

**FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE A CORUÑA
ILUSTRE COLEGIO PROVINCIAL DE ABOGADOS DE A CORUÑA
MÁSTER EN ABOGACÍA - ICACOR 2019/2020**

**LA TRANSMISIÓN DE LA UNIDAD PRODUCTIVA EN EL
MARCO DE UN PROCEDIMIENTO CONCURSAL**

A transmisión da unidade productiva no marco dun procedemento concursal

The transfer of the autonomous productive unit in insolvency proceedings

TRABAJO DE FIN DE MÁSTER

ALUMNA: Marta Represas Fachado

TUTOR: Rafael García Pérez



LA TRANSMISIÓN DE LA UNIDAD PRODUCTIVA EN EL MARCO DE UN PROCEDIMIENTO CONCURSAL

ABREVIATURAS	3
INTRODUCCIÓN	4
I. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE UNIDAD PRODUCTIVA	6
1.1. Principios y finalidades del concurso de acreedores	6
1.2. Concepto de unidad productiva.....	8
1.3. La fijación del perímetro de transmisión.....	11
II. LA TRANSMISIÓN DE LA UNIDAD PRODUCTIVA SEGÚN LAS DIFERENTES FASES DEL CONCURSO DE ACREEDORES	12
2.1. Con carácter previo al concurso	12
2.2. En fase común	13
2.3. En fase de convenio.....	15
2.4. En fase de liquidación	17
2.5. En el procedimiento abreviado.....	19
III. LOS EFECTOS DE LA TRANSMISIÓN DE LA UNIDAD PRODUCTIVA: ESPECIAL MENCIÓN AL ARTÍCULO 146 BIS DE LA LEY CONCURSAL	20
3.1. La cesión forzosa de los contratos.....	20
3.1.1 Contratos afectos a la actividad empresarial y contratos “cuya resolución no hubiere sido solicitada”	22
3.1.2. Régimen de licencias, autorizaciones y contratos administrativos.....	26
3.1.3. Contratos de trabajo	27
3.2. El principio general de la no asunción de las deudas del concursado y sus excepciones	27
3.2.1. La regla general de no asunción de las deudas del concursado.....	27
3.2.2. Las excepciones a la regla general	28
3.2.3. Deudas tributarias.....	29
3.2.4. Deudas con la comunidad de propietarios.....	29
3.3. Régimen fiscal aplicable a la transmisión de la unidad productiva.....	30
3.3.1. Aproximación general	30
3.3.2. Impuestos de carácter directo	32
3.3.3. Impuestos de carácter indirecto.....	33
IV. LA VENTA DE LA UNIDAD PRODUCTIVA Y LA SUCESIÓN DE EMPRESA A EFECTOS LABORALES Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL	34
4.1. Determinación y alcance de la sucesión de empresa a efectos laborales y de la Seguridad Social.....	35

4.2. Competencia jurisdiccional para la declaración de sucesión de empresa	37
4.3. La subrogación automática en las relaciones laborales	39
4.4. La responsabilidad solidaria del nuevo adquirente respecto de las deudas laborales y de la Seguridad Social.....	40
4.4.1. Deudas laborales surgidas con anterioridad a la venta de la unidad productiva	40
4.4.2. La excepción de la deuda asumida por el FOGASA	42
4.4.3. Deudas con la Seguridad Social	43
CONCLUSIONES	45
BIBLIOGRAFÍA.....	47
APÉNDICE JURISPRUDENCIAL	49

ABREVIATURAS

Audiencia Provincial	AP
Auto de la Audiencia Provincial	AAP
Boletín Oficial del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas	BOICAC
Código Civil	CC
Estatuto de los Trabajadores	ET
Fondo de Garantía Salarial	FOGASA
Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados	IAJD
Impuesto sobre Bienes Inmuebles	IBI
Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana	IIVTNV
Impuesto sobre el Valor Añadido	IVA
Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas	IRPF
Impuesto sobre Sociedades	IS
Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales	IPT
Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas	ICAC
Auto del Juzgado de lo Mercantil	AJM
Ley de Arrendamientos Urbanos	LAU
Ley de Contratos del Sector Público	LCSP
Ley de Propiedad Horizontal	LPH
Ley del Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana	LIIVTNV
Ley del Impuesto Sobre el Valor Añadido	LIVA
Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas	LIRPF
Ley del Impuesto sobre Sociedades	LIS
Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados	LITPyAJD
Ley General Tributaria	LGT
Ley Orgánica del Poder Judicial	LOPJ
Ley Reguladora de la Jurisdicción Social	LRJS
Norma de Registro y Valoración Nº 19	NRV 19
Plan General de Contabilidad	PGC
Sentencia de la Audiencia Provincial	SAP
Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea	STJUE
Sentencia del Tribunal Supremo	STS
Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público	TRLCSP
Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social	TRLGSS
Tribunal de Justicia de la Unión Europea	TJUE
Tribunal Supremo	TS

INTRODUCCIÓN

La promulgación de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, supuso la inauguración de una nueva etapa para el tratamiento de la insolvencia empresarial en nuestro ordenamiento jurídico. Fundado sobre las bases de la unidad, el progreso y la flexibilidad, el legislador instauró un nuevo régimen concursal enfocado a dotar a deudores y acreedores de una mayor autonomía que permitiese a todos los involucrados elegir aquellas vías que más y mejor se adaptaren a sus necesidades. Como parte de esta flexibilidad (cada vez más acusada según se fueron sucediendo las diferentes reformas de la Ley Concursal), se proveyó al concurso de acreedores de sendas opciones que las partes intervinientes pudieran escoger de conformidad con la persecución de sus intereses, tanto comunes como individuales.

Es precisamente en este escenario en el que la transmisión de la unidad productiva cobra especial trascendencia. Estructurada como una figura que integra en su ejecución los principios y finalidades esenciales del concurso de acreedores, la realidad económica la ha venido configurando como una de las opciones más interesantes que prevé la Ley Concursal. Las especialidades propias y exclusivas inherentes a esta institución han sido objeto de numerosos debates jurisprudenciales y doctrinales que, durante varios años, han sido el motor principal de su evolución jurídica. En este sentido, ha de advertirse que, si bien esta figura cuenta en la actualidad con un sistema normativo propio que rige su funcionamiento, el comienzo de su puesta en práctica estuvo caracterizada por un acusada falta de previsión legislativa.

Esta situación de (inicial) desamparo normativo propició múltiples discusiones interpretativas que en nada favorecieron la enajenación de la unidad productiva en la realidad práctica. Consciente de ello, el legislador, con el objetivo de solventar los problemas estructurales derivados de este vacío legal, operó sendas reformas legales, materializadas en el *Real Decreto Ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal*, y la *Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal*, cuyo fin fue proporcionar a la transmisión de la unidad productiva de un desarrollo legislativo a la altura de su evolución práctico-jurídica. Tales reformas fueron absolutamente necesarias para la consolidación de un régimen estable que pudiera guiar su ejecución, pero las modificaciones incorporadas tampoco estuvieron exentas de lagunas, según se pondrá de manifiesto a continuación.

El presente trabajo tiene por objeto el análisis de las singularidades que conforman la transmisión de la unidad productiva en el concurso de acreedores, así como el estudio de los efectos que su puesta en práctica surte en la realidad jurídico-económica. Para ello, se ha venido considerando necesario comenzar con una breve exposición sobre los motivos por los que esta institución reviste especial importancia en la Ley Concursal, no solo por las especialidades inherentes a ella, sino porque permite la conjugación, en una

sola operación, de los principios y finalidades más relevantes del concurso de acreedores.

Seguidamente, se pondrá de manifiesto la versatilidad de esta operación, ya que su configuración permite adecuar su transmisión a cualquier fase del procedimiento concursal. De esta manera, se prevé que la unidad productiva pueda enajenarse en fase común, de convenio, de liquidación e incluso por vía del procedimiento abreviado. Se trata de una de las manifestaciones más evidentes del principio de flexibilidad previamente referenciado, pues permite disponer de esta opción en cualquier momento procesal según las necesidades e intereses del deudor.

A continuación, se comenzará con el análisis de los efectos más relevantes que suscita la transmisión de la unidad productiva en la realidad jurídica. Se trata del núcleo central del presente estudio, por lo que su desarrollo estará dividido en dos partes. Una primera, correspondiente al apartado III, y una segunda, relativa al apartado IV. Esta separación responde a razones de claridad expositiva, pues el análisis de los efectos laborales y de la Seguridad Social requiere de una explicación particular, por lo que se ha considerado que es mejor abordar su tratamiento de manera independiente.

Posteriormente, el trabajo continuará con una relación de conclusiones en las que se ha intentado sintetizar la pluralidad de cuestiones jurídicas que se examinan a lo largo del presente estudio. Se incorpora, finalmente, el apartado de bibliografía y un apéndice jurisprudencial que recoge todas aquellas resoluciones judiciales de interés en la aproximación jurídica a la transmisión de la unidad productiva.

I. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE UNIDAD PRODUCTIVA

1.1. Principios y finalidades del concurso de acreedores

Según se ha puesto de manifiesto en la Introducción del presente trabajo, la transmisión de una unidad productiva en el marco de un concurso de acreedores representa una institución particularmente singular. La importancia que ha adquirido esta figura en el tráfico mercantil la ha situado como una de las operaciones más interesantes que prevé la Ley Concursal, ya no solamente por la complejidad que la define y los efectos que surte, sino porque integra en su ejecución los principios y finalidades que rigen el concurso de acreedores.

El Legislador es claro al establecer como fin principal del procedimiento concursal la máxima satisfacción de los acreedores. Así se desprende del articulado de la Ley, orientado en esta dirección. También de su Exposición de Motivos, por la que concluye que *“la unidad del procedimiento de concurso (...) permite su adecuación a diversas situaciones y soluciones, a través de las cuales puede alcanzarse la satisfacción de los acreedores, finalidad esencial del concurso”*. La determinación de esta finalidad esencial viene amparada por los principios más importantes que instruyen el concurso de acreedores. Consignados en el propio texto de la Ley Concursal, la integración de ambas premisas presupone la base sobre la que orientar el sentido de la norma: la universalidad, de un lado, y la regla *par conditio creditorum*, del otro.

El principio de universalidad, recogido en los artículos 49.1¹ y 76.1² de la Ley Concursal, describe una realidad dirigida en dos direcciones: una primera, por la que formarán parte de la masa activa todos los bienes, derechos y patrimonio del deudor, y una segunda, integradora de la masa pasiva, por la que el concurso comprenderá también el total de sus acreedores (salvo por las excepciones legales que se contemplen). De esta forma, el concurso se asegura como un procedimiento que utilizará todos los bienes posibles del deudor con el fin de satisfacer el mayor número de créditos del mayor número de acreedores³.

El principio de *par conditio creditorum*⁴, por su parte, en oposición al tradicional *prior in tempore potior in iure*⁵, se relaciona con el deber de tratar de manera igualitaria a todos los acreedores ante el concurso, de tal modo que impide el pago de los créditos al margen del convenio o la liquidación. Así lo dispone la propia Exposición de Motivos

¹ Art. 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.*

² Art. 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.*

³ PLEITEADO MARISCAL, Pilar y CUBILLO LÓPEZ, Ignacio. *Instrumentos procesales para la tutela judicial del crédito*. Madrid: Dykinson, 2019, p. 147.

⁴ Del latín, “igual condición de crédito”.

⁵ Del latín, “primero en el tiempo, mejor en Derecho”.

de la Ley Concursal, al establecer que *“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 justificadas”*.

Ello no excluye, evidentemente, que la Ley Concursal no persiga otra serie de objetivos de igual o similar importancia. Todo lo contrario. Si bien la satisfacción de los créditos continúa vigente como la primera obligación del concursado, otros objetivos, como la continuidad de la actividad empresarial, han venido cobrando cada vez más relevancia. Prueba de ello fueron las reformas operadas en los años 2014 y 2015, que dotaron de flexibilidad al concurso y consagraron el principio de continuación de la empresa como uno de los objetivos más importantes del procedimiento concursal.

A tal fin, propone, ya en la propia Exposición de Motivos, las dos soluciones principales por las que puede optar el deudor: el convenio y la liquidación⁶, definiendo esta primera vía como la solución normal del concurso. La preferencia que el Legislador otorga a esta vía concursal solo puede entenderse a través de la conjugación de la finalidad e intereses previamente analizados. Se trata de una solución que, en la teoría, puede cumplir con los principios y finalidades establecidas en la Ley Concursal.

Sin embargo, y por mucho que el procedimiento concursal haya sido diseñado bajo la idea original de alcanzar, en la mayoría de los casos, convenios beneficiosos para ambas partes, en la práctica habitual el 90 por ciento de las sociedades que entran en concurso terminan por acudir a la fase de liquidación⁷. Ello se debe, principalmente, al estado de extenuación en el que llega la sociedad deudora al concurso de acreedores, pues previamente habría intentado agotar todos los medios posibles para sortear el estado de insolvencia. En este sentido, es habitual que la empresa afectada llegue al procedimiento concursal en una situación de tal sobreendeudamiento que impida, en multitud de ocasiones, un cumplimiento efectivo del convenio.

Es precisamente esta realidad la que ha obligado al derecho concursal a evolucionar en el sentido en que lo ha venido haciendo estos últimos años. Como consecuencia de las necesidades (siempre cambiantes) de la sociedad en general, y de la insolvencia empresarial en particular, la Ley Concursal se ha ido dotando de los mecanismos necesarios para su adecuación a la realidad del momento, así como para la pretendida consecución de los intereses y finalidades del concurso de acreedores. Prueba manifiesta de tal evolución resulta evidente en el régimen de transmisión de la unidad productiva, ya que su perfeccionamiento en sede concursal puede suponer una forma útil de lograr tales objetivos.

⁶ Apartado VI de la Exposición de Motivos de la Ley Concursal: *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.*

⁷ Datos recogidos por QUETGLAS, R. Sebastián (Dir). *Manual de fusiones y adquisiciones de empresas.* 2ª ed. Madrid: Wolters Kluwer España, 2018, p. 656.

Por ello, la versatilidad de la venta de la unidad productiva opera como una de las razones por las que esta es figura resulta esencial dentro del procedimiento concursal. Diseñada como una institución que permite ejecutarse tanto en fase de convenio como en fase de liquidación, posibilita al deudor adaptarse a las necesidades del concurso en cada una de sus fases procesales. Asimismo, faculta a la sociedad concursada a perseguir la finalidad esencial de satisfacción de los acreedores, permitiéndole, de forma paralela, la consecución de otros tantos objetivos, como la continuidad de la actividad profesional y el mantenimiento de los puestos de trabajo⁸; objetivos que serían prácticamente imposibles de alcanzar si la concursada llegara a la fase de liquidación sin la opción de enajenar la unidad productiva.

1.2. Concepto de unidad productiva

La Ley Concursal realiza de manera indistinta múltiples referencias a la figura de la venta unitaria y de la unidad productiva, pero no prevé una definición unívoca de tales conceptos. Ello se debe, tal y como se indicó en la Introducción del presente estudio, a que la construcción y desarrollo práctico de esta figura han sido más bien una tarea de los Tribunales y de la doctrina que de la propia legislación mercantil. Sin embargo, este vacío conceptual no obsta a que la Ley Concursal sí prevea la enajenación unitaria y de la unidad productiva como las alternativas preferentes a la transmisión aislada de bienes o derechos. Así se desprende del artículo 149, relativo a las reglas legales de la liquidación, que prevé la enajenación unitaria o de la unidad productiva de forma conjunta, salvo que, previo informe de la administración concursal y autorización judicial, resulte más beneficiosa la venta aislada de sus elementos⁹.

En todo caso, la falta de una definición concreta de lo que ha de entenderse por unidad productiva (más allá de la previsión contenida en el artículo 149 de la Ley Concursal, que vincula el concepto de entidad económica al conjunto de medios organizados que llevan a cabo un a actividad principal o accesoria) ha generado numerosas interpretaciones de esta figura.

Así, una primera aproximación conceptual podría encontrarse en la definición contenida en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, que relaciona la venta de la unidad productiva con el fenómeno de la sucesión de empresa. Basándose en este precepto, debería entenderse por unidad productiva *una entidad económica que mantenga su identidad, entendida esta como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria*.

⁸ RIPOLL CARULLA, Ignacio, *Venta de unidad productiva y consecución de la finalidad del concurso*, (pp. 359-374), en Revista del Derecho Concursal y Paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación, nº 20, 2014, p. 361.

⁹ BELÉN CAMPUZANO, Ana, *CAPÍTULO XII: El procedimiento de transmisión de la empresa en el concurso de acreedores*, (pp. 297 y ss) en LEÓN SANZ, Francisco, DÍAZ MORENO, Alberto (Dir.) y RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, Sonia, PACHECO CAÑETE, Matilde (Coord.): *Los acuerdos de refinanciación, convenio y reestructuración (las reformas de 2014 y 2015 de la Ley Concursal)*. Aranzadi, 2016, p. 209.

