

CONCURSO DE ACREEDORES Y VENTA DE UNIDAD PRODUCTIVA: ANÁLISIS DE LOS LÍMITES A LA EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD*

INSOLVENCY PROCEEDINGS AND THE DISPOSAL OF A PRODUCTION UNIT: ANALYSIS OF THE LIMITS ON RELEASE FROM LIABILITY

GERALDINE BETHENCOURT-RODRÍGUEZ**

Resumen: La empresa, sea en su integridad o parcialmente, puede ser objeto de negocios jurídicos en sede de concurso. La Ley Concursal contempla la transmisión de unidades productivas con el objetivo de lograr una mejor satisfacción de los acreedores. A efectos laborales, esto supone que durante la vigencia de las relaciones laborales puede producirse la sustitución o cambio del sujeto que ocupa la posición de empleador. Tras la reforma operada por el Real Decreto Ley 11/2014 se introduce un precepto en la Ley Concursal que regula las especialidades de la transmisión de unidades productivas en sede de concurso (art. 146 bis). Lo dispuesto en este artículo se aplica tanto a la transmisión que se produzca en la fase común, como a la que tenga lugar como contenido de un convenio o en sede de liquidación. A este respecto, merece especial atención la configuración de la unidad productiva en la Ley Concursal y los límites a la exoneración de responsabilidad contemplados en la normativa concursal.

Palabras clave: Sucesión de empresa, unidad productiva, contratos laborales, exoneración de responsabilidad.

Abstract: Companies, whether in part or in whole, can be the subject of legal transactions during insolvency proceedings. The Insolvency Law allows production units to be disposed of for the purpose of ensuring better satisfaction for creditors. For employment purposes, this means that during the time that employment relations remain in force, the entity that is defined as being the employer may be changed or replaced. Following the reforms introduced by Royal Decree Law 11/2014, an article was added to the Insolvency Law governing the special circumstances applicable to the disposal of production units during insolvency proceedings (art. 146 bis). The provisions of this article apply both to disposals occurring during the common stage and to those occurring as a result of a settlement or as part of the liquidation process. In this regard, special attention should be paid to how production unit is defined in the Insolvency Law, along with the limits on release from liability envisaged in the insolvency regulations.

Keywords: corporate succession, production unit, employment contracts, release from liability.

* Fecha de recepción: 4 de abril de 2018.

Fecha de aceptación: 24 de mayo de 2018.

** Investigadora en formación del Programa de Doctorado en Derecho y Economía de la CEU Escuela Internacional de Doctorado (CEINDO). Correo electrónico: gbethencourtr@hotmail.com.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO; II. LA EVOLUCIÓN NORMATIVA DE LA VENTA DE LA UNIDAD PRODUCTIVA EN LA LEGISLACIÓN CONCURSAL; III. LA CONFIGURACIÓN DE LA UNIDAD PRODUCTIVA EN LA LEY CONCURSAL; IV. LA SUCESIÓN DE EMPRESA EN EL ÁMBITO CONCURSAL Y LOS LÍMITES A LA EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD; V. ALCANCE DEL PRONUNCIAMIENTO DEL JUEZ DEL CONCURSO SOBRE LA SUCESIÓN DE EMPRESA; VI. CONCLUSIONES; VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. PLANTEAMIENTO

La empresa, sea en su integridad o parcialmente, puede ser objeto de negocios jurídicos en sede de concurso¹. La Ley Concursal contempla distintos supuestos en los que la empresa del concursado o algunas de sus unidades productivas pueden ser transmitidas a un tercero como medio para lograr una mejor satisfacción de los acreedores².

¹ En el negocio traslativo que se inserta en el marco de un procedimiento concursal ya no se atiende solamente a los intereses contrapuestos de las partes interesadas en el mismo, sino también a otros intereses diversos, singularmente los intereses de los acreedores, a cuya satisfacción está orientado todo el procedimiento. En consecuencia, esta situación hace que ese negocio traslativo presente, además de las dificultades inherentes al mismo en situaciones no concursales, el deber de cumplir necesariamente con unos requisitos específicos sin los cuales la transmisión no se podría efectuar. En este contexto, como bien señala Alonso Ledesma, la referencia a la empresa se hace en sentido objetivo, esto es, como conjunto agregado de bienes y derechos organizados por la actividad del empresario o, si se quiere, conforme a la terminología empleada por la Ley Concursal: al establecimiento. V. ALONSO LEDESMA, C., «La transmisión de la empresa o de unidades productivas del empresario insolvente como contenido del convenio concursal», *Documentos de trabajo del Departamento de Derecho mercantil*, E-Prints Complutense, núm. 40 (2011) (en línea), pp. 4 y ss.

