciones derivados de contratos afectos a la continuidad de la actividad profesional o empresarial cuya resolución no hubiera sido solicitada serán cedidos al adquirente.
2. El adquirente se subrogará en la posición contractual de la concursada sin necesidad de consentimiento de la otra parte.
3. La cesión de contratos administrativos se producirá de conformidad con lo dispuesto por el artículo 226 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

Este artículo viene a dar respuesta a una de las grandes incertidumbres que se producían en la venta de unidades productivas, pues anteriormente a las reformas de 2014 y 2015 no existía base legal que impusiese la subrogación contractual del adquirente en la posición de la concursada en aquellos contratos necesarios para continuar con la actividad empresarial sin ser necesario consentimiento de la contraparte, lo cual resulta de vital importancia para lograr que la actividad empresarial pueda proseguir después de la transmisión. Sin embargo, el legislador establece que sólo se producirá tal subrogación en el caso de que no haya sido solicitada la resolución de dichos contratos.⁶⁹

La cuestión de la solicitud de resolución de los contratos, con la actual redacción del artículo, puede conllevar algunos problemas, pues el legislador no establece el momento y la forma en que ha de producirse dicha solicitud. De acuerdo con ESCOLÀ:

Aunque el art. 146 bis 1 LC no lo aclara de modo suficiente, entendemos que será preciso que el contratante haya presentado una demanda de resolución ante el Juzgado del concurso, pues, como se ha indicado, la cesión de los contratos afectos a la continuidad de la actividad empresarial es esencial para mantener la unidad productiva, por lo que en aras a facilitar dicho mantenimiento debería darse una interpretación restrictiva al mencionado precepto.⁷⁰

Del mismo modo, es pertinente resaltar que de acuerdo con el 146 bis 4 LC, salvo que las asuma expresamente, el adquirente no se subrogará en las deudas concursales contra la

⁶⁸ Artículo 146 bis 1 Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (BOE 10 de julio de 2003).

⁶⁹ La venta de la unidad productiva en nuestro ordenamiento, cit., pp. 116 y 117.

⁷⁰ La venta de la unidad productiva en nuestro ordenamiento, cit., pp. 117 y 118.

masa que puedan tener vinculación con los contratos cedidos, ya que, como dicho artículo claramente establece:

La transmisión no llevará aparejada obligación de pago de los créditos no satisfechos por el concursado antes de la transmisión, ya sean concursales o contra la masa, salvo que el adquirente la hubiera asumido expresamente o existiese disposición legal en contrario y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.4.⁷¹

Cabe también notar que la cesión prevista en el artículo 146 bis 1 LC puede resultar problemática respecto a algunos contratos como los *intuitu personae* o aquellos que incluyan cláusulas de confidencialidad.⁷²

Por último, el artículo 146 bis 3 que la cesión no se producirá en “aquellas licencias, autorizaciones o contratos en los que el adquirente haya manifestado expresamente su intención de no subrogarse”⁷³.

2.4.2.2. Cesión de las licencias o autorizaciones administrativas afectas a la continuidad de la actividad empresarial

El artículo 146 bis 2 LC establece que:

También se cederán aquellas licencias o autorizaciones administrativas afectas a la continuidad de la actividad empresarial o profesional e incluidas como parte de la unidad productiva, siempre que el adquirente continuase la actividad en las mismas instalaciones.⁷⁴

Como sucedía en el 146 bis 1 LC el legislador también opta por la cesión automática de las licencias o autorizaciones administrativas afectas a la actividad empresarial con el mismo fin de permitir la continuidad de la actividad. Sin embargo, en esta ocasión, por motivos obvios no se condiciona la cesión a la ausencia de solicitud de resolución. Otra diferencia con el 146 bis 1 reside en que no remite a la aplicación legislación administrativa, lo cual, en opinión de ESCOLÀ “resulta plenamente lógico pues dicha aplicación dificultaría enormemente la efectividad de la transmisión de la Unidad Productiva”⁷⁵.

Igualmente, el 146 bis 3 LC será de aplicación en el caso de las licencias o autorizaciones administrativas.

⁷¹ Artículo 146 bis 4 Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (BOE 10 de julio de 2003).

⁷² La venta de la unidad productiva en nuestro ordenamiento, cit., p.118

⁷³ Artículo 146 bis 3 Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (BOE 10 de julio de 2003).