No obstante lo anterior, y sin perjuicio de la trascendencia del derecho laboral en el procedimiento concursal, la doctrina ha sido crítica con respecto a esta definición, entendiendo que se trata de una explicación débil e insuficiente para abarcar toda la complejidad de la unidad productiva. Sostiene, a este respecto, que el tratamiento de la definición de esta figura no puede construirse a través de lo que no es sino un efecto eventual¹⁰ (la sucesión no es automática), extraconcursal (extraño a la competencia del juez del concurso) y sectorial (a los solos efectos laborales y de Seguridad Social)¹¹.

En este mismo sentido se ha pronunciado la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección Cuarta, en su Auto de 4 de mayo de 2017¹², al disponer que *la Ley concursal no define lo que debe entenderse por unidad productiva a los efectos del artículo 146 bis, 148 y 149. En la consideración más común se entiende equiparable a empresas o a partes de empresas susceptibles de ser continuadas por un nuevo titular. La acepción laboral que acoge el artículo 149.4 -en conjuntos organizados de medios materiales y, eventualmente, personales, para llevar a cabo una actividad económica, principal o accesoria- se trae del ET para acotar el supuesto bajo cuya consideración debe apreciarse que existe sucesión de empresa, pero no agota totalmente el concepto de unidad productiva a efectos concursales.*

De otro lado, la definición contenida en el artículo 7 de la Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido puede resultar más útil a meros efectos descriptivos, ya que, en su redacción, contempla la no sujeción al impuesto *la transmisión de un conjunto de elementos corporales y, en su caso, incorporales que, formando parte del patrimonio empresarial o profesional del sujeto pasivo, constituyen una unidad económica autónoma, capaz de desarrollar una actividad empresarial o profesional por sus propios medios.*

A estos efectos, resulta especialmente creativo, por su parte, el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª, de 16 de noviembre de 2015¹³ al recurrir al derecho que está por venir, concretamente al artículo 131 del Anteproyecto de Código Mercantil, que concibe la empresa como *un conjunto de elementos personales, materiales e inmateriales organizados por el empresario para el ejercicio de una actividad económica de producción de bienes o prestación de servicios, conjunto integrado a su vez por los bienes y derechos afectos a la actividad empresarial, las relaciones jurídicas y de hecho establecidas por el empresario para el desarrollo de dicha actividad y el fondo de comercio resultante de la organización de los elementos anteriores.*

¹⁰ En este sentido, EXTARANDIO, Edorta, *La enajenación concursal de unidad productiva*, (pp. 147-185) en Anuario de Derecho Concursal, nº 43, 2018, pág. 162, expone que la empresa o unidad productiva enajenable, sin ser un conjunto de meras cosas y derechos, y sin instrumentarse en ninguna operación estructural societaria, no impone automáticamente la sucesión de empresa cuando se enajena.

¹¹ MUÑOZ PAREDES, Alfonso. *Protocolo Concursal*. 2ª ed. Navarra: Thompson Reuters, Aranzadi 2017, pág. 884.

¹² Referencia Aranzadi: JUR 2017/177519.

¹³ Referencia Aranzadi: JUR 2016/76375.

Pero de poco sirve dotar de una definición genérica a la unidad productiva si esta no se integra dentro de las especialidades del concurso de acreedores. En esta línea, varios son los Juzgados de lo Mercantil que ofrecen una primera aproximación conceptual de esta institución desde una perspectiva más práctica. Así, el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 8 de Madrid de 20 de diciembre de 2013¹⁴, contempla esta figura como un *conjunto complejo y extenso de bienes, derechos, contratos de trabajo y expectativas de negocio*. El Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Almería de 19 de diciembre de 2014¹⁵ afirma que *la unidad productiva se define por la actividad empresarial que aglutina una serie de recursos materiales (inmuebles, máquinas, utillaje, etc.), humanos (trabajadores, gestores, etc.) y jurídicos (contratos, subvenciones, autorizaciones administrativas, etc.)*.

Debe entenderse, por tanto, que es la “autonomía funcional”, y no la “identidad de medios”, el atributo esencial que ha de integrar el núcleo conceptual de la unidad productiva¹⁶. De esta manera, puede configurarse una entidad productiva sin tener que ajustarse a la descripción tradicional de la misma (ordenación de medios materiales y personales en uno o varios establecimientos), es decir, sin trabajadores o sin activos materiales¹⁷. En su virtud, lo relevante para discernir si nos encontramos ante una verdadera unidad productiva no es que esta cuente con ciertos elementos que la doten de una determinada apariencia empresarial, sino que tenga la capacidad necesaria para generar flujos de caja por ella misma.

Ahora bien, la unidad productiva – cuyo régimen de transmisión viene establecido por el artículo 146 bis de la Ley Concursal – no debe confundirse con otras referencias legales a conceptos extremadamente similares. En este sentido, a pesar del llamamiento indistinto que realiza la Ley Concursal, no es lo mismo la venta de la unidad productiva que la enajenación unitaria de la empresa (como un todo). Esto se debe, principalmente, a que dentro de una empresa o sociedad pueden coexistir varias unidades productivas, de modo que el objeto de transmisión puede excluir aquellas entidades no rentables para el comprador. De esta manera, la enajenación unitaria de la empresa siempre constituirá una unidad productiva, pero no toda unidad productiva resultará la totalidad de la sociedad.

¹⁴ Referencia Aranzadi JUR 2014, 33514.

¹⁵ Referencia Aranzadi JUR 2015, 23973.

¹⁶ MUÑOZ PAREDES, Alfonso. *Protocolo Concursal*. 2ª ed. Navarra: Thomson Reuters, Aranzadi 2017, pág. 886.

¹⁷ En este sentido, DOMÈNECH ORTÍ, Xavier, *El proceso de adjudicación de la unidad productiva, método para administradores concursales*, (pp. 285-320) en LLORET VILLOTA, Juan (Comp.) y MARQUÉS VILLALONGA, José María (Coord.), *La venta de la unidad productiva en sede concursal*. Barcelona: Bosch. 2015, p. 289, ofrece varios ejemplos. En relación con una unidad productiva sin trabajadores, el caso de una explotación de un parque eólico con dos únicos contratos, uno con el proveedor que realiza el mantenimiento y otro con el cliente. O, en el supuesto de una unidad productiva sin activos materiales, una empresa de mantenimiento de ascensores que tiene como activo un número determinado de contratos.

Tampoco ha de confundirse la operación de transmisión de unidad productiva con otras realidades mercantiles de función similar, como la *venta en globo* de activos¹⁸ (que no conlleva cesión de personal), la fusión por absorción (que supone la subrogación universal de las deudas y la extinción de la empresa absorbida), o la cesión global de activos (que deriva también en la extinción de la sociedad cedente).

1.3. La fijación del perímetro de transmisión

La transmisión de la unidad productiva es, independientemente de sus especialidades y complejidad, una operación de compraventa. Por ello, acudiendo a la base contractual de este negocio, no debe obviarse que el objeto de la venta ha de ser cierto o determinado, o en caso de que no lo sea, debe ser determinable sin necesidad de nuevo convenio entre las partes¹⁹.

En el supuesto que nos ocupa, tratándose de la enajenación de un negocio en el marco de un procedimiento concursal, cobra especial relevancia la determinación del objeto de la compraventa. Es lo que se conoce como el “perímetro” de la unidad productiva²⁰, entendido este como el conjunto de elementos objetivos y subjetivos transmitidos en la operación. Esta exigencia, amparada por las propias especialidades de la Ley Concursal, así como por la complejidad inherente a esta figura, obliga a las partes intervinientes a ser lo más precisas posible en la delimitación de su contorno, que deberá plasmarse en la resolución o título del acuerdo.

Las formas de concreción de este perímetro dependerán de la fase procesal en la que se ejecute la compraventa, por lo que pueden ser: el auto que autoriza la transmisión de la unidad productiva (si esta se lleva a cabo en fase común), el convenio y la correspondiente resolución judicial que lo apruebe, el plan de liquidación y la correspondiente resolución que lo apruebe, o la resolución de la venta o subasta²¹.

La exigencia de la determinación del objeto impone su concreción previa a la perfección del negocio de compraventa, y debe tratar de abarcar el máximo número de aspectos posibles. La delimitación más común comprendería:

- 1) Los bienes inmuebles, detallados en su máxima claridad (a través de referencias registrales o catastrales).

¹⁸ A meros efectos ejemplificativos, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 5 de marzo de 2004 (RJ 2004, 1811) entiende la venta en globo como una realidad por la que se transmiten *bienes materiales e inmateriales como objeto único, como universalidad, sin separación individual de sus componentes*, y que por lo tanto no conlleva cesión del personal ni subrogación.

¹⁹ Así lo dispone el art. 1.445, en relación con los arts. 1.261 y 1.273 del Código Civil: *Por el contrato de compra y venta uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que lo represente.*

²⁰ En palabras de MUÑOZ PAREDES, Alfonso. *Protocolo Concursal*. 2ª ed. Navarra: Thomson Reuters, Aranzadi 2017, pág. 887.

²¹ EXTARANDIO, Edorta, *La enajenación concursal de unidad productiva*, (pp. 147-185) en Anuario de Derecho Concursal, nº 43, 2018, p. 33.

- 2) Los bienes muebles, como la maquinaria, utillaje y vehículos.
- 3) Las cargas (reales o no reales) que pesen sobre aquellos bienes objeto de enajenación.
- 4) Los derechos de propiedad industrial y licencias vigentes.
- 5) Los contratos afectos a la actividad económica que se ceden al adquirente.
- 6) Los contratos de trabajo en los que el comprador procederá a subrogarse. Este es uno de los aspectos más controvertidos de la transmisión de la unidad productiva, según se pondrá de manifiesto más adelante.
- 7) Las licencias y autorizaciones administrativas vinculadas a la unidad productiva.
- 8) El precio de la operación, las condiciones de pago, los medios de financiación, etc. En este sentido, resulta habitual pactar que parte del precio se dispondrá para los gastos de mantenimiento de la empresa durante la tramitación de la venta, para el pago de proveedores estratégicos o para la cobertura de posibles contingencias (como la sucesión a efectos laborales).

Todo ello sin perjuicio, evidentemente, de las especialidades propias de cada uno de los supuestos en los que se transmita una unidad productiva o de negocio, que habrán de analizarse de manera separada. No obstante, la delimitación de este perímetro será, en todo caso, necesaria y preceptiva, no solo porque así lo prevea la Ley Concursal, sino porque una correcta y concisa fijación de los elementos transmitidos podrá evitar la aparición de posibles contingencias.

II. LA TRANSMISIÓN DE LA UNIDAD PRODUCTIVA SEGÚN LAS DIFERENTES FASES DEL CONCURSO DE ACREEDORES

Como manifestación de la flexibilidad, cada vez más acusada, de la Ley Concursal, el legislador ha venido adaptando la rigidez de las fases del concurso de acreedores a las necesidades concretas de la enajenación de la unidad productiva. Ello ha permitido al legislador proveer al concurso de acreedores de diferentes fórmulas (no intercambiables entre sí) que permiten la transmisión de la unidad productiva con independencia del estado procesal en que se halle la tramitación del concurso²². De esta manera, podrá procederse a su venta en la fase común, en la fase de convenio, en la fase de liquidación, y, en último lugar, por la vía del procedimiento abreviado.

2.1. Con carácter previo al concurso

La enajenación de la unidad productiva con anterioridad a la declaración de insolvencia no resulta objeto de análisis en el presente trabajo, por cuanto no es una modalidad de venta concursal. No obstante, resulta interesante mencionar que ejecutar esta transmisión sí podría tener consecuencias negativas tras la declaración de concurso.

²² En este sentido se pronuncia QUETGLAS, R. Sebastián (Dir). *Manual de fusiones y adquisiciones de empresas*. 2ª ed. Madrid: Wolters Kluwer España, 2018, p. 658, al admitir que las distintas fórmulas, estancas e independientes entre sí, nos harán preferir unas modalidades sobre otras.

En esta línea, la Ley Concursal dispone en su Capítulo IV del Título III que los actos perjudiciales²³ para la masa activa *realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta*, serán rescindibles por medio de la acción de reintegración²⁴. La consecuencia de la estimación de la precitada acción viene regulada en el artículo 73 de la Ley, y conllevará la ineficacia del acto impugnado, así como la restitución de las prestaciones objeto de aquél, con sus frutos e intereses²⁵.

2.2. En fase común

La venta de la unidad productiva en fase común viene regulada en el artículo 43 de la Ley Concursal, relativo a la conservación y administración de la masa activa. A este respecto, dispone el precitado artículo, en su apartado segundo, que, hasta la aprobación judicial del convenio o la apertura de la fase de liquidación, la sociedad concursada no podrá enajenar los bienes y derechos que integran la masa activa sin la correspondiente autorización judicial. A continuación, en su apartado tercero, contempla una serie de excepciones, entre ellas:

- 1) *Los actos de disposición que la administración concursal considere indispensables para garantizar la viabilidad de la empresa o las necesidades de tesorería que exija la continuidad del concurso. Deberá comunicarse inmediatamente al juez del concurso los actos realizados, acompañando la justificación de su necesidad.*
- 2) *Los actos de disposición de bienes que no sean necesarios para la continuidad de la actividad cuando se presenten ofertas que coincidan sustancialmente con el valor que se les haya dado en el inventario. Se entenderá que esa coincidencia es sustancial si en el caso de inmuebles la diferencia es inferior a un diez por ciento y en el caso de muebles de un veinte por ciento, y no constare oferta superior. La administración concursal deberá comunicar inmediatamente al juez del concurso la oferta recibida y la justificación del carácter no necesario de los bienes. La oferta presentada quedará aprobada si en plazo de diez días no se presenta una superior.*
- 3) *Los actos de disposición inherentes a la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor, en los términos establecidos en el artículo siguiente.*

²³ La acción de reintegración, regulada por el art. 71 de la Ley Concursal, establece tres tipos de perjuicio patrimonial: 1) el que se presume *iure et de iure*, cuando el acto de transmisión se realiza a título gratuito; 2) el que se presume *iuris tantum*, cuando, entre otros, se trate de actos de disposición a título oneroso realizados en favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado; 3) el que tiene que probar quien lo alega, cuando se trate de supuestos no contenidos en el referido artículo.

²⁴ Ello sin perjuicio de la interposición de otras acciones de impugnación de actos del deudor que procedan conforme a lo establecido por la Ley Concursal, las cuales se tramitarán conforme a lo preceptuado en el artículo 72.

²⁵ BUSTILLO SAIZ, María del Mar: *La impugnación de los actos perjudiciales para la masa activa en la Ley Concursal*. Monografía nº 21 asociada a la Revista del Derecho Concursal y Paraconcursal. Ed. Wolters Kluwer, 2016, p. 66.

No obstante, si bien se ha relacionado la venta de la unidad productiva con la continuidad de la actividad profesional y la viabilidad de la empresa, debemos advertir que su transmisión en fase común sí requerirá autorización judicial²⁶. Así se desprende del propio artículo 43.4, el cual dispone de forma individualizada (separada de las anteriores excepciones) que, en el caso de transmisión de unidades productivas de bienes o servicios, serán de aplicación las reglas de la liquidación previstas en los artículos 146 bis y 149 de la Ley Concursal²⁷.

Esta autorización judicial exige la concurrencia de varios requisitos, ya que la venta en fase común debe estar justificada por razones de urgencia o necesidad por las que es preferible no esperar a la aprobación del convenio o la apertura de la fase de liquidación. Tales razones pueden venir motivadas por diferentes causas, respondiendo la mayoría de ellas a la obtención de un precio mayor, mejores condiciones de venta, una probable devaluación de la unidad productiva según el avance del procedimiento concursal, riesgo de extinción de los contratos laborales o incluso una menor concurrencia de posibles compradores²⁸.

En consecuencia, por tratarse de una operación que precisa para su ejecución autorización judicial, habrá de estarse a lo dispuesto en el artículo 188 de la Ley Concursal. En su virtud, la solicitud de la enajenación de la unidad productiva deberá formularse por escrito, de tal manera que pueda darse traslado de la misma a las demás partes intervinientes para que presenten alegaciones en un plazo no superior a diez días. Dicha solicitud será resuelta por el juez mediante auto, que, finalmente, denegará o autorizará la referida transmisión.

En este sentido, debe matizarse que la venta de la unidad productiva en fase común fue una novedad introducida por las reformas de los años 2014 y 2015, por lo que contiene una serie de especialidades que no se dan en el resto de fases procesales. Precisamente, una de las peculiaridades del procedimiento de venta por fase común es el régimen de recursos, ya que este es más limitado que en fase de liquidación²⁹, por cuanto el artículo 188 tan sólo prevé recurso de reposición (y no de apelación) para el auto que resuelve la

²⁶ VERDUGO, Juan y GIL-ROBLES, José María: *Operaciones Distress* (pp. 53-124) en GUTIÉRREZ GILSANZ, Andrés (Coord.): *Derecho práctico de reestructuraciones e insolvencias empresariales*. Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2017, p. 81.

²⁷ De esta misma manera lo ha venido entendiendo la Audiencia Provincial de Álava, en su Auto de 26 de marzo de 2015 (JUR 2015, 107080), al sostener que “*al margen del juicio que merezca la técnica con la que se ha regulado esta materia crucial, lo que estas modificaciones ponen de manifiesto es que la introducción del último inciso del artículo 43.3 LC no es una excepción al régimen general del que se precisa autorización judicial previa para la enajenación de activos de la deudora concursada durante la fase común (...). Lo que este nuevo inciso dispone es que en fase común es posible la transmisión de unidades productivas*”.