A juicio de Fernández Seijo, la normativa concursal ha supuesto un avance en cuanto el esclarecimiento del régimen jurídico de la transmisión de empresa. Se han configurado dos cauces distintos (fase de convenio y fase de liquidación) para poder realizar la transferencia de activos considerados como un conjunto articulado de elementos materiales, inmateriales e incluso personales. V. FERNÁNDEZ SEIJO, J. M., «Transmisión de la empresa», en BELTRÁN, E. y GARCÍA-CRUCES, J.A. (dirs.), *Enciclopedia de Derecho concursal*, t. II, Cizur Menor (Aranzadi), 2012, p. 2806.

² La venta de unidad productiva permite poner en valor elementos de la compañía que, de otro modo, resultarían irrealizables. En este sentido, como bien señala Herrera Cuevas, la «venta en globo» de una empresa o de una unidad autónoma de la misma, además de servir como medio de satisfacción de los acreedores, también permite aprovechar el valor añadido de la cohesión de elementos patrimoniales, derecho y expectativas del negocio en funcionamiento, y de esta forma evitar la destrucción del patrimonio empresarial a la que conduce la forma tradicionalmente disgregada en que se ha abordado la liquidación concursal. En la misma línea, Gutiérrez Gilsanz señala que tiene más valor en términos económicos un complejo patrimonial organizado y en funcionamiento que uno que ha dejado de funcionar. V. HERRERA CUEVAS, E., «La reorganización traslativa en concurso y sucesión de empresa», *RDCyP*, núm. 9 (2008), pp. 147 y ss.; GUTIÉRREZ GILSANZ, A., «La enajenación unitaria de empresa en la liquidación concursal», en ARIAS VARONA, F.J. (dir.), *Conservación de empresas en crisis. Estudios jurídicos y económicos*, Madrid (La Ley), 2013, p. 276.

La enajenación de la unidad productiva cumple, al mismo tiempo, con otros intereses del concurso. Para Gallego, la satisfacción de los acreedores ya no es la finalidad exclusiva del concurso, también lo es la conservación de la actividad empresarial o profesional del concursado. Por su parte, De Ángel Yagüez y Hernando Mendivil destacan que «intereses del concurso» es un concepto jurídico deliberadamente indeterminado, pues, aunque no es para sanear empresas, la ley quiere facilitar la continuidad, y el interés del

La enajenación del conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes y servicios del concursado o de alguno de ellos permite cumplir con el objetivo esencial del concurso, esto es, la satisfacción del derecho de crédito de los acreedores ya que posibilita la continuidad de la actividad comercial o profesional del concursado, aunque sea en manos de otro empresario, y ello favorece la satisfacción de los acreedores³. Es más, la venta de la unidad productiva se erige como una fórmula tendencialmente idónea no solo para satisfacer los derechos de los acreedores, sino también para la tutela de los distintos intereses confluyentes en el procedimiento (v. gr., proteger los intereses generales de la economía, conservar el tejido empresarial, mantener el empleo)⁴.

concurso son los acreedores, protección del concursado, trabajadores y mercado en general. Por el contrario, Ripol Carulla identifica «intereses del concurso» con la satisfacción de los acreedores, siendo los demás intereses instrumentales a este. V. GALLEGO, E., «Art. 43 LC», en GALLEGO, E. (coord.), *Ley concursal. Comentarios, jurisprudencia y formularios*, t. 1, Madrid (La Ley), 2005, p. 533; ÁNGEL YAGÜEZ, R., DE, y HERNANDO MENDIVIL, J., «Art. 43», en PRENDES, P. (coord.), *Tratado práctico concursal*, t. II, Cizur Menor (Aranzadi), 2009, p. 79; RIPOL CARULLA, I., «Venta de unidad productiva y consecución de la finalidad del concurso», *RDCyP*, núm. 20 (2014), pp. 367 y ss.