⁷⁴ Artículo 146 bis 2 Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (BOE 10 de julio de 2003).

⁷⁵ La venta de la unidad productiva en nuestro ordenamiento, cit., p.120.

2.4.2.3. Efectos laborales. La problemática de la sucesión de empresa.

De acuerdo con el artículo 146 bis 3:

Lo dispuesto en los dos apartados anteriores no será aplicable a aquellas licencias, autorizaciones o contratos en los que el adquirente haya manifestado expresamente su intención de no subrogarse. Ello sin perjuicio, a los efectos laborales, de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores en los supuestos de sucesión de empresa.⁷⁶

Como podemos observar, en lo relativo a los efectos laborales, el 146 bis 3 remite al artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, el cual, en su apartado primero, dispone que:

El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente.⁷⁷

El precepto citado establece la subrogación del adquirente en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social, lo cual supone un radical cambio de criterio respecto a lo que venía declarando la jurisprudencia antes de las reformas introducidas por el RDL 11/2014 y la Ley 9/2015, que establecía la no asunción de las deudas laborales y de Seguridad Social por parte del adquirente. Este nuevo criterio introducido por las reformas ha suscitado grandes controversias pues aumenta considerablemente las cargas que ha de soportar el adquirente y dificulta enormemente el mantenimiento de la actividad empresarial.

Ante este problema, existen posturas divididas que podemos resumir del siguiente modo:

1. **Postura de los sindicatos, la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) y la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo:** el adquirente ha de soportar la totalidad de las deudas laborales y con la Seguridad Social pendientes, produciéndose los efectos de la sucesión de empresa. Además, la jurisdicción competente para resolver las controversias suscitadas en torno a esta cuestión.

⁷⁶ Artículo 146 bis 3 Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (BOE 10 de julio de 2003).

⁷⁷ Artículo 44.1 Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE 24 de octubre de 2015).

2. Postura de la mayoría jueces de lo mercantil y de la doctrina mercantilista:

El adquirente sólo ha de asumir las deudas relativas a aquellos contratos en los que se subroga, en palabras de BOU y ESCOLÀ:

la remisión del art. 146 bis 4 LC al art. 149.4 LC debía interpretarse en el sentido de que el adquirente sólo asumía las deudas de la TGSS relacionadas con los contratos laborales vigentes en el momento de la cesión o adjudicación, por lo que el adquirente no asumía las deudas de la TGSS de los contratos que ya estaban extinguidos en el momento de la efectiva adjudicación, de modo que sólo asumiría la deuda de la TGSS relacionada con los contratos laborales en los que se subrogara. Lo propio se indicaba respecto de las deudas laborales, en el sentido de que el adquirente sólo asumía las deudas de los trabajadores en cuyo contrato de trabajo se subrogaba.⁷⁸

En definitiva, la interpretación que se ha seguido es la de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, operando las reglas de la sucesión de empresas y teniendo que responder el adquirente por la totalidad de las deudas pendientes, lo cual ha supuesto un beneficio para sindicatos y para la Tesorería General de la Seguridad Social en detrimento la propia figura de la transmisión de unidad productiva, que se ha configurado como una opción anodina para las empresas, de tal modo que las reformas introducidas por el RDL 11/2014 y la Ley 9/2015 han desincentivado la continuidad de actividades económicas económicamente viables, produciendo un resultado contrario al que teóricamente pretendían.⁷⁹

2.4.3. Efectos sobre el pasivo.

El artículo 146 bis 4 LC dispone que:

La transmisión no llevará aparejada obligación de pago de los créditos no satisfechos por el concursado antes de la transmisión, ya sean concursales o contra la masa, salvo que el adquirente la hubiera asumido expresamente o existiese disposición legal en contrario y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.4.

La exclusión descrita en el párrafo anterior no se aplicará cuando los adquirentes de las unidades productivas sean personas especialmente relacionadas con el concursado.⁸⁰

Por tanto, la regla general es la no subrogación del adquirente en los créditos insatisfechos por la concursada anteriores a la transmisión, salvo asunción expresa por el adquirente o disposición legal que le obligue, así como cuando el adquirente tenga especial relación

⁷⁸ Bou, A. y Escolà, E., “La sucesión de empresa en la venta de unidades productivas”, Fieldfisher Jausas, 2018 obtenida el 20/02/2018 de:

<https://www.fieldfisherjausas.com/la-sucesion-empresa-las-ventas-unidades-productivas/>