²⁸ Requisitos recogidos por QUETGLAS, R. Sebastián (Dir). *Manual de fusiones y adquisiciones de empresas*. 2ª ed. Madrid: Wolters Kluwer España, 2018, p. 659.

²⁹ Reflexión analizada por MUÑOZ PAREDES, Alfonso. *Protocolo Concursal*. 2ª ed. Navarra: Thompson Reuters, Aranzadi 2017, pág. 125, en relación con las especialidades y cautelas que han de adoptarse en la transmisión de la unidad productiva en fase común.

precitada solicitud. No obstante, la desconfianza que genera esta operación en la fase más inicial del concurso ha motivado algunas resoluciones que conceden recurso de apelación contra el mencionado auto. En este sentido se ha pronunciado, por ejemplo, la Audiencia Provincial de Álava, Sección 1ª, en su precitado Auto de 26 de marzo de 2015³⁰, con el fin de proporcionar homogeneidad al tratamiento procesal de la venta de la unidad productiva en fase común.

2.3. En fase de convenio

El artículo 100.2 de la Ley Concursal dispone que en la propuesta de convenio podrán incluirse proposiciones de enajenación, *bien del conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a su actividad empresarial o profesional o de determinadas unidades productivas, que se regirán por lo previsto 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.*

La redacción original del referido artículo, anterior a las modificaciones operadas por el RDL 11/2014 y la Ley 9/2015, preveía un régimen específico para la transmisión de la unidad productiva en esta fase procedimental, que exigía la simultánea asunción por parte del nuevo adquirente del *pago de los créditos de los acreedores en los términos expresados en la propuesta de convenio*. Actualmente, tal previsión ha sido superada ya por las reformas anteriormente mencionadas, de tal modo que la redacción vigente del artículo 100 de la Ley Concursal remite directamente (de la misma manera que lo hace el artículo 43 en fase común) al régimen establecido por el artículo 146 bis.

El convenio, que será aprobado por sentencia judicial, deberá presentarse acompañado del plan de pagos previsto para su cumplimiento, incluyendo, asimismo, los recursos relativos a la enajenación de determinados bienes y derechos del concursado. En el caso de que se prevea contar con los recursos que genere la continuación de la actividad empresarial, tal propuesta deberá ir acompañada, además, de un plan de viabilidad que concrete los medios y condiciones de su obtención.

Según se ha puesto de manifiesto, las reformas efectuadas en los años 2014 y 2015 supusieron un avance en la venta de la unidad productiva en todas las fases procedimentales del concurso de acreedores. No obstante, todavía existe un conjunto importante de incertidumbres en relación con su transmisión en fase de convenio.

En primer lugar, se plantea la duda sobre si el nuevo adquirente puede ser o no un acreedor del concursado³¹. La Ley Concursal no contiene una referencia expresa a que

³⁰ Referencia Aranzadi JUR 2015, 107080.

³¹ BAENA BAENA, Pedro Jesús, *CAPÍTULO VII: El contenido de la propuesta de convenio*, (pp. 120-130) en LEÓN SANZ, Francisco, DÍAZ MORENO, Alberto (Dir.) y RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, Sonia,

exista tal prohibición. Sin embargo, ha de tenerse especial cautela con la previsión contenida en el artículo 146 bis, apartado 4, de la Ley Concursal, por cuanto excluye de su régimen (relativo a la no asunción de las deudas) a los adquirentes que estén especialmente relacionados con el concursado³².

En segundo lugar, surge el problema sobre si el convenio genera una asunción liberatoria de deuda o una asunción cumulativa, lo que a su vez conlleva diferentes consecuencias. En el primer caso, el deudor quedaría liberado de la porción del pasivo que el nuevo adquirente se compromete a asumir; y, en el segundo supuesto, por mucho que el nuevo adquirente asumiera el pago de esa deuda, tal compromiso no liberaría al deudor, sino que los acreedores podrían dirigirse tanto al deudor como al asuntor en los términos expresados en el convenio. A estos efectos, y no habiendo solución legal al respecto, se deberá estar a lo pactado por las partes en el Convenio. En defecto de pacto expreso entre las partes, existe una corriente doctrinal que sostiene que la asunción es cumulativa, y no liberatoria³³, por cuanto entiende que el concurso finaliza con el cumplimiento del convenio, no porque un tercero asuma la deuda, por lo que la responsabilidad del concursado ha de subsistir³⁴.

Cosa distinta es la previsión contenida en el artículo 146 bis, apartado 4, aplicada a la situación inversa hasta la ahora analizada. En su virtud, la Ley Concursal libera al nuevo adquirente de la obligación de pago de los créditos (concursoales o contra la masa) no satisfechos por el concursado antes de la transmisión de la unidad productiva, salvo que el adquirente los hubiera asumido, existiese disposición legal en contrario, o por la aplicación de las reglas de la sucesión de empresas.

Se trata, por tanto, de dos realidades que no deben confundirse. La primera de ellas, relativa a la liberación del deudor concursado de las deudas que el nuevo adquirente

PACHECO CAÑETE, Matilde (Coords.): *Los acuerdos de refinanciación, convenio y reestructuración (las reformas de 2014 y 2015 de la Ley Concursal)*. Aranzadi, 2016, p. 128.

³² A estos efectos, la descripción de las personas relacionadas con el concursado (ya sea persona física o jurídica), viene regulada en el artículo 93 de la Ley Concursal. En relación con los acreedores, se aplica, a *sensu contrario*, la disposición contenida en el apartado 2.2º., del precitado artículo, por cuanto se considerarán que están especialmente relacionados con el concursado *cuando hayan capitalizado directa o indirectamente todo o parte de sus créditos en cumplimiento de un acuerdo de refinanciación, de un acuerdo extrajudicial de pagos o de un convenio*.

³³ En este sentido se ha manifestado SENENT MARTÍNEZ, Santiago, en *La venta de la unidad productiva en el concurso a la luz de las últimas reformas*, (pp. 95-116), en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, nº 26, 2017, p. 110.

³⁴ En la misma línea se ha pronunciado la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección Primera, en su Sentencia de 25 de junio de 2012 (Referencia Aranzadi: JUR 2012, 252800) al exponer que *“El convenio, según el sentir jurisprudencial, es una verdadera ley pactada, un negocio jurídico “sui generis” que se asemeja a los de naturaleza contractual, es un negocio jurídico complejo en que se integran factores contractuales y procesales, de interés privado o público -respectivamente-, a través del cual los créditos experimentan una especie de novación (SS. 6 julio 1914 , 20 noviembre 1928 , 30 noviembre 1958 , 30 mayo 1959 , 15 febrero 1962 , 4 julio 1966 y 27 febrero 1993 . Y esa naturaleza predominantemente contractual trae el obligado y natural corolario, extraíble de los arts. 1255 y 1257 del CCart.1255 EDL 1889/1 art.1257 EDL 1889/1 , de que el convenio sólo afecta a los que lo suscribieron, es decir, al deudor suspenso, por una parte, y a los acreedores que Intervinieron, o se les dio la posibilidad, al menos, de intervenir en el expediente, según ya dijo esta AP en SS de 11 de abril de 1997”*.

expresamente hubiera asumido en el Convenio; así como su no liberación en caso de defecto de tal pacto. Y, la segunda, sobre la liberación del nuevo adquirente de aquellas deudas anteriores a la transmisión de la unidad productiva, salvo por las excepciones contenidas en la Ley.

En último lugar, debe tenerse en cuenta que el artículo 100.2 de la Ley Concursal remite únicamente al régimen del artículo 146 bis, omitiendo una referencia expresa a las disposiciones del 149 (al contrario que el artículo 43.4, que regulaba la transmisión en fase común). La consecuencia de tal omisión se materializa, principalmente, en la inaplicación de la protección que el artículo 149.2 otorga a los acreedores con privilegio especial. En su lugar, tal protección derivará de las disposiciones del artículo 124 (que establece las mayorías necesarias para la aceptación de la propuesta de convenio), del 121 (del derecho al voto) y, sobre todo, de los apartados 2 y 3 del artículo 134 (de la extensión subjetiva del contenido del convenio) de la Ley Concursal.

No obstante, y sin perjuicio de la inaplicación generalizada del artículo 149 en relación con la transmisión de la unidad productiva en fase de convenio, debemos puntualizar que sí se aplica la disposición contenida en su apartado 4 (relativa al régimen de sucesión de empresa a efectos laborales). Así lo dispone el artículo 146 bis, apartado 4 (al que sí remite el artículo 100.2.), de la Ley Concursal.

2.4. En fase de liquidación

Según se ha hecho referencia al comienzo del presente estudio, la Ley Concursal ha querido configurar el convenio como la salida “normal” del concurso de acreedores. Para ello, no solamente ha orientado el sentido de la ley en esa dirección, sino que toda reforma operada con posterioridad a su entrada en vigor venía motivada, en parte, por dotar de mayor flexibilidad y garantías al pacto del convenio (u otras soluciones alternativas a la liquidación). No obstante, y pese a los esfuerzos del legislador en encauzar el procedimiento concursal en aquel sentido, la realidad práctica demuestra que, actualmente, es la liquidación la salida más habitual del concurso de acreedores.

Por ello, si bien no está considerada como la opción más beneficiosa³⁵, un importante número de transmisiones de unidades productivas se llevan a cabo en la fase de liquidación. Prueba de ello es que el régimen contenido en los artículos 146 bis y 149 de la Ley Concursal, relativos al desarrollo normativo de la venta de la unidad productiva, se encuentran situados en el Capítulo II del Título IV, titulado *De la fase de liquidación*.

³⁵ QUETGLAS, R. Sebastián (Dir). *Manual de fusiones y adquisiciones de empresas*. 2ª ed. Madrid: Wolters Kluwer España, 2018, p. 657, sostiene que *la principal objeción que plantea la venta en fase de liquidación es que los créditos aplazados vencen en su integridad, y que abierta la liquidación no se pueden continuar los Contratos con la Administración Pública (por mor del artículo 224 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público). Este inconveniente lo hace poco apropiado para formalizar ventas de unidades productivas cuando la Administración Pública resulte esencial para la continuidad de la actividad empresarial.*

De esta manera, la venta de la unidad productiva en fase de liquidación puede desarrollarse por dos vías diferenciadas, dependiendo de si dicha transmisión se contempla o no en el plan de liquidación³⁶.

Así, el artículo 148 de la Ley Concursal exige que el plan de liquidación, siempre que sea posible, deberá contemplar la enajenación unitaria del conjunto de establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes y servicios del concursado o de algunos de ellos. Tal previsión es imperativa, salvo que, por motivos justificados, una venta aislada de los bienes del concursado vaya a suponer la obtención de un precio mayor. En este sentido se ha pronunciado el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección, 15ª, de 29 de noviembre de 2007³⁷, al manifestar que *la venta de la empresa o de la unidad productiva no deja de ser un medio de realización (...) alternativo a la enajenación individualizada o por lotes de los distintos elementos de la masa activa. Es el beneficio generalizado que produce la continuidad de la empresa, en la medida que contribuye a conservar total o parcialmente los puestos de trabajo, lo que consiguientemente evita mayores gastos para la masa derivados de la extinción de los contratos de trabajo y genera riqueza al seguir operando empresarialmente en el mercado.*

En consecuencia, si el plan de liquidación incluye la transmisión de la unidad productiva, esta se regirá por lo dispuesto en los artículos 148 y 146 bis de la Ley Concursal. En su virtud, el plan de liquidación deberá someterse a informe de los representantes de los trabajadores, con el fin de que puedan formular observaciones o propuestas de modificación. Además, en caso de que la venta de la unidad productiva suponga la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, deberá tramitarse el expediente de regulación de empleo con arreglo a lo dispuesto en el artículo 64 de la Ley Concursal. En lo relativo a las garantías de los acreedores con crédito privilegiado, el artículo 148.5 remite directamente al 155.4³⁸. A efectos de publicidad, resulta interesante el apartado 7 del precitado artículo 148 (añadido por la Ley 9/2015), especialmente en lo relacionado con la empresa persona jurídica, que contempla dotar de una mayor publicidad y transparencia al procedimiento, con el fin de facilitar la enajenación bien de la empresa, bien de la unidad productiva³⁹.

³⁶ A tenor de lo dispuesto en el artículo 148 de la Ley Concursal, la administración concursal deberá presentar ante el Juez, dentro de los quince días siguientes al de notificación de la resolución de apertura de la fase de liquidación (prorrogables por otros quince dependiendo de la complejidad del concurso) el plan de liquidación, es decir, de la realización de los bienes y derechos que conforman la masa activa del concurso.

³⁷ Referencia Aranzadi JUR 2008, 127523.

³⁸ El artículo 155.4 dispone una serie de normas relativas al pago de los créditos con privilegio especial, que afectan directamente a la transmisión de la unidad productiva (fuere cual fuere el estado procesal en que se perfeccione). En este caso, el régimen previsto en este artículo se aplica a la venta en fase común y en fase de liquidación cuando dicha transmisión se haya contemplado en el correspondiente plan. Por el contrario, y tal y como se expuso anteriormente, si la enajenación se perfecciona en sede de convenio, resultarán de aplicación las normas contenidas en el Capítulo I del Título V (de la fase de Convenio); y, si la transmisión se realiza en sede de liquidación, pero no se incluye en el plan, se aplicará el artículo 149.

³⁹ Para ello, el artículo 148.7 prevé la obligación de remitir información sobre *la persona jurídica de la empresa, el sector al que pertenece, ámbito de actuación, tiempo durante el que ha estado en*

Si, por el contrario, la venta de la unidad productiva no se hubiere incluido en el plan de liquidación, habrá de estarse a lo dispuesto, supletoriamente, en el artículo 149 de la Ley Concursal. En este caso, el régimen contenido en tal precepto se considera una alternativa al plan de liquidación, así como una última oportunidad de favorecer la transmisión de la unidad productiva⁴⁰. Las especialidades más relevantes que contemplan las reglas del artículo 149 pueden resumirse en: 1) la aplicación del artículo 149.2 en relación con la protección de los acreedores con privilegio especial; 2), la preferencia de la venta en subasta (sin excluir la venta directa); 3), la priorización de la venta si el precio no difiere en más del 15% (a la baja) del resto de ofertas, si con ello se garantiza en mayor medida la continuidad de la actividad económica y de los puestos de trabajo.

2.5. En el procedimiento abreviado

El artículo 190 de la Ley Concursal prevé una tramitación del concurso de acreedores por medio de un procedimiento abreviado cuando este no reviste especial dificultad. A estos efectos, se entiende que el concurso no reviste especial complejidad cuando:

1. la lista presentada por el deudor incluye menos de cincuenta acreedores;
2. la estimación inicial del pasivo no supera los cinco millones de euros;
3. la valoración de los bienes y derechos no alcanza los cinco millones de euros.

La Ley Concursal no exige la confluencia simultánea de todos estos requisitos, pero sí la concurrencia de, al menos, uno de ellos⁴¹. No obstante, el apartado tercero del precitado artículo 190 contempla la aplicación necesaria del procedimiento abreviado cuando el deudor, junto con la solicitud de concurso, presente un plan de liquidación que contenga una propuesta escrita vinculante de compra de la unidad productiva en funcionamiento. Lo determinante en este caso es, por tanto, la existencia de tal oferta, sin necesidad de la concurrencia de ninguna de las circunstancias anteriormente descritas. En este supuesto, dispone el artículo 191 ter que el juez abrirá de inmediato la fase de liquidación.

En el auto por el que se apruebe el plan de liquidación podrá acordarse la extinción de los contratos pendientes de cumplimiento por ambas partes, con excepción de aquellos

funcionamiento, volumen de negocio, tamaño de balance, número de empleados, inventario de los activos más relevantes de la empresa, contratos vigentes con terceros, licencias y autorizaciones administrativas vigentes, pasivos de la empresa, procesos judiciales, administrativos, arbitrales o de mediación en los que estuviera incurso y aspectos laborales relevantes.

⁴⁰ SENENT MARTÍNEZ, Santiago, en La venta de la unidad productiva en el concurso a la luz de las últimas reformas, (pp. 95-116), en Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación, nº 26, 2017, p. 115.

⁴¹ Así, el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 8 de Madrid, de 7 de marzo de 2016, manifiesta que *la reforma realizada por la ley 38/2011 ha establecido un nuevo régimen de procedimiento abreviado que no se limita a establecer una reducción de plazos, sino que establece una serie de peculiaridades que lo convierten en un verdadero procedimiento. Para que proceda la aplicación del procedimiento abreviado es preciso que concurra alguna de las situaciones de la norma específica (art. 190 I y 2).*

vinculados a la oferta de transmisión de unidad productiva, que se registrarán por lo dispuesto en los artículos 146 bis y 149 de la Ley Concursal.

El procedimiento abreviado se configura así como una vía rápida para la tramitación del concurso y, en el caso que nos ocupa, de la venta de la unidad productiva. El objetivo primordial que persigue esta modalidad es evitar la desaparición de la actividad que desarrolla la empresa y, consecuentemente, de los puestos de trabajo, lo que podría perjudicar el resultado de la liquidación.