Para un estudio en profundidad sobre el interés concursal, v. TIRADO MARTÍ, I., «El “interés concursal”. Ensayo de construcción de una teoría sobre la finalidad del procedimiento concursal», *ADC*, núm. 1 (2009), pp. 89-142; del mismo autor, «Reflexiones sobre el concepto de “interés concursal” (ideas para la construcción de una teoría sobre la finalidad del concurso de acreedores)», *ADC*, núm. 3 (2009), pp. 1055-1107.

³ Cordero Lobato señala que el reflejo de la preferencia de la Ley Concursal por la venta de unidades productivas se pone de manifiesto con las previsiones referidas a las enajenaciones que se contengan en la propuesta de convenio (art. 100.2 LC) y, sobre todo, con las disposiciones relativas a la liquidación, donde el plan deberá contemplar la enajenación unitaria siempre que sea factible (art. 148.1 LC) y, en ausencia de plan, habrá de procederse a la venta de unidades productivas, salvo que el juez considere más conveniente para los intereses del concurso su previa división o la realización aislada de los elementos que la compongan (art. 149.1.1.ª LC). Es más, el solo hecho de que con la solicitud de concurso el deudor haya presentado un plan de liquidación que contenga una propuesta escrita vinculante de compra de unidad productiva es determinante de la aplicación del procedimiento abreviado (art. 190.3 LC), con el efecto de una tramitación acelerada con apertura inmediata de la fase de liquidación (art. 191 ter, regla 1 LC). Para Malagón Ruiz, la expresión de la Ley Concursal de que «siempre que sea factible» se realice una enajenación unitaria del conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes y servicios del concursado o de alguno de ellos es un criterio de apreciación, esto significa que debe referirse a la mejor oferta de adquisición en términos de racionalidad económica. Así, hay que tener en cuenta la mejor rentabilidad para la masa de acreedores. A este respecto, es importante apuntar que el mencionado autor afirma que «no hay una obligación legal de ponderar la continuidad posible de la empresa y de las relaciones laborales, por más que sea de interés público».

En este orden de idea, cabe mencionar que también existen muchas experiencias judiciales sobre ventas unitarias en la fase común, verdaderas liquidaciones anticipadas realizadas al amparo de la autorización judicial del artículo 43.2 de la Ley Concursal. V. CORDERO LOBATO, E., «La venta de unidad productiva con activos sujetos a garantía real», *Diario La Ley*, núm. 8272 (2014), (La Ley 1183/2014), pp. 1 y ss.; MALAGÓN RUIZ, P. J., «La transmisión de unidades productivas», *I Foro concursal del Turno de Actuación Profesional*, Bilbao, 2014, p. 3 (en línea). Disponible en <<http://www.icjce-euskadi.com/PonenfiasForoConcursal2014/transmision-unidad-productiva.pdf>> [Última visita, 09 de marzo de 2018].

⁴ Si bien la Ley Concursal equipara la continuidad de la empresa con el mantenimiento de los puestos de trabajo y la satisfacción del crédito de los acreedores (art. 149.1.3.ª LC), algún autor afirma que el interés por el mantenimiento de la actividad debe considerarse al servicio de la conservación de la plantilla y de la maximización del valor de la masa activa. En la lógica de la Ley Concursal, el mantenimiento de la actividad económica de la unidad productiva permitirá la conservación o maximización del valor de la empresa y, a su

De esta forma, se posibilita que la finalidad solutoria del concurso sea compatible con la conservación de la empresa y la continuidad de su actividad⁵.

Ahora bien, al margen de los efectos jurídicos que en sede de concurso puede tener la transmisión de unidades productivas, llama la atención que el legislador en la Ley Concursal, al igual que sucede en otros textos normativos, emplea conceptos jurídicos indeterminados sin proporcionar una definición clara de estos, si bien anuda a esos términos importantes consecuencias jurídicas⁶. Una vez más, los tribunales y la doctrina deben asumir la responsabilidad de dotarlos de contenido y definirlos⁷.

vez, impedirá la destrucción de puestos de trabajo. En definitiva, la conservación de la empresa tiene carácter instrumental respecto a la finalidad de satisfacción del derecho de crédito de los acreedores. V. ZABALETA DÍAZ, M., *El principio de conservación de empresa en la Ley Concursal*, Cizur Menor (Civitas), 2006, p. 34.