⁷⁹ Burguera abogados, “Sobre la sucesión de empresa en la venta de unidades productivas”, Redaccion A.G.X., 2018 obtenida el 21/02/2018 de:

<https://www.burgueraabogados.com/sobre-la-sucesion-de-empresa-en-la-venta-de-unidades-productivas/>

⁸⁰ Artículo 146 bis 3 Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (BOE 10 de julio de 2003).

con el concursado. Estos adquirentes especialmente relacionados son enumerados en el artículo 93.1 LC:

Se consideran personas especialmente relacionadas con el concursado persona natural:

1.º El cónyuge del concursado o quien lo hubiera sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, su pareja de hecho inscrita o las personas que convivan con análoga relación de afectividad o hubieran convivido habitualmente con él dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso.

2.º Los ascendientes, descendientes y hermanos del concursado o de cualquiera de las personas a que se refiere el número anterior.

3.º Los cónyuges de los ascendientes, de los descendientes y de los hermanos del concursado.

4.º Las personas jurídicas controladas por el concursado o por las personas citadas en los números anteriores o sus administradores de hecho o de derecho. Se presumirá que existe control cuando concurra alguna de las situaciones previstas en el artículo 42.1 del Código de Comercio.

5.º Las personas jurídicas que formen parte del mismo grupo de empresas que las previstas en el número anterior.

6.º Las personas jurídicas de las que las personas descritas en los números anteriores sean administradores de hecho o de derecho.⁸¹

Por otro lado, el artículo 146 bis 4 LC establece que la no subrogación operará sin perjuicio de lo establecido en el 149.4 LC, el cual indica que:

Cuando, como consecuencia de la enajenación a que se refiere la regla 1.ª del apartado 1, una entidad económica mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesorio, se considerará, a los efectos laborales y de Seguridad Social, que existe sucesión de empresa. En tal caso, el juez podrá acordar que el adquirente no se subroge en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por el Fondo de Garantía Salarial de conformidad con el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores. Igualmente, para asegurar la viabilidad futura de la actividad y el mantenimiento del empleo, el cesionario y los representantes de los trabajadores podrán suscribir acuerdos para la modificación de las condiciones colectivas de trabajo.⁸²

El artículo establece que, para la transmisión de unidades productivas, en materia laboral y en materia de Seguridad Social existirá sucesión de empresa, cuestión cuya problemática ya hemos estudiado en el anterior apartado.

⁸¹ Artículo 93.1 Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (BOE 10 de julio de 2003).

⁸² Artículo 149.4 Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (BOE 10 de julio de 2003).

2.5. Singularidades de la venta de unidad productiva en las distintas fases del concurso.

Como veremos a lo largo del desarrollo de este epígrafe, el legislador, conforme al artículo 148 LC, parece decantarse por la venta de unidad productiva en la fase de liquidación, sin embargo, la demora que conlleva aguardar al momento de la liquidación para efectuar la venta de las unidades productivas, a menudo suponía un importante deterioro en los activos que componían la unidad, lo cual dificultaba la venta, pues se reducían las posibilidades de dar continuidad a la actividad empresarial y a los contratos con los trabajadores. A fin de solventar tal problemática, la jurisprudencia y posteriormente las reformas de la Ley Concursal han habilitado la posibilidad de realizar la venta de unidades productivas en momentos anteriores. Estas reformas han extendido, además, la aplicación de las normas contenidas en los artículos 146 bis y 149 LC a todos los supuestos de venta sin tener en cuenta la fase en que se produzcan.

2.5.1 La venta de la Unidad Productiva en fase común.

Hasta la reforma introducida por el RDL 11/2014, el principal fundamento legal en que la jurisprudencia se apoyó para habilitar la venta de unidades productivas en la fase común del concurso residía en el artículo 43.2 LC, el cual dispone que “hasta la aprobación judicial del convenio o la apertura de la liquidación, no se podrán enajenar o gravar los bienes y derechos que integran la masa activa sin autorización del juez”⁸³. Interpretando el artículo a *sensu contrario* se deduce que se pueden llevar a cabo ventas de unidades productivas.

Tras el RDL 11/2014 y la Ley 9/2015, el punto cuarto del artículo 43 LC establece lo siguiente: “En el caso de transmisión de unidades productivas de bienes o servicios pertenecientes al concursado se estará a lo dispuesto por los artículos 146 bis y 149”⁸⁴. Este artículo no sólo ratifica la posibilidad de celebrar ventas de Unidad Productiva en fase común, además establece la obligatoria aplicación de las reglas contenidas en los artículos 146 bis y 149 LC a dichas ventas.