En relación con la oferta de venta que hace referencia el artículo 190.3 de la Ley Concursal, varias son las discusiones que ha suscitado el término “vinculante”, por cuanto la ley no ha delimitado su definición. A este respecto, el Auto del juzgado de lo Mercantil nº 1 de Barcelona, de 17 de marzo de 2016⁴², sostiene que *la oferta vinculante lo es para quien la realiza, pero no para el Juzgado ni para la Administración Concursal, quienes pueden discrepar de su contenido; si bien la discrepancia solo puede prevalecer si se detectan condiciones que resultan excesivamente perjudiciales o potencialmente gravosas para la masa concursal o si se aprecia la existencia de fraude en la aplicación del proceso de enajenación.*

III. LOS EFECTOS DE LA TRANSMISIÓN DE LA UNIDAD PRODUCTIVA: ESPECIAL MENCIÓN AL ARTÍCULO 146 BIS DE LA LEY CONCURSAL

Según se ha puesto de manifiesto en el apartado anterior, el régimen del artículo 146 bis (ubicado en los efectos de la liquidación) se aplica de forma imperativa a la transmisión de la unidad productiva realizada en cualquier fase del procedimiento concursal. En este sentido, cabe recordar que su adhesión a la Ley Concursal (tras las reformas de los años 2014 y 2015), tal y como se ha adelantado, supuso un importante avance en el tratamiento legal de esta figura, que hasta ese momento había sido mayoritariamente jurisprudencial.

El artículo 146 bis, titulado, no en vano, *Especialidades de la transmisión de unidades productivas*, contempla una serie de reglas que única y exclusivamente se aplican cuando la venta se ejecuta en el marco de un procedimiento concursal. Este régimen, que desarrollaremos a continuación, evidencia de manera manifiesta que la intención del legislador y el sentido de la ley están orientados a facilitar y promover la ejecución práctica de esta figura.

3.1. La cesión forzosa de los contratos

El primer apartado del artículo 146 bis de la Ley Concursal dispone como una de las especialidades de la transmisión de la unidad productiva la *cesión forzosa de los derechos y obligaciones derivados de contratos afectos a la continuidad de la actividad*

⁴² Referencia Aranzadi JUR 2016, 72934.

*profesional o empresarial y cuya resolución no hubiera sido solicitada*⁴³. En virtud de esta cesión, el nuevo adquirente de la unidad productiva se subrogará en la posición contractual de la concursada sin necesidad del consentimiento de la parte *in bonis*⁴⁴.

El régimen que plantea el artículo 146 bis, apartado primero, se configura como una de las especialidades más atrayentes que dispone este precepto⁴⁵, pues supone una excepción a las reglas del artículo 1205 del Código Civil, que exige el consentimiento del acreedor cuando se produce una novación en la persona del deudor⁴⁶.

Tal cesión, no obstante, no es absoluta, pues ha de respetar una serie de límites que ya adelanta el propio artículo 146 bis, por lo que habrá de ajustarse a las siguientes restricciones:

- 1) La cesión no comprenderá los contratos no afectos a la actividad empresarial, ni los contratos que, aun afectos, el adquirente hubiere solicitado la resolución, ni los contratos en los que el comprador hubiere expresado su voluntad de no subrogarse.
- 2) La cesión de los contratos administrativos se regirá por su regulación específica, en concreto, por el artículo 226 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.
- 3) La cesión de los contratos de trabajo cuando exista sucesión de empresa deberá atender a lo establecido por el artículo 149.4 de la Ley Concursal y el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores.

En cuanto a la comunicación de dicha cesión a los acreedores implicados en las relaciones contractuales, la Ley Concursal no realiza mención alguna sobre su pertinencia o necesidad. Sin embargo, y a pesar de que la parte *in bonis* no puede oponerse a tal subrogación, existe una corriente doctrinal que impone a la administración concursal el deber de comunicar la existencia de la correspondiente cesión. En este sentido se ha pronunciado, entre otros, el Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Barcelona, en su Auto de 10 de marzo de 2015, al manifestar lo siguiente: *acuerdo la subrogación del adquirente de la unidad productiva en los contratos de renting y de*

⁴³ En este sentido, resulta interesante mencionar que los Juzgados de lo mercantil, con anterioridad a las reformas operadas en los años 2014 y 2015, ya habían anunciado lo que posteriormente se materializó como el artículo 146 bis de la Ley Concursal. A efectos ejemplificativos, el Juzgado de lo mercantil nº 8 de Madrid, en su auto de 20 de diciembre de 2013 (Referencia Aranzadi: JUR 2014, 33514), siguiendo la línea que ya habría esbozado la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona (en su Auto de 6 de febrero de 2012) sostuvo, acertadamente, que la conservación o continuidad de la unidad productiva y de su actividad profesional solo podría entenderse a través de la cesión de las relaciones contractuales de las que era parte la sociedad concursada a favor del nuevo adquirente.

⁴⁴ Del latín, “dueño de sus bienes”.

⁴⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Javier, FERNÁNDEZ DAZA, José María y ÁLVAREZ DE MON, Melchor: *Adquisición de una unidad productiva en la fase de liquidación de un procedimiento concursal*, (pp. 350-372) en QUETGLAS, R. Sebastián (Dir): 2018 Práctica Mercantil para abogados. Edición junio 2018. Ed. Wolters Kluwer, p. 356.

⁴⁶ Esta es la regla general aplicable – salvo excepciones – a la transmisión de los contratos afectos al funcionamiento de un establecimiento mercantil, según recogen MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio y ROJOFERNÁNDEZ-RÍO, Ángel (Dir.) en *Lecciones de Derecho Mercantil, Volumen I*. 17ª ed. Navarra. Thomson Reuters, 2019; p. 101.

*telefonía móvil y foja que figuran en su oferta, al no haber constancia de que los mismos hayan sido resueltos. Con todo, ello no eximirá a la administración concursal de su deber de comunicar a la otra parte contratante, en caso de no estar personada en autos, de dicha subrogación a los efectos oportunos*⁴⁷.

3.1.1 Contratos afectos a la actividad empresarial y contratos “cuya resolución no hubiere sido solicitada”

La Ley dispone que se cederán (forzosamente para la parte *in bonis*) los contratos afectos a la actividad empresarial cuya resolución no hubiere sido solicitada. Tal redacción plantea una serie de cuestiones que la doctrina ha venido tratando de matizar.

En primer lugar, no existe en la Ley Concursal una definición de lo que debe entenderse por “contratos afectos a la continuidad de la actividad empresarial”. Por ello, en caso de duda sobre si un contrato resulta afecto (o no) al ejercicio profesional del concursado, será el Juez del Concurso, al amparo del artículo 56.5, en relación con los artículos 8 y 9 de la Ley Concursal, quien, al delimitar el perímetro de la unidad productiva, decida sobre esta cuestión.

A estos efectos, debe tenerse en cuenta que la literalidad del artículo 146 bis de la Ley Concursal dispone que los contratos han de ser “afectos”, no “necesarios”, por lo que su consideración en el marco de la actividad de una unidad productiva ha de interpretarse en un sentido más amplio que el del artículo 56.5⁴⁸. Debe entenderse, por tanto, que la “afección” que refiere el precitado artículo 146 bis alude a aquellos contratos que sirven y contribuyen a la continuidad de la actividad profesional del concursado⁴⁹. Por ello, deberá ser el juez del concurso quien, atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso y las peculiaridades de cada transmisión, valore la persistencia de dicha afección.

En segundo lugar, se plantea la cuestión del alcance y limitaciones de la expresión “cuya resolución no hubiere sido solicitada”. En relación con esta reflexión, la doctrina más actualizada sostiene que tal resolución no puede ser solicitada por el adquirente, por cuanto este no es parte en la relación contractual, ni tampoco tiene necesidad de hacerlo, pues le basta con negarse a asumir la subrogación. Tampoco podría haberla solicitado el contratante *in bonis*, ya que la propia Ley Concursal excluye de la transmisión de la unidad productiva los efectos resolutorios que una declaración recepticia formulada por la contraparte pudiera surtir. En consecuencia, no pudiendo ser ni uno ni otro quien solicitare la resolución, deberá estarse a lo dispuesto en el texto concursal en lo relacionado con la extinción de los contratos vigentes durante la

⁴⁷ Referencia Aranzadi JUR 2015, 175874.

⁴⁸ BECEIRO CAGIO, Simón. *The acquisition of a Production Unit of Spanish company in insolvency proceeding by a foreign company*, Centro de Estudios GARRIGUES, 2018-2019, pp. 10-11.

⁴⁹ BLANCO GARCÍA-LOMÁS, Leandro. *CAPÍTULO XIII: Cesión de contratos y licencias* (pp. 222-247) en LEÓN SANZ, Francisco, DÍAZ MORENO, Alberto (Dir.) y RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, Sonia, PACHECO CAÑETE, Matilde (Coords.): *Los acuerdos de refinanciación, convenio y reestructuración (las reformas de 2014 y 2015 de la Ley Concursal)*. Aranzadi, 2016, p. 234.

pendencia del concurso. Así, los artículos 60 y siguientes de la Ley Concursal, entre otros:

- 1) Exigen la interposición del correspondiente incidente concursal, al amparo de los artículos 61 y 62, toda vez que rechaza la validez resolutoria de la simple comunicación recepticia.
- 2) Permiten la rehabilitación de los contratos, ya extintos, de adquisición de bienes con precio aplazado, según lo dispuesto en el artículo 69.

Con ello, pretende ponerse de manifiesto que la Ley Concursal ha configurado un régimen más flexible que el preceptuado por el artículo 1.124 del código Civil. Por tanto, si el germen y sentido de las reformas concursales fueron, precisamente, favorecer la enajenación de las unidades productivas, debemos interpretar que tan sólo aquellos contratos que hayan quedado extinguidos de forma definitiva son los que deben excluirse del perímetro de la transmisión⁵⁰.

Se analizan, seguidamente, los contratos de leasing, arrendamientos urbanos, y personalísimos, como cuestiones de interés suscitadas por los efectos de la transmisión de la unidad productiva.

– Contratos de leasing

En relación con los contratos de arrendamiento financiero, o *leasing*, que forman parte de una unidad productiva, debemos manifestar que su inclusión en el perímetro de la compraventa generó no pocas discusiones doctrinales, ya que lo que resulta objeto de transmisión no es el bien en sí mismo, sino el derecho de uso sobre este. Se produce, en este sentido, una enajenación o transmisión de derechos sobre bienes afectos a un crédito con privilegio especial (de conformidad de lo preceptuado por el artículo 90.1.4º), que resultan indispensables para la continuidad de la actividad económica o profesional de la unidad productiva. Es precisamente esta reflexión la que mantiene la Sentencia de 6 de febrero de 2012 de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona⁵¹ que, adelantándose al derecho que estaba por venir, estableció que el consentimiento del acreedor (en la subrogación de los contratos de leasing) se sustituye por una simple audiencia, por lo que su transmisión se configura como una nueva excepción al artículo 1205 del Código Civil. Se trata de una resolución que fue absolutamente novedosa en aquel momento, y que sin duda anunciaba la postura jurisprudencial que los tribunales comenzarían a adoptar poco después.

A este respecto, conviene hacer alusión al acuerdo adoptado por la Junta de Jueces de lo Mercantil y Secretarios Judiciales de Barcelona de 3 de julio de 2014, por el que se acuerda, de forma inequívoca, y siguiendo la estela que ya habría advertido la Audiencia Provincial de Barcelona, incluir dentro del ámbito y contenido de la unidad

⁵⁰ Cuestión analizada por MUÑOZ PAREDES, Alfonso. *Protocolo Concursal*. 2ª ed. Navarra: Thomson Reuters, Aranzadi 2017, pág. 889.

⁵¹ Referencia CENDOJ ROJ 2012, 1787

productiva los contratos de leasing y renting, considerados contratos instrumentalmente necesarios para la continuidad de la actividad profesional y/o económica⁵². En consecuencia, los contratos de arrendamiento financiero también se beneficiarán del régimen previsto por el artículo 146 bis, en lo relativo a la validez de la cesión de los mismos de forma automática y voluntaria para el nuevo adquirente, pero forzosa para el acreedor *in bonis*.

– Contratos de arrendamiento vinculados a la Ley de Arrendamientos Urbanos

La cesión forzosa de los contratos al amparo del artículo 146 bis de la Ley Concursal incluye también la subrogación automática del nuevo adquirente en los contratos de arrendamiento vigentes al momento de la transmisión, siendo este un derecho inherente y por tanto inextinguible al contratante cedido. Sin embargo, las consecuencias de esta cesión han planteado ciertas cuestiones que no podemos dejar de poner de manifiesto en el presente trabajo.

En este sentido, cabe plantearse si, al amparo del artículo 32.2 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, el arrendador al que se le impone la cesión del contrato de arrendamiento de la finca en la que se explota una actividad profesional, tiene derecho a la elevación de la renta vigente hasta en un 20 por ciento⁵³. Tal previsión, configurada como una suerte de “compensación” hacia el arrendador que se ve obligado a aceptar la cesión forzosa, ha sido tratada de forma heterogénea por la Jurisprudencia.

Por un lado, se han dado resoluciones, como el Auto de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Lérida, de 16 de marzo de 2012⁵⁴, que consideran tal elevación de la renta como un desincentivo hacia los potenciales compradores de la unidad productiva, lo que podría derivar en un verdadero obstáculo para lograr su enajenación. Otras, como el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 8 de Madrid, de 20 de diciembre de 2013, reconocen la efectividad y validez de la previsión del artículo 32.2 LAU, entendiendo que su realización no afecta a la vigencia del contrato de arrendamiento. Es precisamente esta última argumentación la que, en aras de garantizar una mayor seguridad jurídica, debe permanecer. El artículo 146 bis, si bien impone ciertos beneficios para el nuevo adquirente en relación con los contratos vinculados a la unidad productiva, no prevé la expropiación de los derechos del arrendador; por tanto, siendo la elevación de la renta una facultad reconocida por la LAU en los supuestos de cesión

⁵² En este línea se han pronunciado distintas resoluciones, entre otras, el Auto de 20 de febrero de 2014 del Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Barcelona (JUR 2015, 176446), y el Auto de 19 de julio de 2013 del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Valencia (JUR 2014, 114961).

⁵³ Así, el artículo 32 LAU prevé la validez de la cesión aún sin el consentimiento del arrendador, que habrá de notificarse en el plazo de un mes desde que esta se hubiera acordado, pero la parte *in bonis* tendrá derecho a elevar la renta un 10% en caso de cesión parcial, y un 20% en caso de cesión total.

⁵⁴ Referencia Aranzadi JUR 2012, 240712.

inconsentida de la finca o el contrato (y no existiendo disposición legal en contrario), no debería haber inconveniente en reconocer la efectividad de tal derecho⁵⁵.

Una segunda cuestión que plantea la cesión forzosa del contrato de arrendamiento es sobre si la fianza entregada por el arrendatario concursado debe devolverse al deudor. Tal y como está planteado el artículo 146 bis de la Ley Concursal, parece que la respuesta a tal cuestión ha de ser negativa. A falta de pacto expreso entre las partes, debe entenderse que la subrogación del adquirente es absoluta, lo que incluye no solamente la vinculación contractual, sino también todos los derechos y obligaciones derivados de su cesión. Esta teoría es la que mejor parece encajar, a su vez, con los presupuestos básicos del Derecho Civil, de manera que si se trata de garantías constituidas por el cedente, *debe entenderse que tales garantías subsisten, a menos que el contratante cedido consienta su extinción o liberación*⁵⁶.

– Contratos personalísimos

Mención aparte merecen aquellos contratos en los que han sido determinantes, para su perfección, las cualidades y características personales de la parte insolvente. En relación con este supuesto, se han planteado dudas sobre si la cesión forzosa de los contratos debe aplicarse o no. Teniendo en cuenta el sentido de la Ley Concursal en general y del artículo 146 bis en particular, en principio no tendría sentido que los contratos personalísimos no participaran de este régimen. Esta misma conclusión fue la alcanzada en la Reunión de Magistrados de lo Mercantil de Madrid de los días 7 y 21 de noviembre de 2014 para la unificación de criterios de aplicación de las reformas de la Ley Concursal operadas por el Real Decreto Ley 11/2014 y la Ley 7/2014. Respecto de los contratos *intuitu personae*⁵⁷, la junta de magistrados sostiene que debe hacerse una distinción en función de la exigencia del carácter personalísimo de la prestación, de tal forma que las consecuencias no son las mismas si dicha previsión deriva del contrato o de la ley. En este sentido, sostiene que, cuando sea el régimen legal del negocio jurídico el que establezca unas cualidades personales, la parte *in bonis* deberá asumir la cesión forzosa del contrato, sin perjuicio de las acciones civiles que pudiera interponer con posterioridad. Si, por el contrario, la condición de la parte insolvente es absolutamente necesaria para el desarrollo del negocio jurídico contratado (como podría ser, por ejemplo, la prestación de servicios concretos que requieren una absoluta especialización), la reunión de magistrados prevé una valoración del caso de manera individualizada, pudiendo llegar a acordarse la dispensa sobre tal subrogación.