⁵ Para Alonso Ledesma «[e]sto es así porque aunque se trate de una empresa insolvente su valor unitario normalmente será superior al que podrían alcanzar los elementos materiales e inmateriales que la componen aisladamente considerados, teniendo en cuenta, sobre todo, la potencial capacidad productiva del conjunto, esto es, de la riqueza que se supone que puede generar en el futuro, sea en manos del deudor o, sobre todo, en manos de otro empresario que sea capaz de imprimir un nuevo sesgo a la explotación mediante la implantación de un diverso plan de negocio. Esta es, por otra parte, la tendencia generalizada en todos los ordenamientos de nuestro entorno en los se distingue claramente la liquidación de la empresa de la liquidación del patrimonio que no implica necesariamente la primera; de ahí que con el fin de satisfacer mejor a los acreedores esta satisfacción se lleve a cabo mediante técnicas que, en la medida de lo posible, eviten la disolución, es decir, la liquidación de la empresa permitiendo la reorganización de la misma, con la sustitución del empresario, o mejor, y más en general, de aquel o de aquellos a los que, como los socios (de la sociedad concursada) está destinado el valor neto del patrimonio de la empresa». V. ALONSO LEDESMA, C., «La transmisión de la empresa o de unidades productivas del empresario insolvente como contenido del convenio concursal», cit., pp. 4 y ss.

Ahora bien, en el Ordenamiento jurídico español la Ley Concursal contempla una finalidad satisfactoria del derecho de los acreedores concursales, y no únicamente una finalidad «sanatoria» o conservativa del deudor, modelo que en términos generales sí han adoptado muchas otras legislaciones concursales como la *Insolvency Act* en el Reino Unido, el *Bankruptcy Code* norteamericano o el modelo francés del *Reglement judiciaire*. Con carácter general, v. OLIVENCIA, M., «La satisfacción de los acreedores, fin esencial del concurso», en ROJO, A. y BELTRÁN, E. (coords.), *Los acreedores concursales: II Congreso Español de Derecho de la Insolvencia*, Cizur Menor (Aranzadi), 2010, pp. 39 y 40.

⁶ El legislador al dotar de contenido al concepto de «unidad productiva» en sede de concurso (art. 149.4 LC), lo que ha hecho es una transposición literal de la definición del artículo 44.2 del Estatuto de los Trabajadores. A este respecto, v., apartado III sobre «La configuración de la unidad productiva en la ley concursal».

⁷ Sobre el estudio del concepto de «unidad productiva» en sede concursal y las normas generales aplicables a su enajenación, v., entre otros, CORDÓN MORENO, F., «La enajenación de unidad productiva de la que formen parte bienes o derechos afectos a créditos con privilegio especial», *ADCo*, núm. 34 (2015), pp. 91-100; FERNÁNDEZ SEIJO, J. M., «La venta de unidades productivas en el procedimiento concursal abreviado», en ROJO, A. y CAMPUZANO, A.B. (coords.), *Estudios jurídicos en memoria del profesor Emilio Beltrán. Liber amicorum*, t. 2, Valencia (Tirant lo Blanch), 2015, pp. 2119 y ss.; GENTO CASTRO, Z., «La venta de la unidad productiva en el concurso», en CAMPUZANO, A.B. y SANJUÁN Y MUÑOZ, E. (dirs.), *El Derecho de la insolvencia. El concurso de acreedores*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2015, pp. 715-740; SEBASTIÁN QUETGLAS, R., «La venta de empresa en el concurso de acreedores», en SEBASTIÁN QUETGLAS, R. (dir.), *Manual de fusiones y adquirentes de empresas*, Madrid (Wolters Kluwer), 2016, pp. 661 y ss.

II. LA EVOLUCIÓN NORMATIVA DE LA VENTA DE LA UNIDAD PRODUCTIVA EN LA LEGISLACIÓN CONCURSAL

El texto original de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, no introdujo una regulación de la enajenación de la unidad productiva, se limitó a contener referencias puntuales a lo largo del articulado y a hacer mención expresa en la exposición de motivos a la voluntad del legislador de procurar la conservación de las empresas o unidades productivas de bienes o servicios integradas en la masa, mediante su enajenación como un todo. Esta posibilidad tiene como límite el hecho de que resulte más conveniente a los intereses del concurso la división o la realización aislada de todos o alguno de los elementos que integran la empresa o la unidad productiva (exp. de mot. VII). De este modo la Ley Concursal, en su primitiva redacción, limitaba la regulación de la enajenación de la unidad productiva a dos referencias básicas contenidas en el tratamiento legal del convenio y en sede de liquidación.