La principal peculiaridad de la venta de la Unidad Productiva en la fase común del concurso reside, en atención a lo dispuesto en el artículo 43.2 LC reside en que la

⁸³ Artículo 43.2 Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (BOE 10 de julio de 2003).

⁸⁴ Artículo 43.4 Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (BOE 10 de julio de 2003).

Administración Concursal deberá solicitar a la autoridad judicial la enajenación. Dicha solicitud deberá expresar los motivos que hacen pertinente la enajenación de la Unidad en esta fase del concurso y no en la fase de liquidación como establece la norma general. Normalmente la motivación se fundamenta en el deterioro de los activos que componen la Unidad, la posible pérdida de interés en los ofertantes, la falta de tesorería suficiente para mantener la actividad empresarial hasta la fase de liquidación o cualquier otra circunstancia que pueda amenazar la consecución de la venta.⁸⁵

2.5.2. La venta de la Unidad Productiva en fase de convenio.

Respecto a la venta de unidad productiva en fase de convenio, la principal complicación se encuentra en que el artículo 100.3 LC parece excluir la posibilidad de venta de la unidad productiva al establecer que: “En ningún caso la propuesta podrá consistir en la liquidación global del patrimonio del concursado para satisfacción de sus deudas”⁸⁶, así como que “sólo podrá incluirse la cesión en pago de bienes o derechos a los acreedores siempre que los bienes o derechos cedidos no resulten necesarios para la continuación de la actividad profesional o empresarial”⁸⁷. Sin embargo, el punto anterior del mismo artículo, es decir, el 100.2 LC permite expresamente la inclusión de proposiciones de enajenación de unidades productiva en la propuesta de convenio, con lo que entendemos que sí cabe venta de unidad productiva en la fase de convenio:

También podrán incluirse en la propuesta de convenio proposiciones de enajenación, bien del conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a su actividad empresarial o profesional o de determinadas unidades productivas a favor de una persona natural o jurídica determinada, que se registrarán por lo dispuesto en el artículo 146 bis.

Las proposiciones incluirán necesariamente la asunción por el adquirente de la continuidad de la actividad empresarial o profesional propia de las unidades productivas a las que afecte. En estos casos, deberán ser oídos los representantes legales de los trabajadores.⁸⁸

Respecto a lo establecido en el artículo 100.2 LC, resulta llamativo que someta la venta a las reglas del artículo 146 bis LC y no a las del 149 LC. Cabe entender que, ya que la aprobación del convenio por el juez excluye la fase de liquidación, las normas contenidas en el 149 LC serían incompatibles con la propia tramitación de la venta en fase de

⁸⁵ La venta de la unidad productiva en nuestro ordenamiento, cit., p.88.

⁸⁶ Artículo 100.3 Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (BOE 10 de julio de 2003).

⁸⁷ Artículo 100.3 Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (BOE 10 de julio de 2003).

⁸⁸ Artículo 100.2 Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (BOE 10 de julio de 2003).

convenio, entendiendo que la autorización del convenio por parte del juez supone también la autorización de la venta.⁸⁹

Por otro lado, cabe destacar que el hecho de que el convenio pueda contener proposiciones de enajenación admite la posibilidad de que sean los acreedores que presentan la propuesta de convenio los que escojan al adquirente, lo cual rompe con la regla seguida en el resto de las fases en las que es la Administración Concursal la que decide quién adquirirá la unidad productiva.⁹⁰

En cualquier caso, el convenio que incluya la venta de la unidad productiva deberá ser aprobado por el juez.

2.5.3. La venta de la Unidad Productiva en la fase de liquidación.

La regla general por la que se decanta el legislador es la venta de la unidad productiva en la fase de liquidación. En caso de que se apruebe el plan de liquidación serán aplicables las reglas contenidas en el artículo 148 LC y, de no ser aprobado, deberán ser aplicadas las reglas legales supletorias contenidas en el 149 LC. Tanto en el primer caso como en el segundo las reglas del artículo 146 bis LC relativas a los efectos de la transmisión de unidades productivas.