⁵⁵ En este mismo sentido se ha pronunciado también MUÑOZ PAREDES, Alfonso, en *Protocolo Concursal*. 2ª ed. Navarra: Thomson Reuters, Aranzadi 2017, pág. 896; quien reflexiona sobre el poder del que disponen los Tribunales a la hora de interpretar las leyes. Sostiene que, aun entendiendo y compartiendo (en parte) el razonamiento del Auto de la Audiencia Provincial de Lérida previamente referenciado, lo cierto es que corresponde al legislador, y no al juez o magistrado, la expropiación de los derechos y facultades que obstaculizan de alguna manera la transmisión de la unidad productiva.

⁵⁶ Díez Pícazo, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Vol. II: las relaciones obligatorias*. 6ª ed. Madrid, 2008. Ed. Civitas, p. 883.

⁵⁷ Del latín, “en función o atención de la persona”.

3.1.2. Régimen de licencias, autorizaciones y contratos administrativos.

El apartado segundo del artículo 146 bis dispone 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*. En el caso de la cesión de los contratos administrativos, habrá de estarse a lo dispuesto por el apartado primero del precitado artículo 146 bis, que remite a la legislación específica en la materia, en concreto, al artículo 226 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. A este respecto, conviene manifestar que dicha Ley fue derogada por la actual Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por lo que la redacción del anterior artículo 226 fue sustituida por el nuevo artículo 214.

En atención a lo expuesto, la Ley Concursal prevé dos regímenes distintos y diferenciados para la cesión de los contratos y de las licencias o autorizaciones.

Así, para los contratos administrativos, el artículo 214 de la Ley de Contratos del Sector Público exige que la cesión no suponga una restricción efectiva de la competencia del mercado, o que la transmisión no suponga una alteración sustancial de las características del contratista cuyas cualidades técnicas o personales (del cedente) no hayan sido razón determinante de la adjudicación del contrato. En esta misma línea, el apartado segundo del artículo 214 LCSP exige, para la cesión de los contratos, la concurrencia de, como mínimo, las siguientes circunstancias:

- 1) Que el órgano de contratación autorice, de forma previa y expresa, la cesión, siempre que se cumplan los siguientes requisitos.
- 2) Que el cedente tenga ejecutado al menos un 20 por 100 del importe del contrato o, cuando se trate de un contrato de concesión de obras o concesión de servicios, que haya efectuado su explotación durante al menos una quinta parte del plazo de duración del contrato. No obstante, tal previsión no se aplicará si la cesión se produce encontrándose el contratista en concurso de acreedores⁵⁸.
- 3) Que el cesionario tenga capacidad para contratar con la Administración y la solvencia que resulte exigible en función de la fase de ejecución del contrato, debiendo estar debidamente clasificado si tal requisito ha sido exigido al cedente
- 4) Que el cesionario no se halle incurso en una prohibición de contratar.
- 5) Que la cesión se formalice, entre el adjudicatario y el cesionario, en escritura pública.

Por tanto, una vez verificado que el nuevo adquirente cumple con los requisitos del artículo 146 bis de la Ley Concursal y 214 del LCSP, la doctrina mayoritaria entiende que se está ante un criterio de apreciación reglada y, por ende, la Administración no podrá oponerse a la correspondiente subrogación.

⁵⁸ A estos efectos, véase el apartado 2, letra b, del artículo 214 LCSP.

En relación con la competencia del juez del concurso para la resolución de cuestiones suscitadas en torno a la cesión de los contratos administrativos que exigen determinadas cualidades en el contratante, la jurisprudencia mantiene dos criterios diferenciados en función de las circunstancias de tal cesión. Así, según el Auto de 21 de diciembre de 2016 del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid⁵⁹, existen dos realidades que han de entenderse separadamente. Por un lado, si el adquirente cumple (a criterio del juez del concurso) con los correspondientes requisitos al tiempo de la transmisión, la Administración deberá limitarse a ejecutar lo acordado (sin perjuicio de su facultad para resolver el contrato administrativo por alguna de las causas contempladas en la regulación específica). No obstante, si el adjudicatario no reúne los requisitos exigidos, el juez del concurso no podrá autorizar dicha transmisión por imposición del artículo 226 TRLCSP (ahora 214 LCSP)⁶⁰.

En lo relativo a las licencias y autorizaciones administrativas, el régimen que prevé la Ley Concursal es el de cesión automática siempre que la actividad profesional se lleve a cabo en las mismas instalaciones que resulten objeto de venta. Tal previsión resulta absolutamente lógica, pues el desarrollo de una actividad empresarial en otro establecimiento precisará de una nueva autorización o licencia administrativa. Por tanto, siempre que el desarrollo de la actividad profesional se lleve a cabo en el mismo local, y su resolución no hubiere sido solicitada por el nuevo adquirente, la cesión de las licencias y autorizaciones será automática, sin que pueda la Administración oponerse a tal subrogación.

3.1.3. Contratos de trabajo

El artículo 146 bis, apartado tercero, de la Ley Concursal, establece que para la cesión de los contratos de trabajo, resulta de aplicación imperativa el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores en los supuestos de sucesión de empresa. En su virtud, el comprador quedará subrogado en todos los contratos laborales vigentes en la unidad productiva al momento de la transmisión. No obstante, debido al tratamiento complejo y especializado de este régimen, este problema se desarrollará separadamente en el apartado cuarto del presente trabajo.

3.2. El principio general de la no asunción de las deudas del concursado y sus excepciones

3.2.1. La regla general de no asunción de las deudas del concursado

Una de las especialidades más atractivas que prevé la Ley Concursal para incentivar la venta de la unidad productiva es el principio general de no asunción (por parte del nuevo adquirente) de las deudas del concursado. Así lo dispone el apartado cuarto del artículo 146 bis, al establecer que *la transmisión no llevará aparejada obligación de*

⁵⁹ Referencia Aranzadi JUR 2017, 39385.

⁶⁰ En este sentido, y a meros efectos ejemplificativos, véase también el Auto de 5 de marzo de 2015 del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid (JUR 2015, 86083).

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. Dicha exoneración tampoco se aplicará cuando los adquirentes de las unidades productivas sean personas especialmente relacionadas con el concursado.

La no transmisión de los créditos no satisfechos por el concursado a los nuevos adquirentes responde, como bien se ha manifestado, al deseo del legislador de estimular la venta de la unidad productiva en el marco de un concurso de acreedores. Así lo expresa de forma clara y rotunda el precitado artículo 146 bis. Por su parte, el apartado 5 del artículo 149 dispone que, salvo las excepciones del artículo 90, en *el auto de aprobación del remate o de la transmisión de los bienes o derechos realizados (...) el juez acordará la cancelación de todas las cargas anteriores al concurso constituidas a favor de créditos concursales*. En virtud de ambos preceptos, la doctrina ha planteado la transmisión de la unidad productiva como una operación en la que, exceptuando ciertos supuestos contemplados por la Ley, sólo se transfieren activos, no pasivos⁶¹.

3.2.2. Las excepciones a la regla general

Como bien adelantaba la redacción del artículo 146 bis de la Ley Concursal, el principio general de exoneración de las deudas del concursado no es absoluto, sino que se encuentra limitado por tres excepciones.

En primer lugar, los beneficios del descargo de la deuda concursal no operarán si el adquirente hubiere manifestado expresamente su voluntad de subrogarse. No es el caso más común, pero puede darse en el marco de una negociación si el nuevo comprador pretende una rebaja del precio a cambio de la asunción de determinadas deudas. Es a raíz de esta negociación en la que surgen dos cuestiones no exentas de debate.

Por un lado, se plantea si el nuevo adquirente requerirá el consentimiento de los acreedores involucrados en las correspondientes deudas. Parte de la doctrina sostiene que sí, pues no existe una disposición en la Ley Concursal que prevea, para este caso en concreto, una excepción al artículo 1.205 CC. Otra corriente doctrinal sostiene que existe una contradicción entre dos normas jurídicas (la especialidad del artículo 146 bis de la Ley Concursal frente a la generalidad del artículo 1.205 CC), por lo que habrá que preferir la aplicación de la norma especial⁶². Es esta segunda línea la que parece prevalecer a efectos prácticos.

⁶¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Javier, FERNÁNDEZ DAZA, José María y ÁLVAREZ DE MON, Melchor: *Adquisición de una unidad productiva en la fase de liquidación de un procedimiento concursal*, (pp. 350-372) en QUETGLAS, R. Sebastián (Dir): 2018 *Práctica Mercantil para abogados*. Edición junio 2018. Ed. Wolters Kluwer, p. 358.

⁶² Esta es la postura mantenida por QUETGLAS, R. Sebastián (Dir), en *Manual de fusiones y adquisiciones de empresas*. 2ª ed. Madrid: Wolters Kluwer España, 2018, p. 659, al manifestar que si *el adquirente no viene obligado a pagar los créditos no satisfechos por el concursado, la voluntad del acreedor se (me) antoja irrelevante en el caso de que el concursado acceda a asumir la deuda del deudor*

Por otro lado, en relación con la proporción de deuda que el adquirente debe asumir (en caso de así haberlo manifestado), la Ley Concursal no establece si tal subrogación ha de ser total o puede ser parcial. No obstante, atendiendo a los presupuestos del espíritu normativo del concurso de acreedores, podemos entender que, teóricamente, no existe una prohibición expresa para la asunción parcial de la deuda, pero, en el caso de que se llevara a cabo, sí habrían de respetarse las reglas del *par conditio creditorum*.

En segundo lugar, tampoco quedarán exonerados de la deuda los adquirentes que sean personas especialmente relacionadas con el concursado, al amparo de lo dispuesto en el artículo 93 de la Ley Concursal. Tal excepción se basa en la voluntad del legislador de evitar un trato de favor a personas con acceso a una mayor aproximación y/o conocimiento de la situación económica del deudor, así como prevenir el fraude de venta a un precio menor del que realmente correspondería.

En tercer lugar, la liberación de la deuda prevista por el artículo 146 bis de la Ley Concursal no operará cuando exista disposición legal en contrario. El supuesto más relevante es el relativo al apartado cuarto del artículo 149 (al que remite directamente), en los supuestos en los que exista sucesión de empresa. Esta cuestión, debido a su complejidad, será tratada, en el mismo sentido que los contratos de trabajo, en el apartado cuarto del presente estudio.

3.2.3. Deudas tributarias

Especial consideración merece el tratamiento de las obligaciones fiscales derivadas de la transmisión de la unidad productiva. En este sentido, adquiere particular importancia la suerte que han de correr las deudas tributarias derivadas de la actividad económica del concursado. De acuerdo con la normativa fiscal, se impondrán los mismos criterios que el artículo 146 bis establece para la no asunción de los créditos no satisfechos por el deudor. Por tanto, teniendo en cuenta la normativa aplicable, la exoneración anteriormente descrita también se cumple con respecto a las obligaciones tributarias. Así, la Ley General Tributaria, en su artículo 42, impone la responsabilidad solidaria de las deudas tributarias derivadas de la actividad profesional tanto a la persona del comprador como del vendedor, excepto si la transmisión se lleva a cabo en el marco de un procedimiento concursal (apartado primero, letra c). En consecuencia, el nuevo adquirente no deberá soportar, salvo que así lo asuma, las deudas derivadas de las obligaciones tributarias no satisfechas por el concursado al tiempo de la transmisión.

3.2.4. Deudas con la comunidad de propietarios

Finalmente, y con el objetivo de cerrar el presente apartado, resta por mencionar el destino y la carga que supone la deuda por impago de las cuotas de una comunidad de

insolvente (...), sobre todo porque le da al acreedor un trato más beneficioso (aun cuando sea contra su voluntad).

propietarios. Según MUÑOZ PAREDES, de la Ley de Propiedad Horizontal nacen dos relaciones distintas: *la existente entre la comunidad y el deudor, que da lugar a una preferencia del crédito del artículo 1923 CC, extraña al concurso de acreedores, en que solo se reconoce como un mero crédito ordinario; y la existente entre la comunidad y el adquirente del inmueble del deudor, que da lugar a la afcción real, cuyo nacimiento surge por existir cuotas pendientes de abono al momento de la transmisión*⁶³. Se trata de una afcción real que impone al comprador o nuevo adquirente, al amparo del artículo 9.1.e LPH, la obligación de asumir y satisfacer la deuda con la comunidad de propietarios si pretende adquirir el inmueble libre de cargas.

3.3. Régimen fiscal aplicable a la transmisión de la unidad productiva

3.3.1. Aproximación general

La tributación de la venta de una unidad productiva en concurso deberá basarse en una adecuada planificación fiscal previa que favorezca a las partes involucradas de acuerdo con las circunstancias de cada una de ellas. Desde un punto de vista contable, esta operación está considerada como una “combinación de negocio”, cuya regulación proviene de lo establecido por la Norma de Registro y Valoración nº 19 del Plan General de Contabilidad, y que se define como aquella operación en la que una empresa adquiere el control sobre uno o varios negocios. Entre las combinaciones de negocio que prevé la citada normativa, se encuentran la fusión, la adquisición⁶⁴, u otras operaciones por las que una empresa adquiera el control de otra sin realizar una inversión.

El supuesto que nos ocupa, teniendo en cuenta el concepto y definición que describen una unidad productiva, se enmarca en el ámbito de la “adquisición”, por lo que la NRV 19 aplica un sistema contable en virtud del cual *los activos y pasivos objeto de transacción, con independencia del valor por el que se hubieran adquirido en sede concursal y con autorización judicial, se valorarán conforme a su valor razonable a la fecha de adquisición, a los efectos de integrarse en la contabilidad del adquirente*⁶⁵. En este sentido, el apartado segundo de la precitada NRV 19 establece una serie de pasos que han de seguir las empresas que siguen el método de adquisición, y que se concretan en:

- 1) Identificar la empresa adquirente: tendrá la consideración de empresa adquirente aquella que obtiene el control sobre el negocio transmitido. Además, para su identificación, deberá atenderse a la realidad económica y no solo a la forma jurídica de la combinación de negocio.

⁶³ MUÑOZ PAREDES, Alfonso, en *Protocolo Concursal*. 2ª ed. Navarra: Thomson Reuters, Aranzadi 2017, pág. 882.

⁶⁴ En este sentido, dispone el Plan General de Contabilidad que la adquisición puede realizarse por dos vías diferentes, bien de los elementos patrimoniales de una empresa o parte que constituya uno o más negocios, bien de las acciones o participaciones del capital.

⁶⁵ Explicación detallada por CALDERÓN PARTIER, Carmen, en *La Fiscalidad de la venta productiva en sede concursal*. Artículo publicado en *Crónica Tributaria* (pp.7-35), nº 169/2018, p. 23.

- 2) Determinar la fecha de adquisición: la fecha de adquisición es aquella en la que la empresa adquirente toma el control del negocio o negocios adquiridos, sin perjuicio del mantenimiento de las obligaciones registrales de la empresa adquirida hasta su inscripción en el Registro Mercantil, según dispone el artículo 28.2 del Código de Comercio. Así, con la fecha de inscripción (no de adquisición), la sociedad adquirente reconocerá con efectos retroactivos las operaciones realizadas entre ambas fechas con el fin de que la empresa transmitida pueda darlas de baja en su libro diario.
- 3) Cuantificar el coste de la combinación de negocio: el coste de la combinación de negocios reflejará:
 - a. Los valores razonables⁶⁶, en la fecha de adquisición de los activos entregados. A efectos del PGC, se entienden por activos aquellos bienes, derechos y demás recursos controlados económicamente por la empresa y de los que se espera obtener beneficios o rendimientos futuros.
 - b. Los pasivos asumidos, entendidos estos como obligaciones actuales surgidas de sucesos pasados, para cuya extinción la empresa espera desprenderse de recursos que puedan producir beneficios o rendimientos futuros.
 - c. Los instrumentos de patrimonio emitidos por la adquirente. Debe entenderse por instrumentos de patrimonio aquel negocio jurídico que refleje una participación en los activos de la empresa, que emite una vez deducidos todos sus pasivos.
 - d. Los gastos asociados a la combinación de negocios. Por ejemplo, aquellos asesores legales y contables que presten sus servicios en la operación de compraventa se contabilizarán como un gasto en la cuenta de pérdidas y ganancias.
- 4) Reconocer y valorar los activos adquiridos y los pasivos asumidos: En la fecha de la adquisición, los activos adquiridos y los pasivos asumidos se reconocerán y valorarán aplicando los criterios establecidos en el apartado 2.4 de la NRV 19⁶⁷. Lo anterior, sin perjuicio de las excepciones previstas y enumeradas en dicho precepto, de entre las que caben destacar los activos mantenidos para la venta, los activos y pasivos relativos a las retribuciones del personal, el reconocimiento de contingencias, etc.
- 5) Determinar el importe del fondo de comercio o de la diferencia negativa: Finalmente, la diferencia entre el valor razonable de los activos y pasivos transmitidos y el coste de adquisición en el concurso *se registrará como fondo*

⁶⁶ En virtud del PGC, el valor razonable es aquel por el que un activo puede ser vendido o liquidado, tomando como referencia el valor de mercado. En el caso de aquellos elementos que no tienen un mercado activo, se aplicarán las llamadas “técnicas de valoración”, consistentes en aquellas metodologías aceptadas y utilizadas en el mercado para la fijación de precios. Finalmente, cuando no pueda determinarse el valor razonable de un bien teniendo en cuenta el valor de mercado o las técnicas de valoración, se aplicará el coste amortizado, su precio de adquisición o su coste de producción.