2.5.4. Antes del concurso y con la solicitud de declaración a través del procedimiento del 191 ter LC.

Previamente a la declaración del concurso la administración de la sociedad mantiene todas sus funciones y, por tanto, la venta de la unidad productiva no debe plantear ningún problema. Sin embargo, cabe realizar dos apreciaciones que desaconsejan la venta de unidad productiva en los momentos previos a la declaración de concurso. Por un lado, si se llega a declarar concurso, cabría plantear acción de rescisión de la venta si ésta se califica como perjudicial y se ha producido durante los dos años anteriores a la declaración de concurso. Más aún, en atención al artículo 160 de la Ley de Sociedades de Capital (LSC), la facultad de acordar la venta de la unidad productiva recaería en la Junta General (JG), ya que dicho artículo establece la venta de activos esenciales y la cesión global de activo y pasivo como prerrogativa exclusiva de la JG, siendo competencia de la

⁸⁹ Cuestiones prácticas relacionadas con la venta de la unidad productiva, cit., p.9. <http://www.icjce-euskadi.com/IVforoconcurzal/S2-VUP-Arraiza.pdf>

⁹⁰ La venta de la unidad productiva en nuestro ordenamiento, cit., p.91.

administración concursal en el ámbito del concurso y, por ende, simplificándose los trámites.⁹¹ Consecuentemente, atendiendo a las altas probabilidades de rescisión de la transmisión y a la mayor laboriosidad procedimental que supone la venta antes del concurso, conviene esperar al mismo para llevar a cabo la venta.

Por otro lado, El artículo 190.3 LC ofrece la posibilidad de que el deudor presente una propuesta de compra de la unidad productiva junto a la solicitud de concurso, siendo la propuesta escrita vinculante de compra de unidad productiva contenida en el plan de liquidación no de los presupuestos para que el juez aplique necesariamente el procedimiento abreviado:

El juez aplicará necesariamente el procedimiento abreviado cuando el deudor presente, junto con la solicitud de concurso, un plan de liquidación que contenga una propuesta escrita vinculante de compra de la unidad productiva en funcionamiento o que el deudor hubiera cesado completamente en su actividad y no tuviera en vigor contratos de trabajo.⁹²

Dicho procedimiento abreviado, viene regulado en el artículo 191 ter LC, el cual establece que deberán ser contempladas las siguientes especialidades procedimentales:

1. El juez dará comienzo inmediatamente a la fase de liquidación.
2. Una vez la fase de liquidación se ha abierto, el Letrado de la Administración de Justicia trasladará el plan de liquidación para que deudor y acreedores sean informados en un plazo de diez días por el administrador concursal, de tal forma que los acreedores puedan formular alegaciones.
3. El Administrador Concursal deberá incluir en su informe el inventario de la masa activa del concurso y evaluará el efecto de la resolución de los contratos sobre las masas activa y pasiva del concurso.
4. El juez podrá acordar la resolución de los contratos pendientes de cumplimiento por cualquiera de las partes en el auto por el que se apruebe el plan de liquidación, a excepción de aquellos que se vinculen a una oferta efectiva de compra de la unidad productiva o de parte de ella.
5. En caso de suspensión las operaciones de liquidación por haberse formulado impugnaciones del inventario o de la lista de acreedores, el juez tendrá la facultad

⁹¹ Cuestiones prácticas relacionadas con la venta de la unidad productiva, cit., p.7. <http://www.icjce-euskadi.com/IVforoconcursal/S2-VUP-Arraiza.pdf>

⁹² Artículo 190.3 Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (BOE 10 de julio de 2003)

de requerir a los impugnantes para que garanticen el resarcimiento de los posibles daños y perjuicios por la demora.

6. Como en todo caso de venta de unidad productiva, deberán tenerse en cuenta las reglas contenidas en los artículos 146 bis y 149 LC.⁹³

La tramitación del concurso por el procedimiento abreviado supone una serie de dificultades añadidas para la administración concursal y para los acreedores, ya que se dará comienzo directamente a la fase de liquidación sin pasar por la fase común ni la fase de convenio, además los acreedores tendrán un breve plazo de 10 días para formular alegaciones.

2.6. Ventajas de la transmisión de la unidad productiva.

Una vez he estudiado los principales aspectos legales relativos a la enajenación de la unidad productiva, dedicaré este apartado de mi Trabajo de Fin de Grado a identificar cuáles son los principales beneficios que ésta supone tanto para los acreedores concursales como para el deudor, así como para los trabajadores de la empresa en concurso y para el propio conjunto de la sociedad.

2.6.1. Maximización del valor de la masa activa y minimización del pasivo.

La maximización del valor de la masa activa es una de las ventajas más notables de la venta de unidades productivas de empresas en concurso.

En primer lugar, la venta de unidades productivas puede acelerar los trámites del concurso de acreedores, especialmente si la venta se produce en la fase común o en la fase de convenio, pero, como hemos visto, también en la fase de liquidación, pues la venta de unidad productiva es uno de los presupuestos para que el juez active el procedimiento abreviado. El hecho de acortar los trámites suaviza el deterioro al que se ven expuestos los activos de la empresa concursada como consecuencia del transcurso del tiempo.

En segundo lugar, la venta de la unidad como conjunto de elementos necesarios para el desarrollo de una actividad económica aumenta el valor de estos elementos respecto al que alcanzaría cada uno de ellos de ser enajenados por separado.

⁹³ Artículo 191 ter Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (BOE 10 de julio de 2003).

Por último, el activo que se genera con la enajenación, se utilizará por la concursada para hacer frente a deudas que componen el pasivo, disminuyendo el mismo. Además, la venta de la unidad supone la continuación de la actividad por el adquirente, lo cual libra a la empresa concursada del pago de indemnizaciones por daños y perjuicios ante eventuales incumplimientos contractuales que se podrían producirse en el caso de que no pudiese continuar ella misma con la actividad que acostumbraba.

2.6.2. El mantenimiento de la actividad empresarial.

La venta de la unidad productiva supone la continuación de la actividad empresarial por parte del adquirente. Esto es positivo, tanto para los acreedores de la empresa, como para los clientes de ésta, como para la economía en sentido macroeconómico.

Como he explicado en apartados anteriores, el artículo 146 bis obliga al adquirente de la unidad productiva a subrogarse en la posición contractual de la empresa concursada en aquellos contratos que le sean cedidos, lo cual, no encontrándose el adquirente en una situación de insolvencia como en la que sí se encuentra la empresa concursada, facilitará el cumplimiento de las prestaciones en favor de los acreedores de dichos contratos.

Del mismo modo, la continuación de la actividad empresarial conlleva una mayor seguridad para los clientes de la empresa. Supongamos una empresa que ofrece servicios o bienes al público, en caso de que la empresa concursada tuviese dificultades para continuar la actividad económica los clientes se enfrentarían a una situación de enorme inseguridad en cuestiones como la asistencia técnica, las garantías de los productos, etc. El mantenimiento de la actividad por parte del adquirente conlleva el mismo será el responsable de dar continuidad a estas cuestiones, lo que supone un alivio importante para los clientes.

Por último, es evidente la repercusión positiva que el mantenimiento de la actividad empresarial tendría a efectos macroeconómicos, especialmente cuando se trata de empresas líderes con un gran peso en el mercado, tanto por su volumen de ventas como por el número de empleos que generan, así como por el valor de las mismas en los mercados cotizados.

2.6.3. La conservación de puestos de trabajo.

Como ya hemos estudiado en anteriores apartados, el artículo 146 supone la cesión de aquellos contratos necesarios para la realización de la actividad económica al adquirente, así como la subrogación del adquirente en la posición de la concursada. En lo relativo a los aspectos laborales, la polémica remisión de este artículo al Estatuto de los Trabajadores supone la sucesión de empresa y, por tanto, la responsabilidad del adquirente por las deudas laborales, tanto posteriores como anteriores a la transmisión de la unidad productiva.

La conservación de los puestos de trabajo es una de las grandes ventajas que hacen deseable la transmisión de la unidad productiva. No obstante, la onerosa carga que la sucesión de empresa supone para el adquirente ha contribuido a la disminución de las ventas de unidades productivas económicamente viables de empresas en concurso y, consecuentemente, ha supuesto la destrucción de trabajos en muchos casos. De este modo, lo que se planteó como una medida tuitiva del trabajador ha terminado por suponer un gran perjuicio para muchos trabajadores que han perdido su trabajo.