⁶⁷ En este sentido, debemos señalar que el PGC prevé una serie de definiciones asociadas a cada concepto contable, que transcribimos en las anteriores citas a pie de página. De esta manera, puede objetivarse cada uno de los conceptos que integrarán la combinación de negocio, con el objetivo de maximizar en lo posible la transparencia fiscal en la compraventa.

*de comercio o como un ingreso en la cuenta de Pérdidas y Ganancias del ejercicio, dependiendo de si el valor de adquisición es superior o inferior al valor razonable, respectivamente.*⁶⁸

3.3.2. Impuestos de carácter directo

En atención al plan contable expuesto previamente, el adquirente integrará en la cuenta de Pérdidas y Ganancias el ingreso generado por la diferencia del precio de los activos y pasivos efectivamente adquiridos y su posterior registro a valor razonable, que tributará en su integridad en sede del IS, al no existir ninguna regla especial que permita efectuar un ajuste extra contable⁶⁹.

En relación con el régimen de tributación del transmitente, debemos diferenciar si se trata de una persona física o de una persona jurídica. Si bien en el presente trabajo se ha hecho referencia casi en exclusiva a las personas jurídicas (por ser el caso más habitual en la práctica), es importante tener en cuenta que si el transmitente es persona física, la venta de la unidad productiva tributará en sede del IRPF. En este caso, la alteración patrimonial producida por la venta de la unidad productiva tributará como ganancia o pérdida patrimonial. En este caso, la base imponible será la diferencia entre el precio de adquisición y el precio de transmisión de la unidad productiva en cuestión. Si la diferencia entre ambos valores es positiva, el deudor tributará al 19% los primeros 6.000.-€, y al 21% o 23% lo que exceda de tal cantidad. Si, por el contrario, resulta negativa, se compensará con los saldos positivos de ganancias del capital mobiliario que se produzcan en los cuatro años posteriores a la operación, según dispone el artículo 49 de la Ley del Impuesto sobre Personas Físicas (LIRPF).

En el caso (más habitual) de que el transmitente sea una persona jurídica, la enajenación de la unidad productiva generará una renta que tributará por el IS, y cuya base imponible partirá del resultado contable, constituido este por la diferencia entre el precio recibido y el valor contable⁷⁰ de la unidad transmitida. A estos efectos, ha de tenerse en cuenta que el referido resultado contable debe ser corregido mediante ajustes extra contables (cuando, por ejemplo, se hubieren adquirido activos no amortizables a título gratuito) de conformidad con lo dispuesto en la normativa tributaria.

Por otro lado, e independientemente de que el deudor sea persona física o jurídica, cuando la transmisión se realice a través de aportaciones no dinerarias (activos, ramas de actividad, etc.) el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades prevé

⁶⁸ Conclusión alcanzada por CALDERÓN PARTIER, Carmen, en *La Fiscalidad de la venta productiva en sede concursal*. Artículo publicado en *Crónica Tributaria* (pp.7-35), nº 169/2018, p. 25; así como por el ICAC en la Consulta 2ª del BOICAC 88, publicado el 1 de diciembre de 2011.

⁶⁹ Según dispone la consulta vinculante V-2009-2012, emitida por la Dirección General de Tributos en fecha de 19 de octubre de 2012.

⁷⁰ El valor contable, según el PGC, es el importe neto por el que un activo se encuentra registrado en el balance una vez deducida su amortización acumulada, así como cualquier otra corrección valorativa por deterioro acumulado que se hubiera registrado. En el caso de los pasivos, su valor contable será el registrado en el balance.

un régimen específico que el sujeto pasivo puede elegir de forma libre⁷¹. La principal característica de tal régimen es la neutralidad fiscal, toda vez que su aplicación supone un diferimiento de la tributación de las rentas derivadas de la operación. El objetivo es que la fiscalidad no condicione la adopción de decisiones de reestructuración empresarial. En este supuesto, el diferimiento en la tributación se produce hasta que se realice una posterior transmisión de los elementos.

Finalmente, en aquellos casos en los que la transmisión de la unidad productiva incluya bienes inmuebles de naturaleza urbana, se devengará el Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, comúnmente conocido como “plusvalía municipal”. Este impuesto, exigido por el Ayuntamiento y de carácter, por tanto, local, deberá ser asumido por el transmitente o deudor concursado, quien adquiere, a estos efectos, la condición de sujeto pasivo⁷². Lo mismo sucede con el IBI, de naturaleza también local.

3.3.3. Impuestos de carácter indirecto

En relación con la imposición indirecta que genera la transmisión de la unidad productiva, debemos señalar que los dos impuestos más relevantes que nacen tras una operación de negocio combinado son el Impuesto sobre el Valor Añadido, por un lado, y el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, por el otro.

En primer lugar, debemos señalar que la enajenación de una unidad productiva, entendiéndose esta como un conjunto de elementos corporales e incorporeales que, formando parte del patrimonio empresarial del sujeto pasivo, puedan constituir una unidad económica autónoma en el transmitente capaz de desarrollar una actividad profesional por sus propios medios, se configura, en virtud del artículo 7.1º de la Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido, como una operación no sujeta a dicho tributo. A estos efectos, resultará irrelevante que el adquirente desarrolle la misma actividad que venía realizando el deudor, sino que le basta con acreditar su intención de mantener los activos adquiridos afectos a una actividad económica. En este sentido, conviene señalar que la evolución jurisprudencial de este régimen ha permitido clarificar que no es necesaria la transferencia total del patrimonio del deudor para poder aplicar la regla de la no sujeción al tributo, siendo suficiente, por tanto, que los elementos transmitidos puedan, por ellos mismos, desarrollar una actividad profesional⁷³.

No obstante lo anterior, quedarán excluidos del régimen de la no sujeción:

⁷¹ Se trata del régimen de fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores regulado en los artículos 83 a 96 del TRLIS.

⁷² A este respecto, ha de señalarse que el Tribunal Constitucional ha determinado la inconstitucionalidad y, por ende, nulidad de la imposición, en aquellos casos en los que se someten a tributaciones la inexistencia de incrementos de valor.

⁷³ Esta conclusión fue la alcanzada, entre otras, por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Quinta, Asunto C-497/01, de 27 de noviembre de 2003, relativo al caso Zita Modes. Referencia LA LEY 10953/2004.

- 1) La mera cesión de bienes y derechos sin una estructura organizativa que no permita la configuración de factores materiales, de producción y humanos, y consecuentemente, impida la constitución de una unidad económica autónoma.
- 2) Las realizadas por quienes tengan la consideración de empresario o profesional a los efectos del artículo 5.1.c LIVA (esto es, arrendadores), cuando la transmisión tenga por objeto la cesión de bienes.
- 3) Las realizadas por quienes tengan la consideración de empresario o profesional a los efectos del artículo 5.1.d LIVA (esto es, quienes vayan a efectuar la urbanización de terrenos o la construcción o rehabilitación de edificaciones).

En segundo lugar, en los casos en los que como consecuencia de la compraventa de una unidad productiva se enajenen también bienes inmuebles, la transmisión de estos tributará por el ITP y AJD en la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 7.5 de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. Al tratarse de un impuesto sobre el cual las comunidades autónomas tienen competencias delegadas, el tipo de gravamen aplicable sobre el valor real del inmueble (con independencia de su valor contable) será el que determine cada Comunidad⁷⁴. En el caso de Galicia, el tipo actual aplicable a las transmisiones onerosas de bienes inmuebles es del 10 por ciento. El sujeto pasivo y, por tanto, el obligado a soportar dicha carga será el transmitente, quedando el adquirente, por tanto, exonerado⁷⁵.

IV. LA VENTA DE LA UNIDAD PRODUCTIVA Y LA SUCESIÓN DE EMPRESA A EFECTOS LABORALES Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Una de las especialidades más relevantes de la transmisión de la unidad productiva en el concurso de acreedores es la subrogación del adquirente en aquellas obligaciones que este voluntariamente escoge. Ello deriva en una facultad optativa por la que el cesionario puede, de manera libre, elegir qué contratos o deudas asumir, y cuáles no. Se trata de la premisa básica del régimen de esta institución, que el legislador ha previsto especialmente con el fin de incentivar a potenciales compradores a adquirir la meritada unidad productiva. Sin embargo, según se manifestó previamente, este sistema de liberación de cargas no es absoluto, sino que atiende a una serie de límites que el nuevo adquirente debe, necesariamente, obedecer.

Es en este escenario en el que la sucesión de empresa a efectos laborales y de la Seguridad Social se impone como uno de los límites más importantes a esta libertad optativa del comprador. Así lo establecen los artículos 146 bis y 149.4 de la Ley Concursal en relación con los contratos de trabajo y las deudas sociales. En su virtud, el

⁷⁴ A falta de tipo autonómico, se aplicará de forma subsidiaria el estatal.

⁷⁵ CALDERÓN PARTIER, Carmen, en *La Fiscalidad de la venta productiva en sede concursal*. Artículo publicado en *Crónica Tributaria* (pp.7-35), nº 169/2018, p. 31.

nuevo adquirente deberá respetar un sistema reglado propio y separado del resto de efectos surtidos por la transmisión de la unidad productiva.

Los efectos de este régimen han supuesto una de las más trascendentes discusiones jurídicas que ha generado en la práctica la venta de la unidad productiva. Es precisamente esta complejidad la que justifica que esta excepción prevista por la Ley Concursal se desarrolle de manera separada en el presente trabajo, y no como un límite más a la voluntad del comprador. Con ello, pretende analizarse profunda y extensamente el complicado entramado que supone la conjugación, en una misma operación, de la normativa concursal y laboral⁷⁶, así como el rico debate jurisprudencial que su interpretación ha propiciado tanto a nivel material como procesal.

4.1. Determinación y alcance de la sucesión de empresa a efectos laborales y de la Seguridad Social

Con el fin de proceder a desarrollar el complejo régimen social vinculado a la enajenación de la unidad productiva, ha de conocerse, en primer lugar, en qué supuestos se entiende que existe sucesión de empresa a efectos laborales y de la Seguridad Social. Para ello, ha de estarse a lo dispuesto en los artículos 149.4 de la Ley Concursal y 44 del Estatuto de los Trabajadores, cuyo contenido establece una primera aproximación a la definición de este fenómeno, así como a las reglas básicas de su existencia.

En este sentido, dispone el artículo 149.4 de la Ley Concursal que, cuando, como consecuencia de la enajenación de una unidad productiva, *una entidad económica mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesoria, se considerará, a los efectos laborales y de Seguridad Social, que existe sucesión de empresa.*

Esta primera previsión, de contenido más bien insuficiente, ha de completarse, por imperativo expreso de la propia Ley Concursal, con la definición establecida por el artículo 44 ET. En el mismo se dispone: *1. 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. 2. A los efectos de lo previsto en este artículo, se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria.*

⁷⁶ ALTÉS TÁRREGA, Juan Antonio. *La sucesión de empresa en la fase de liquidación concursal: divergencias interpretativas y la necesaria unificación de criterios*. Artículo doctrinal publicado en Derecho de las relaciones laborales, nº 2018010 (pp. 1096 – 1101), de 1 de noviembre de 2018, p. 1099.

La interpretación conjunta de ambos preceptos ha de realizarse, asimismo, al amparo de normas comunitarias como la Directiva 2001/23 CE, de 12 de marzo de 2001, *relativa al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en casos de traspaso de empresas, centros de actividad o de partes de empresas o de centro de trabajo*, cuya integración ha permitido a los tribunales extraer e interpretar los requisitos propios del fenómeno de la sucesión de empresa a efectos laborales y de la Seguridad Social.

Es con base en esta unificación normativa que los tribunales han perfilado un régimen objetivo que posibilita apreciar en qué supuestos debe aplicarse el sistema del artículo 44 ET, y en cuáles no. A tal fin, han de tomarse como referencia algunas de las resoluciones más importantes en la materia, entre las que cabe destacar las Sentencias de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2018⁷⁷, 26 de abril de 2018⁷⁸, 12 de septiembre de 2018⁷⁹ y 27 de noviembre de 2018⁸⁰, que sientan doctrina en lo que a sucesión empresarial se refiere. Es, en virtud de estas resoluciones, por lo que procedemos a enunciar los requisitos necesarios que deben concurrir para apreciar debidamente la existencia del fenómeno de sucesión de empresa a efectos laborales y de la Seguridad Social:

– Autonomía funcional

En primer lugar, la unidad productiva en cuestión debe estar dotada de una autonomía organizativa que le permita la continuidad de la actividad económica, independientemente de que esta total o parcial, principal o accesorio. A estos efectos, debe entenderse que tanto el establecimiento principal como sus sucursales o delegaciones quedan incluidas bajo este régimen de aplicación. Esta autonomía funcional es precisamente el rasgo más relevante que caracteriza la institución de la unidad productiva, por lo que en el supuesto de que tal requisito no concorra en la operación de compraventa, no estaremos ante una verdadera transmisión de una unidad productiva.

– Cambio de titularidad

El segundo de los requisitos establecidos por la jurisprudencia exige un cambio de titularidad que ha de producirse con posterioridad a la transmisión. En este sentido, resulta indiferente la fórmula jurídica acogida por las partes para perfeccionar la venta de la unidad productiva. La voluntad del legislador con respecto al carácter formal o procesal que revista la transmisión es poder abarcar la multiplicidad de formas por la que puede ejecutarse tal operación⁸¹. En el caso enjuiciado por las precitadas Sentencias

⁷⁷ Referencia LA LEY 10155/2018

⁷⁸ Referencia LA LEY 45616/2018

⁷⁹ Referencia LA LEY 131357/2018

⁸⁰ Referencia LA LEY 181757/2018

⁸¹ RUBIO VICENTE, J. Pedro. *Sucesión de empresa en la enajenación de unidades productivas en concurso: A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sección 1ª, núm. 981/2018, de 27 de noviembre de 2018* (pp. 205-240), e en *Revista de Derecho Concursal y*

del Tribunal Supremo, la forma de transmisión de la unidad productiva es un auto de adjudicación dictado por el juez del concurso con motivo de la apertura de la fase de liquidación⁸².

– Identidad

El tercer y último requisito exigido por la Jurisprudencia para la declaración del fenómeno de la sucesión de empresa es que la unidad económica transmitida mantenga su identidad, entendida esta como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, principal o accesoria. De esta manera, no es necesario que el negocio objeto de enajenación realice la misma actividad profesional que su predecesora, sino que basta con ejercer una actividad, al menos, análoga, por la que se pueda entender que subsiste la autonomía funcional y organizativa que exigía el primer requisito.

En conclusión, si bien cada caso de venta de negocio ha de analizarse de manera separada e independiente respecto de otros supuestos de similar apariencia, la regla general en la práctica jurídica es que la transmisión de la unidad productiva conllevará, necesariamente, la declaración de la existencia de un supuesto de sucesión de empresa a efectos laborales y de Seguridad Social.

4.2. Competencia jurisdiccional para la declaración de sucesión de empresa

Una vez delimitado el concepto de sucesión de empresa y los supuestos en los que tal fenómeno resulta aplicable, corresponde determinar qué jurisdicción es la competente para declarar su existencia. Por un lado, al juez del concurso (en su competencia exclusiva y excluyente) le corresponde conocer de todas las cuestiones relacionadas y suscitadas a raíz de la tramitación del procedimiento concursal, según dispone el artículo 86 ter, apartado primero, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación con los artículos 8 y 9 de la Ley Concursal. Por otro lado, a la jurisdicción social le compete resolver las reclamaciones de los trabajadores frente a la persona del nuevo adquirente en materia de sucesión de empresa, de conformidad con lo preceptuado por los artículos 9.5 LOPJ y 2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. Y, finalmente, al orden contencioso-administrativo le corresponde gestionar las obligaciones del empresario relacionadas con la Seguridad Social, según disponen los

Paraconcursal, nº 31, Sección de Comentarios y Reseñas de Jurisprudencia, Segundo semestre de 2019; p. 208.

⁸² En este supuesto, de gran concurrencia práctica, la transmisión de la unidad productiva reviste la forma de una decisión judicial en la que, para su perfección, no intervienen ni el adquirente ni el deudor concursado. Sin embargo, debido a la flexibilidad normativa previamente referenciada, esta operación se adecúa a los requisitos exigidos por la Ley para la declaración de un supuesto de sucesión de empresa. En este sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2018, al establecer que *con la adjudicación (judicial) se habría producido un cambio de titularidad de una entidad económica que mantiene su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesoria.*

artículos 9.4 LOPJ, 1.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y 3 LRJS.

Esta situación de complejo solapamiento competencial fue resuelta de manera definitiva, tras años de discusión jurídica, por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, en sus Sentencias de 11 de enero⁸³ y 18 de mayo de 2017⁸⁴, que unifican doctrina. Se trata de dos resoluciones muy significativas y absolutamente relevantes para el estudio de la unidad productiva, por cuanto zanján de manera irremediable la controversia suscitada con relación a la competencia jurisdiccional en dicha materia, atribuyéndola, finalmente, al orden social. En este sentido, alcanzan tales decisiones por dos razones fundamentales. La primera, porque se trata de supuestos de sucesión de empresa cuya competencia se atribuye, por imperativo legal, a la jurisdicción social; y la segunda, porque uno de los intervinientes o implicados en el procedimiento de reclamación de deudas laborales (normalmente la recurrente a efectos de casación) es el comprador de la unidad productiva, quien no ha sido parte en el concurso de acreedores, y a quién no se le puede, por tanto, atribuir responsabilidad solidaria por la vía del incidente concursal⁸⁵.