3. Conclusiones y análisis. La sucesión de empresas: la gran problemática de la venta de unidades productivas.

La venta de unidad productiva como negocio a menudo confundido con la venta en globo y la venta unitaria, pero diferenciado de los mismos por la continuidad de la actividad económica a la que estaban destinados los elementos transmitidos, supone un instrumento idóneo para cumplir con algunas de las finalidades del concurso, como pueden ser el mantenimiento de los puestos de trabajo, de la propia actividad empresarial o como medio para lograr una más completa satisfacción de los acreedores concursales. Sin embargo, las reformas introducidas por el RDL 11/2014 y la Ley 9/2015, en concreto la remisión al artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, que establece los efectos de la sucesión de empresa respecto del adquirente en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social, ha conllevado una enorme desincentivación de la venta de unidades productivas, pues al subrogarse el comprador en la posición del concursado respecto a las deudas laborales y con la seguridad social, si bien los trabajadores resultarían teóricamente beneficiados, la adquisición de la unidad pierde atractivo. El potencial comprador, que deberá asumir el coste de dichas deudas, optará bien por reducir el precio de su oferta,

bien por no presentarla, de modo que mengua tanto el número de ofertas como el precio de aquellas. De este modo, con la merma en el número de ofertas de compra, los acreedores ven su interés satisfecho en menor medida, la actividad empresarial no continúa y los contratos laborales se extinguen, resultando dudoso que la sucesión de empresas haya beneficiado, como se pretendía, a los trabajadores y a la seguridad social, pues los trabajadores ven extintos sus empleos y la seguridad social ve reducidos sus ingresos al concluirse menos compraventas de unidades productivas.

La subrogación del adquirente en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social supone un radical cambio de criterio respecto a lo que venía declarando la jurisprudencia antes de las reformas introducidas por el RDL 11/2014 y la Ley 9/2015, que establecía la no asunción de las deudas laborales y de Seguridad Social por parte del adquirente. Frente a este cambio, existen dos posturas diferenciadas. Por un lado, los sindicatos, la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) y la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo sostienen que es el adquirente el que ha de soportar la totalidad de las deudas laborales y con la Seguridad Social pendientes, produciéndose los efectos de la sucesión de empresa. Además, la jurisdicción competente para resolver las controversias suscitadas en torno a esta cuestión sería la social. Por otro lado, la postura de la mayoría jueces de lo mercantil y de la doctrina mercantilista argumenta que el adquirente sólo ha de asumir las deudas relativas a aquellos contratos en los que se subroga. Es debido a esta división que existe jurisprudencia contradictoria según provenga de un orden u otro.

En cualquier caso, es evidente que las reformas introducidas en 2014 y 2015 en la LC han aumentado la inseguridad jurídica y han desincentivado la venta de unidades productivas. Ante la actual situación, resultaría deseable que, en aras de conservar los puestos de trabajo y evitar que se extinga la actividad económica de las unidades productivas viables de empresas en concurso, el legislador revisase de nuevo los artículos 146 bis y 149 LC, dando marcha atrás respecto a la sucesión de empresa e indicando expresamente que en los supuestos de venta de unidad productiva en sede concursal no cabe tal sucesión. En tanto esta reforma no sea una realidad, los oferentes deberán llevar a cabo un ejercicio minucioso de análisis de las deudas laborales de la concursada a fin de ajustar el precio a la existencia de las mismas o, en su caso, replantearse su interés por la compra.

Como última apreciación al respecto, desde mi punto de vista, mientras no se reformen los citados artículos, la opción del legislador por la aplicación de la sucesión de empresas a las deudas laborales y con la seguridad social es clara y, por tanto, lo perjudicial de ésta no debe ser fundamento para la elaboración de razonamientos jurídicos laboriosos a fin de procurar la inaplicación de la regla contenida en el artículo 44 del Estatuto de los trabajadores al que remite la Ley Concursal, en palabras del Magistrado Fuentes Devesa, cuyo razonamiento aprecio de todo punto acertado:

En definitiva, se aprueba la oferta, si bien sin el alcance solicitado por el oferente las previsiones de esta resolución, con las repercusiones perniciosas para los acreedores que ello puede acarrear Y si ello no fuera posible, y se frustra definitivamente, abocará el proceso de realización de los activos a su venta de manera individualizada, con las consecuencias inherentes, al suponer la desaparición de una unidad productiva en funcionamiento. **Consecuencias que no se escapan que pueden ser muy negativas, principalmente y de forma directa, en orden a la destrucción de puesto de trabajo, pero que son producto de la opción del legislador del RDL 11/2014 de primar en el proceso de venta unitaria la posición de determinados acreedores, en especial, la Seguridad Social.**⁹⁴

En definitiva, la venta de unidad productiva es una alternativa que debería resultar atractiva tanto a la empresa concursada, como al comprador, como a los trabajadores como al propio tejido empresarial. No obstante, las reformas llevadas a cabo en 2014 y 2015 han introducido importantes inconvenientes para que dichas ventas resulten atractivas y beneficiosas para todas las partes, ahora bien, el hecho de que la ley no nos parezca acertada no justifica que los razonamientos de determinados sectores de la doctrina o incluso de determinadas sentencias procuren efectos contrarios a los legalmente establecidos.