Llegados a este punto, debemos señalar que, si bien ya habría habido pronunciamientos anteriores en esta misma línea, que atribuían la competencia para la declaración de supuestos de sucesión de empresa a la jurisdicción social, como la Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, de 29 de octubre de 2014⁸⁶, parte de los Juzgados y Tribunales seguían siendo reacios a aplicar esta doctrina, entendiéndolo que, en todo caso, debía ser el Juez del Concurso el que hubiere de conocer del enjuiciamiento de tales supuestos⁸⁷. No obstante lo anterior, debemos matizar que el juez del concurso sí puede

⁸³ Referencia LA LEY 3749/2017

⁸⁴ Referencia LA LEY 59194/2017

⁸⁵ Así se han pronunciado las merítadas Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de enero y 17 de mayo de 2017, al sostener que *en la resolución de ese problema (responsabilidad por deudas laborales) se encuentra implicada la recurrente, quien no ha sido parte en el proceso concursal, ni como deudor ni como acreedor, al haberse limitado a comprar una unidad productiva de la concursada, razón por la que su relación con el concurso de acreedores se ha limitado a la compra de un activo de la masa.*

⁸⁶ Referencia LA LEY 176266/2014. Esta resolución desestima el recurso de casación para la doctrina en el marco de un procedimiento originado por la tramitación de un expediente de regulación de empleo concursal, y la posterior liquidación global de la empresa deudora, manifestando, en su argumentación, que *sean cuales sean las circunstancias en las que se ha desarrollado la extinción colectiva de los contratos de los trabajadores en el marco de un concurso de acreedores de una empresa, así como la liquidación de los bienes de ésta, la cuestión de si posteriormente se ha producido o no una sucesión empresarial (art. 44 ET) es competencia de la jurisdicción social.*

⁸⁷ A estos efectos, véase el Auto de la Audiencia Provincial de Álava, Sección 1ª, de 18 de mayo de 2016 (Referencia LA LEY 81009/2016), en el que, al defender la competencia del juez del concurso (como exclusiva y excluyente) para limitar los efectos de la sucesión de empresa, sostiene que *las protestas que hacen tanto el RDL 11/2014 como la consecutiva Ley 9/2015. se dirigen a tratar de facilitar la transmisión de empresa, lo que será muy dificultoso si quien la adquiere tiene que responder de toda la deuda laboral y de Seguridad Social. No parece posible que la norma insista tanto en una finalidad y luego disponga una regulación contraria, por lo que cabe entender que cuando el art. 149.4 LC menciona la sucesión de empresa puede concretarse tal efecto a los contratos que se transfieren, no a otros distintos, como hace el plan de liquidación recurrido. Otra cosa supondría, como ha apuntado alguna doctrina (Sancho Gargallo), convertir la institución de la sucesión de empresa en un privilegio o*

pronunciarse sobre la existencia de un supuesto de sucesión de empresa, pero su declaración tendrá tan sólo carácter prejudicial, no pudiendo producir efecto alguno fuera del procedimiento concursal⁸⁸.

En consecuencia, toda vez que la competencia para conocer de la existencia de un supuesto de sucesión de empresa le corresponde a la jurisdicción social, también le compete a esta el enjuiciamiento de aquellos conflictos derivados de los contratos y deudas laborales de los trabajadores vinculados a la unidad productiva en cuestión.

4.3. La subrogación automática en las relaciones laborales

Según dispone el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, la transmisión o enajenación de una empresa, negocio o unidad productiva no extinguirá la relación laboral por sí sola, debiendo quedar el nuevo adquirente subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de la Seguridad Social del anterior. Se trata de una de las excepciones previstas por el artículo 146 bis de la Ley Concursal, por las que el comprador de la unidad productiva queda obligado expresamente a subrogarse en las relaciones laborales vigentes al momento de la transmisión, con la correspondiente asunción de las deudas laborales que no fueron abonadas por el deudor concursado.

A este respecto, cabría preguntarse si, como excepción a las especialidades del artículo 146 bis, el cambio de empleador exige, como norma general, el consentimiento de los trabajadores en cuyos contratos procederá a subrogarse. En este sentido, resulta de especial importancia la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de 8 de junio de 2016⁸⁹, que, con el fin de resolver esta cuestión, manifiesta que *no es preceptivo el consentimiento individualizado de los trabajadores para que opere son todos sus efectos la subrogación en sus contratos de trabajo, dejando a salvo la posibilidad de que puedan ejercitarse las oportunas acciones legales por quienes consideren a título personal que no debieren verse afectados por no estar adscritos a la unidad productiva objeto de la transmisión.*

Como consecuencia de esta subrogación automática instrumentada por la vía de la sucesión de empresa, se ha planteado el debate sobre si el comprador, o el juez del concurso, al delimitar el perímetro de la oferta de compra, puede elegir los contratos afectos a la unidad productiva en los que decide subrogarse. La respuesta a tal cuestión ha de ser, necesariamente, negativa. El artículo 44 ET impone la subrogación forzosa (al adquirente, en este caso) de todos los contratos de trabajo vigentes en la unidad productiva, sin excepción⁹⁰. Se trata de una cuestión absolutamente superada y que no

derecho de garantía especial, que desincentiva la compra de empresas o unidades productivas en sociedades en concurso por la carga que pueden suponer las deudas con la Seguridad Social.

⁸⁸ EXTARANDIO, Edorta, *La enajenación concursal de unidad productiva*, (pp. 147-185) en Anuario de Derecho Concursal, nº 43, 2018, p. 168.

⁸⁹ Referencia LA LEY 109773/2016

⁹⁰ ROMERO GARCÍA-MORA, Guillermo. *Transmisión de unidades productivas dentro del concurso. En particular, la sucesión de empresa a efectos laborales y de Seguridad Social*, en Diario La Ley, nº

da pie, por norma general, a debate. Cosa distinta es que, con el fin de evitar posibles contingencias, el cesionario identifique en la oferta de compra a todos los trabajadores de la unidad productiva en los que procederá a subrogarse con posterioridad a la transmisión, así como las funciones que estos vendrían desempeñando en el negocio enajenado. Esta previsión suele operar en aquellos casos en los que la empresa transmitente es titular y propietaria de más de una unidad productiva, por lo que la delimitación e identificación de los contratos de trabajo podrá prevenir al nuevo adquirente de reclamaciones efectuadas por trabajadores que no formen parte *stricto sensu*⁹¹ del negocio transmitido.

Esta subrogación automática en los contratos laborales debe abarcar también todos los derechos y obligaciones de los trabajadores vinculados a la unidad productiva, de manera que las relaciones laborales deberán regirse por el convenio aplicable en el momento de la transmisión hasta la fecha de expiración de este o la entrada en vigor de uno nuevo⁹², sin perjuicio de la posibilidad de acordar un nuevo convenio colectivo que resulte más beneficioso que el anterior.

4.4. La responsabilidad solidaria del nuevo adquirente respecto de las deudas laborales y de la Seguridad Social

En relación con las obligaciones sociales, el Tribunal Supremo, de conformidad con el régimen previsto para los casos de sucesión de empresa, establece la responsabilidad solidaria del nuevo adquirente respecto de todos los derechos y obligaciones que el deudor concursado ostentara frente a sus trabajadores, tanto en el ámbito laboral como en el de la Seguridad Social. Tales obligaciones han de incluir, en todo caso, los salarios atrasados o los pagos por despido, las cotizaciones sociales y cualesquiera otras obligaciones pendientes de abono al momento de la transmisión.

4.4.1. Deudas laborales surgidas con anterioridad a la venta de la unidad productiva

En relación con las deudas laborales por salarios pendientes de pago e indemnizaciones por despido no abonadas por el deudor concursado, la meritada Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2018, sienta doctrina y establece que, en supuestos de sucesión de empresa, el adquirente queda vinculado no solamente respecto de los trabajadores cedidos, sino también de todas aquellas deudas laborales que la empresa transmitente tuviera pendiente de abonar, sin perjuicio de poder reclamarlas al verdadero deudor. Esta es la argumentación utilizada por las sucesivas Sentencias del Tribunal Supremo, y respecto de las cuales ya no existe duda alguna. En su virtud, cualquier cuestión relativa a esta materia ha quedado zanjada, pues la jurisprudencia entiende de manera rotunda e indudable que *la interpretación que procede*

8869, Sección Doctrina, de 23 de noviembre de 2016. Editorial Wolters Kluwer. Referencia LA LEY 8909/2016.

⁹¹ Del latín, “en sentido estricto”.

⁹² ALTÈS TÁRREGA, Juan Antonio. *La sucesión de empresa en la fase de liquidación concursal: divergencias interpretativas y la necesaria unificación de criterios*. Artículo doctrinal publicado en Derecho de las relaciones laborales, n° 2018010 (pp. 1096 – 1101), de 1 de noviembre de 2018; p. 1104.

hacer del precepto cuestionado ha de ser la misma que ya fue tradicional en nuestro derecho histórico, o sea, la que entiende que el legislador español, yendo más allá del comunitario, ha establecido que, en caso de sucesión empresarial no solo se produce la subrogación de la nueva en los derechos y obligaciones del anterior respecto de los trabajadores cedidos, sino que ha mantenido la responsabilidad solidaria de ambas empresas respecto de las deudas laborales que la empresa cedente tuviera pendientes de abona.

El sentido de esta Sentencia y su manera de manifestar que “el legislador va más allá del derecho comunitario” es porque el derecho europeo ha sido mucho más flexible que el español en materia de sucesión de empresa. Prueba de ello fue el Auto de 28 de enero de 2015, dictado por la Sección Sexta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁹³ como respuesta a una cuestión planteada por el Auto del Juzgado de lo mercantil nº 3 de Barcelona, de 11 de diciembre de 2013⁹⁴. La resolución comunitaria, al amparo del artículo 5.2 de la Directiva 2001/23, permite al juez del concurso exonerar al nuevo adquirente de las cargas laborales y de la Seguridad Social. No obstante, este Auto fue posterior a la entrada en vigor de las reformas de la Ley Concursal operadas en los años 2014 y 2015, por lo que la consolidación de la sucesión de empresa como fenómeno derivado de la venta concursal de la unidad productiva no se vio alterada.

Por otro lado, y habiendo zanjado cualquier cuestión relativa a los trabajadores afectos al negocio enajenado, cabría plantearse si esta responsabilidad solidaria debe vincular solamente a aquellos contratos de trabajo en los que se subroga el nuevo adquirente o, por el contrario, abarca también aquellas relaciones laborales de la unidad productiva cedida que fueron válidamente extintas durante el procedimiento concursal.

Sobre esta cuestión se ha pronunciado, con carácter definitivo, el Tribunal Supremo, Sala Cuarta, en sus sentencias de 26 de abril y 12 de septiembre de 2018⁹⁵. En este sentido, concluye que la respuesta a tal cuestión ha de ser positiva, toda vez que *con la adjudicación de la unidad productiva autónoma se ha producido una auténtica transmisión de una entidad económica que mantiene su identidad, a través de la asunción por la adjudicataria de un conjunto de medios organizados que permiten llevar a cabo la actividad económica que se venía desarrollando con anterioridad. Estamos, por tanto, ante una transmisión de empresa a la que deben aplicarse las consecuencias previstas en el artículo 44 ET y, especialmente, por lo que a los presentes efectos interesa, las concernientes a la subrogación en la posición empresarial y la consiguiente asunción de responsabilidades en las obligaciones derivadas de la calificación del despido. Doctrina que con mayor razón debemos reiterar en el caso de autos, cuando ya hemos dicho que estamos justamente ante el*

⁹³ Referencia LA LEY 542/2015

⁹⁴ Referencia LA LEY 239160/2013

⁹⁵ Ambas sentencias fueron dictadas con motivo del mismo procedimiento concursal, en el que se instó un expediente de regulación de empleo que resolvió el contrato de 162 trabajadores, de los cuales, 15 de ellos estaban vinculados a la unidad productiva que posteriormente fue objeto de cesión.

supuesto de otros trabajadores afectados por el mismo concurso e idéntica situación de sucesión empresarial, derivada de esa misma adjudicación de la concursada a una tercera empresa.

De esta manera, en virtud de una más que consolidada jurisprudencia, tanto cedente como cesionario tendrán que responder solidariamente durante el plazo de tres años (de conformidad con lo establecido en el 44.3 ET) de aquellas deudas laborales originadas con anterioridad a la transmisión⁹⁶, independientemente de si los acreedores continúan o no prestando sus servicios en la unidad productiva cedida.

4.4.2. La excepción de la deuda asumida por el FOGASA

No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, y sin perjuicio de la responsabilidad solidaria que une tanto a vendedor como a comprador frente a las obligaciones para con los trabajadores, dicha responsabilidad puede verse, en parte, limitada. Así lo establece el artículo 149.4 de la Ley Concursal, en relación con el 33 ET, que permite al juez del concurso decidir, a petición del adquirente, su no subrogación en la parte del importe de los salarios o indemnizaciones que sea asumida por el Fondo de Garantía Salarial.

Esta parte de la deuda en la que puede subrogarse el FOGASA debe ajustarse a una serie de requisitos, los cuales pueden encontrarse en los artículos 18 y 19 del *Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo, sobre la organización y funciones de FOGASA*, y que preceptúan lo siguiente⁹⁷:

- (i) En relación con los salarios pendientes de abono, FOGASA asumirá la cifra resultante de multiplicar el doble del salario mínimo interprofesional diario, incluyendo el prorrateo de las pagas, por el número de días pendientes de pago, con un máximo de ciento veinte días. Con ello, FOGASA se subrogará, como máximo, en 8.400.-€ por empleado.
- (ii) En relación con las indemnizaciones por despido, FOGASA abonará un año de salario, en el que el salario diario utilizado como base no puede exceder del doble del salario mínimo interprofesional, incluyendo pagas las pagas extraordinarias, por lo que, como máximo, asumirá la subrogación de 25.200.-€ por empleado.

⁹⁶ Sobre el plazo de prescripción de las deudas solidarias, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de 17 de abril de 2018 (Referencia LA LEY 40540/2018) sostiene *que la previsión que contiene el art. 44.3 ET tiene un alcance claro, cual es que la subrogación en las deudas salariales se produce en los términos propios de tal figura jurídica, precisando que la responsabilidad solidaria que el precepto dispone para el adquirente -por las deudas previas a su condición empresarial novedosamente adquirida- únicamente le puede ser exigida durante los tres años posteriores a la sucesión, de manera que ejercicio de la acción por el trabajador frente a ese empresario sucesor, reclamando aquellos débitos anteriores, únicamente es factible durante esos tres primeros años, y ello aunque transcurrido ese plazo la correspondiente acción persista viva por haberse interrumpido su decadencia mediante cualquiera de los medios que el derecho admite [art. 1973 CC].*

⁹⁷ Téngase en cuenta que el Salario Mínimo Interprofesional que se toma como referencia en el presente trabajo es el correspondiente al año 2019, toda vez que todavía no ha sido aprobado el Real Decreto por el que se fija el salario mínimo interprofesional para el año 2020.

Estos importes satisfechos por el FOGASA se corresponden con créditos que ostentan los trabajadores (en concepto de salarios o indemnizaciones pendientes de abono) frente a la unidad productiva concursada/adquirida. Créditos que, atendiendo a la Ley Concursal, pueden ser concursales o contra la masa, dependiendo de si su origen es anterior o posterior, respectivamente, a la declaración del concurso. Es importante realizar esta distinción porque FOGASA, cuando se subroga en la posición del deudor y abona parte de los créditos debidos, no especifica cuales está satisfaciendo. A estos efectos, resulta conveniente traer a colación la última Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 8 de enero de 2020⁹⁸, que resuelve la duda aquí planteada y concluye que, habiendo realizado el pago un tercero y no el deudor, en la imputación de pagos deben seguirse las prioridades previstas en la Ley Concursal, por lo que los importes abonados por el FOGASA constituyen créditos contra la masa, y no concursales.

4.4.3. Deudas con la Seguridad Social

El régimen aplicable a las deudas y obligaciones pendientes de pago con la Seguridad Social ha sido objeto de conflicto durante años entre las diferentes jurisdicciones. Principalmente, porque con anterioridad a las reformas de los años 2014 y 2015, el antiguo artículo 149.2⁹⁹ (actual 149.4) de la Ley Concursal disponía, en su redacción literal, que el fenómeno de la sucesión de empresa debía entenderse a efectos laborales, pero no incluía el término “y de la Seguridad Social”. Esta expresión, o más bien, su falta de ella, generó numerosas interpretaciones acerca del alcance de la hipotética voluntad del legislador, y si esta debía entenderse de manera restrictiva o inclusiva.

Actualmente, tras las meritadas reformas operadas por el RDL 11/2014 y la Ley 9/2015, la modificación de la redacción del artículo 149.4 despeja cualquier duda acerca del verdadero alcance de los efectos de la sucesión de empresa, que han de incluir, a partir de entonces, las deudas con la Seguridad Social. En su virtud, disponen el precitado artículo 149.4, en relación con los artículos 142.1 y 168.2 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social que, en los casos de sucesión en la titularidad de la explotación, industria o negocio, el adquirente responderá solidariamente con el anterior del pago de la totalidad de las deudas generadas con carácter previo a la cesión

Esta situación dejó un escenario de incertidumbre y controversia jurídica que fue recientemente resuelto por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, a través de varias sentencias absolutamente novedosas, que, acogiendo los argumentos que ya habrían

⁹⁸ Referencia CENDOJ ROJ 6/2020.

⁹⁹ Disponía el antiguo artículo 149.2 de la Ley Concursal lo siguiente: *Cuando, como consecuencia de la enajenación a que se refiere la regla 1.ª del apartado anterior, 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, que existe sucesión de empresa*

esgrimido anteriores resoluciones, sienta jurisprudencia y unifica doctrina respecto de la cuestión aquí planteada¹⁰⁰.

Estas Sentencias, de 17 de junio de 2019¹⁰¹ y 2 de diciembre de 2019¹⁰², organiza la responsabilidad del nuevo adquirente de conformidad con dos líneas temporales diferenciadas. Así, en aquellos casos en los que la sucesión de empresa hubiere tenido lugar con anterioridad a la reforma operada por el RDL 11/2014, deberá estarse a lo dispuesto por la redacción del antiguo artículo 149.2 de la Ley Concursal (actual 149.4). En su virtud, la sucesión de empresa se entenderá exclusivamente a efectos laborales, y no de Seguridad Social, por lo que el nuevo adquirente no será responsable solidario de tales deudas. Como consecuencia del razonamiento anterior, no extendiéndose el efecto de la sucesión de empresa a las deudas con la Seguridad Social, el auto firme del juez del concurso que excluya al nuevo adquirente de las deudas y obligaciones sociales, adquiere carácter vinculante. Tal vinculación impedirá, por tanto, que la Tesorería General de la Seguridad Social le reclame dicha deuda al cesionario, ni siquiera por vía de la derivación de responsabilidad (prevista en los artículos 15.3, 1045.1 y 127.2 TRLGSS).

Por otro lado, en los supuestos en los que la transmisión de la unidad productiva suceda con posterioridad a la entrada en vigor de la nueva redacción del artículo 149.4 de la Ley Concursal (dada por el RDL 11/2014), la precitada Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo declara que la sucesión de empresa sí deberá entenderse también a los efectos de la Seguridad Social, por lo que el adquirente no podrá ser liberado de tales deudas y deberá responder solidariamente junto con el deudor concursado¹⁰³.

¹⁰⁰ A estos efectos, véanse la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 29 de enero de 2018 (Referencia LA LEY 2021/2018), una de las primeras resoluciones judiciales en desarrollar este sistema, y la Sentencia del Tribunal Supremo

¹⁰¹ Referencia LA LEY 86639/2019

¹⁰² Referencia LA LEY 173001/2019

¹⁰³ Así lo establece el Fundamento de Derecho IV de la referida Sentencia, al declarar que *naturalmente, a partir de la entrada en vigor de la redacción que dio al artículo 149.2 de constante mención el Real Decreto-Ley 11/2014 la situación cambió de manera que la sucesión empresarial que contempla ya es a efectos laborales y de Seguridad Social. Por tanto, el adquirente no se ve ya liberado de las deudas con esta última.*

CONCLUSIONES

El análisis realizado sobre la enajenación de la unidad productiva en el marco de un procedimiento concursal aporta una perspectiva muy particular sobre la importancia que esta figura ha adquirido en el ordenamiento jurídico. En origen, la previsión normativa que la propia Ley Concursal le otorgaba a esta institución era manifiestamente exigua, lo que propició una situación de incertidumbre, por un lado, y diversidad interpretativa, por el otro. Tal escenario, si bien no era el más adecuado para perfeccionar la venta concursal de un negocio, evidenció una realidad que no habría sido prevista por el legislador, pero que dio pie a un desarrollo jurisprudencial sobre el que sentar las bases de su evolución.

A este respecto, ha de advertirse que fue la práctica jurídica, la que configuró la venta de la unidad productiva como una de las opciones más completas previstas por la Ley Concursal. Según entendió desde el momento más inicial la jurisprudencia, la realización práctica de tal figura no solamente proporcionaba liquidez con la que poder satisfacer a los distintos acreedores, sino que, además, permitía la persecución de otros objetivos que cada vez adquirirían más importancia, como la continuidad de los puestos de trabajo o de la actividad profesional.

Debemos entender, por tanto, que son estas bases las que rigen el desarrollo normativo de la venta de la unidad productiva. El legislador, consciente de la cada vez mayor relevancia práctica de esta institución, la proveyó de un régimen propio y específico, contenido, principalmente, en el artículo 146 bis de la Ley Concursal, y que estructuró de tal forma que su versatilidad le permitiera operar en cualquier estadio del concurso de acreedores.

La flexibilidad que caracteriza la venta de la unidad productiva sólo puede entenderse en función de los intereses perseguidos con su puesta en práctica. En su virtud, y según se desarrolló en el Capítulo II del presente estudio, el deudor podrá proceder a su enajenación en cualquier fase procedimental en la que se halle. Evidentemente, no se trata de una libertad absoluta, sino que deberá respetar una serie de límites específicos. Así, los requisitos necesarios para la transmisión de la unidad productiva en fase común (pues, por norma general, no está permitida la enajenación de los bienes integrantes de la masa activa sin autorización judicial), no son los mismos que los establecidos para la fase de liquidación o el procedimiento abreviado. En consecuencia, la unidad productiva sí podrá transmitirse en cualquier fase del concurso de acreedores, sin perjuicio de la obligación de respetar las especialidades de cada una de ellas.

Asimismo, no debemos limitar la relevancia de esta figura a los meros efectos procesales, sino que debe entenderse desde una perspectiva mucho más amplia. El régimen de particularidades previstas por el artículo 146 bis abarca una serie de especialidades que solo se dan en la transmisión de la unidad productiva en sede concursal, de manera única y exclusiva. Con ello, las pretensiones del legislador son

manifiestas. Para ejecutar esta figura en la práctica no solo es necesaria una cierta flexibilidad procedimental, sino que debe resultar atractiva para los intereses de aquellos potenciales compradores interesados en adquirir una unidad productiva. A tal fin, el legislador prevé una serie de efectos de carácter absolutamente excepcional y beneficioso para los nuevos adquirentes. La subrogación automática en aquellos contratos que este voluntariamente decida (y sin necesidad de consentimiento de la contraparte), así como la cancelación de aquellas cargas afectas a la unidad productiva transmitida, construyen un sistema de privilegios que tan sólo podrán encontrar con la adquisición del negocio por vía concursal. Prueba añadida de este sistema de beneficios radica, también, en el régimen fiscal aplicable a la venta de la unidad productiva, por el que buena parte de la carga impositiva deberá soportarla el deudor concursado.

Por otra parte, ha de ponerse de manifiesto que, si bien la Ley Concursal prevé en sus especialidades un importante número de beneficios, también impone una serie de limitaciones que, con carácter obligatorio, el nuevo adquirente ha de respetar. La manifestación más relevante de tal régimen restrictivo es la relativa a los trabajadores, pues deberá asumir desde los contratos de trabajo hasta las deudas laborales y de la Seguridad Social generadas con anterioridad a la transmisión del negocio, y que atañen no solamente a aquellos trabajadores que continúan prestando servicios en la unidad productiva, sino también a aquellos cuyos contratos fueron válidamente extintos durante la tramitación del concurso de acreedores.

Se trata de uno de los temas más complejos que ha generado la transmisión de la unidad productiva y que ha derivado en uno de los debates jurisprudenciales más interesantes sobre los efectos de esta figura. Actualmente, y según se ha referenciado ya en el presente estudio, muchas de las cuestiones más controvertidas han sido ya resueltas por novedosas resoluciones jurídicas que dirigen el rumbo de la sucesión de empresa en el derecho concursal.

Como conclusión final, es interesante señalar que la transmisión de la unidad productiva es una institución cambiante, que se va adaptando a las necesidades de la realidad jurídica. En conjunto, constituye la prueba de cómo una figura que en principio ni siquiera estaba (apenas) regulada, puede convertirse en una de las opciones más completas de la Ley Concursal. La razón de tal adecuación solo podrá entenderse a través del análisis no solo legal, sino fundamentalmente jurisprudencial, del modo en el que la transmisión de la unidad productiva se integra y hace eco de las necesidades de cada uno de los involucrados. Por ello, es capaz, en una sola operación, de perseguir la finalidad principal del concurso (la satisfacción de los acreedores), de sus objetivos más relevantes (la continuidad de la actividad empresarial y de los puestos de trabajo), al mismo tiempo que proporciona a los nuevos adquirentes de una serie de beneficios que tan sólo encontrarán con la aplicación del artículo 146 bis y, finalmente, también garantiza derechos tan básicos como los puestos de trabajo y la cobertura de las deudas laborales.

BIBLIOGRAFÍA

ALTÉS TÁRREGA, Juan Antonio. *La sucesión de empresa en la fase de liquidación concursal: divergencias interpretativas y la necesaria unificación de criterios* (pp. 1096 – 1101), en Derecho de las relaciones laborales, nº 2018010, de 1 de noviembre de 2018.

BAENA BAENA, Pedro Jesús, *CAPÍTULO VII: El contenido de la propuesta de convenio* (pp. 120-130), en LEÓN SANZ, Francisco, DÍAZ MORENO, Alberto (Dir.) y RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, Sonia, PACHECO CAÑETE, Matilde (Coords.): *Los acuerdos de refinanciación, convenio y reestructuración (las reformas de 2014 y 2015 de la Ley Concursal)*. Ed. Aranzadi, 2016.

BECEIRO CAGIO, Simón. *The acquisition of a Production Unit of Spanish company in insolvency proceeding by a foreign company*, Centro de Estudios GARRIGUES, 2018-2019.

BELÉN CAMPUZANO, Ana, *CAPÍTULO XII: El procedimiento de transmisión de la empresa en el concurso de acreedores* (pp. 297 y ss) en LEÓN SANZ, Francisco, DÍAZ MORENO, Alberto (Dir.) y RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, Sonia, PACHECO CAÑETE, Matilde (Coord.): *Los acuerdos de refinanciación, convenio y reestructuración (las reformas de 2014 y 2015 de la Ley Concursal)*. Ed. Aranzadi, 2016.

BLANCO GARCÍA-LOMÁS, Leandro. *CAPÍTULO XIII: Cesión de contratos y licencias* (pp. 222-247), en LEÓN SANZ, Francisco, DÍAZ MORENO, Alberto (Dir.) y RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, Sonia, PACHECO CAÑETE, Matilde (Coord.): *Los acuerdos de refinanciación, convenio y reestructuración (las reformas de 2014 y 2015 de la Ley Concursal)*. Ed. Aranzadi, 2016.

BUSTILLO SAIZ, María del Mar: *La impugnación de los actos perjudiciales para la masa activa en la Ley Concursal*. Monografía nº 21 asociada a la Revista del Derecho Concursal y Paraconcursal. Ed. Wolters Kluwer, 2016.

CALDERÓN PARTIER, Carmen, en *La Fiscalidad de la venta productiva en sede concursal* (pp.7-35), en Crónica Tributaria nº 169/2018.

DÍEZ PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Vol. II: las relaciones obligatorias*. 6ª ed. Madrid, 2008. Ed. Civitas.

DOMÈNECH ORTÍ, Xavier, *El proceso de adjudicación de la unidad productiva, método para administradores concursales* (pp. 285-320) en LLORET VILLOTA, Juan (Comp.) y MARQUÉS VILLALONGA, José María (Coord.), *La venta de la unidad productiva en sede concursal*. Barcelona. Ed. Bosch. 2015.

EXTARANDIO, Edorta, *La enajenación concursal de unidad productiva*, (pp. 147-185) en Anuario de Derecho Concursal, nº 43, 2018.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Javier, FERNÁNDEZ DAZA, José María y ÁLVAREZ DE MON, Melchor: *Adquisición de una unidad productiva en la fase de liquidación de un procedimiento concursal* (pp. 350-372), en QUETGLAS, R. Sebastián (Dir): 2018 Práctica Mercantil para abogados. Edición junio 2018. Ed. Wolters Kluwer.

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio y ROJOF ERNÁNDEZ-RÍO, Ángel (Dir.) en *Lecciones de Derecho Mercantil, Volumen I*. 17ª ed. Navarra. Thomson Reuters, 2019.

MUÑOZ PAREDES, Alfonso. *Protocolo Concursal*. 2ª ed. Navarra: Thomson Reuters, Aranzadi 2017.

PLEITEADO MARISCAL, Pilar y CUBILLO LÓPEZ, Ignacio. *Instrumentos procesales para la tutela judicial del crédito*. Madrid: Dykinson, 2019.

QUETGLAS, R. Sebastián (Dir). *Manual de fusiones y adquisiciones de empresas*. 2ª ed. Madrid: Wolters Kluwer España, 2018.

RIPOLL CARULLA, Ignacio, *Venta de unidad productiva y consecución de la finalidad del concurso* (pp. 359-374) en *Revista del Derecho Concursal y Paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, nº 20, 2014.

ROMERO GARCÍA-MORA, Guillermo. *Transmisión de unidades productivas dentro del concurso. En particular, la sucesión de empresa a efectos laborales y de Seguridad Social*, en el *Diario La Ley*, nº 8869, Sección Doctrina, de 23 de noviembre de 2016. Editorial Wolters Kluwer. Referencia LA LEY 8909/2016.

RUBIO VICENTE, J. Pedro. *Sucesión de empresa en la enajenación de unidades productivas en concurso: A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sección 1ª, núm. 981/2018, de 27 de noviembre de 2018* (pp. 205-240), en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 31, Sección de Comentarios y Reseñas de Jurisprudencia, Segundo semestre de 2019.

SEMENT MARTÍNEZ, Santiago, en *La venta de la unidad productiva en el concurso a la luz de las últimas reformas* (pp. 95-116), en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, nº 26, 2017.

VERDUGO, Juan y GIL-ROBLES, José María: *Operaciones Distress* (pp. 53-124) en GUTIÉRREZ GILSANZ, Andrés (Coord.): *Derecho práctico de reestructuraciones e insolvencias empresariales*. Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2017.

APÉNDICE JURISPRUDENCIAL

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

STJUE, de 27 de noviembre de 2003, C-497/2001

STJUE, de 28 de enero de 2015, C-688/2013

TRIBUNAL SUPREMO

STS de 5 de marzo de 2004, Sala Primera, nº 149/2004

STS de 29 de octubre de 2014, Sala Cuarta, Rec. 1573/2013

STS de 8 de junio de 2016, Sala Cuarta, nº 503/2016

STS de 11 de enero de 2017, Sala Cuarta, nº 20/2017

STS de 18 de mayo de 2017, Sala Cuarta, nº 442/2017

STS de 29 de enero de 2018, Sala Tercera, nº 113/2018

STS de 27 de febrero de 2018, Sala Cuarta, nº 209/2018

STS de 17 de abril de 2018, Sala Cuarta, nº 402/2018

STS de 26 de abril de 2018, Sala Cuarta, nº 455/2018

STS de 12 de septiembre de 2018, Sala Cuarta, nº 823/2018

STS de 27 de noviembre de 2018, Sala Cuarta, nº 981/2018

STS de 17 de junio de 2019, Sala Tercera, nº 833/2019

STS de 2 de diciembre de 2019, Sala Tercera, nº 1655/2019

STS, de 8 de enero de 2020, Sala Primera, nº 4/2020

AUDIENCIAS PROVINCIALES

AAP Barcelona, de 29 de noviembre de 2007, nº 391/2007

SAP Barcelona, de 6 de febrero de 2012, nº 22/2012

AAP Lérida, de 16 de marzo de 2012, nº 114/2012

SAP Pontevedra, de 25 de junio de 2012, nº 363/2012

AAP Álava, de 26 de marzo de 2015, nº 26/2015

AAP Madrid, de 16 de noviembre de 2015, nº 233/2015

AAP Álava, de 18 de mayo de 2016, nº 71/2016

AAP A Coruña de 4 de mayo de 2017, nº 64/2017

JUZGADOS DE LO MERCANTIL

AJM Nº 2 de Valencia, de 19 de julio de 2013, Procedimiento 1152/2011

AJM Nº 3 de Barcelona, de 11 de diciembre de 2013, Rec. 529/2013

AJM Nº 8 Madrid, de 20 de diciembre de 2013, Rec. 466/2010

AJM Nº 9 de Barcelona, de 20 de febrero de 2014, Rec. 818/2013

AJM Nº 1 de Almería de 19 de diciembre de 2014, Rec. 4205/2012

AJM Nº 6 de Madrid, de 5 de marzo de 2015, Rec. 448/2013

AJM Nº 1 de Barcelona, de 17 de marzo de 2016, Rec. 100/2016

SJM Nº 6 de Madrid de 21 de diciembre de 2016, Procedimiento 680/2013