⁹⁴ Auto del juzgado de lo mercantil nº 1 de Alicante de 13 de marzo de 2015, Sección V, Procedimiento 181/2013, FJ sexto.

Bibliografía.

Doctrina:

ALMOGUERA, J., “Las crisis empresariales. La solicitud y la declaración de concurso”, en Quetglas, S.L. (coord.), *Fundamentos de Derecho Empresarial*. Tomo IV, *Aranzadi*, Pamplona, 2017.

ARRIAZA, P., “Cuestiones prácticas relacionadas con la venta de la unidad productiva”, (Disponible en: <http://www.icjce-euskadi.com/IVforoconcurstal/S2-VUP-Arraiza.pdf> última consulta 12/02/2018).

ARTEAGA, A. A., “Transmisión de la empresa y de unidades productivas en el concurso de acreedores”, *Universitat Pompeu Fabra*, 2015. (Disponible en: <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/373911/taasm.pdf?sequence=1>).

BOU, A. Y ESCOLÀ, E., “La sucesión de empresa en la venta de unidades productivas”, *Fieldfisher Jausas*, 2018. (Disponible en: <https://www.fieldfisherjausas.com/la-sucesion-empresa-las-ventas-unidades-productivas/>).

BURGUERA ABOGADOS, “Sobre la sucesión de empresa en la venta de unidades productivas”, *Redaccion A.G.X.*, 2018 (Disponible en: <https://www.burgueraabogados.com/sobre-la-sucesion-de-empresa-en-la-venta-de-unidades-productivas/>).

GUTIÉRREZ, D., “Venta de Unidad Productiva en el concurso de acreedores. Origen y sucesivas reformas”, P. 8. (Disponible en: http://digibuo.uniovi.es/dspace/bitstream/10651/29809/6/TFM_GutierrezBernardo%2CDaniel%20.pdf).

JIMÉNEZ, J. “Análisis de la aplicación del principio Par Conditio Creditorum en relación con los créditos privilegiados”, 2014. (Disponible en: https://escuelajudicialpj.poderjudicial.go.cr/Archivos/documentos/revs_juds/revista_111/PDFs/05_archivo.pdf).

LUCEÑO, J.L., “Notas sobre la enajenación de unidades productivas en el convenio concursal”, *La Ley*, n. 7977, 2012.

PULGAR EZQUERRA, J., *Manual de Derecho Concursal*, La ley, Madrid, 2017.

RUIZ DE LARA, M., “La venta y la adquisición de unidades productivas en el procedimiento concursal. Problemas básicos en fase común y en fase de liquidación”, *Col·legi d’Economistes de Catalunya*, 2016. (Disponible en: [http://www.coleconomistes.cat/MAILS/DOCS/P07_29.11.2016_Venta_y_Adquisicion_Unidades_Productivas_\(Ruiz_de_Lara\).pdf](http://www.coleconomistes.cat/MAILS/DOCS/P07_29.11.2016_Venta_y_Adquisicion_Unidades_Productivas_(Ruiz_de_Lara).pdf)).

VILLOTA, J.L. Y MARQUÉS, J.L., *La venta de la unidad productiva en sede concursal*, Bosch, Hospitalet de Llobregat, 2015.

Legislación:

Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. (BOE 10 de julio de 2003)

Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal (BOE 6 de septiembre de 2014).

Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE 24 de octubre de 2015).

Jurisprudencia:

Acuerdos de los Jueces de lo Mercantil y Secretarios Judiciales de Cataluña, seminario de 3 de Julio de 2014.

Auto del juzgado de lo mercantil nº 1 de Alicante de 13 de marzo de 2015, Sección V, Procedimiento 181/2013.

Auto del juzgado de lo mercantil nº 1 de Oviedo de 16 de octubre de 2017, Sección V, Liquidación 0000410 /2014.