Respecto de la fase de convenio, la Ley Concursal reguló el contenido de la propuesta de convenio concursal⁸. En base a una interpretación literal de la norma, el convenio debe tener necesariamente un contenido esencial, que representan las quitas y/o esperas (art. 100.1 LC). Este contenido necesario podrá ir acompañado de un contenido potestativo (arts. 100.2 y 100.3 LC), que no se puede imponer al acreedor, ya que este viene facultado a elegir si se acoge o no al mismo⁹. De esta forma, siempre que se respete el contenido esencial del convenio, se podrá incluir en la propuesta las más variadas estipulaciones, sin más límites que los generales (art. 1255 CC) y los especiales que contiene la Ley Concursal¹⁰.

⁸ Difiere la Ley Concursal de la legislación anterior que partía del principio de libertad de contenido del convenio. En este sentido, Valpuesta afirmó que el artículo 100 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, era uno de los preceptos más novedosos, ya que frente al principio de libertad de pactos contenidos en el artículo 1255 del Código Civil y al silencio normativo acerca de los posibles contenidos del convenio que guardaba la legislación anterior, el artículo 100 realiza una previsión con cierto detalle de posibles contenidos y una prohibición de algunos de ellos. V. VALPUESTA, E., «Artículo 100. Contenido de la propuesta de convenio», en CORDÓN MORENO, F. (dir.): *Comentarios a la Ley Concursal*, t. II, 2.ª ed., Cizur Menor (Aranzadi), 2010, pp. 77 y ss. Sobre el contenido de la propuesta de convenio, v., también, GONZÁLEZ GOZALO, A., «Artículo 100», en BERCOVITZ, R. (coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Madrid (Tecnos), 2004, pp. 1139-1170; GUTIÉRREZ GILSANZ, A., «Artículo 100. Contenido de la propuesta de convenio», en PULGAR, J. (dir.), *Comentario a la Ley Concursal*, Madrid (La Ley), 2016, pp. 1302-1322.

⁹ Rojo afirma que la Ley Concursal en relación al principio de autonomía privada del deudor y de la colectividad de acreedores para configurar el contenido del convenio ha preferido seguir una «vía intermedia», en la que se combina la exigencia de un contenido esencial (art. 100.1 LC), al que se puede añadir un contenido alternativo (art. 102 LC) y un contenido potestativo, con un catálogo de prohibiciones legales (art. 100.3 LC). V. ROJO, Á., «El contenido del convenio», *Revista Poder Judicial*, núm. XVIII (2004), pp. 358-361. Del mismo autor, «Artículo 100. Contenido de la propuesta de convenio», en ROJO, Á. y BELTRÁN, E. (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, t. II, Madrid (Civitas), 2004, pp. 1864 y ss.

¹⁰ Para Rojo, la determinación de los límites de la autonomía de la voluntad no siempre constituye una tarea sencilla. En este sentido, señala que, para orientar al intérprete en esa delicada tarea, es importante tener en cuenta las dos reglas siguientes: por un lado, la de que la introducción de cláusulas en la propuesta debe respetar el contenido esencial, de modo tal que todo convenio tiene que contener proposiciones de quita, de espera o de quita y espera; por otro lado, la de que las prohibiciones legales en orden al contenido del convenio

Como posible contenido del convenio, la Ley Concursal contempló la proposición de enajenación de la empresa o determinadas unidades productivas de la misma a favor de una persona natural o jurídica determinada, que debía necesariamente asumir la continuidad de la actividad empresarial o profesional propia de las unidades productivas a las que afecte (art. 100.2 LC)¹¹. La norma estableció que en estos casos los representantes legales de los trabajadores deben ser oídos.

Por su parte, en la fase de liquidación, la Ley Concursal estableció que en el plan de liquidación deberá incluirse, con carácter preferente, la enajenación unitaria del conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes y servicios (art. 148.1 LC)¹². Ahora bien, si el plan de liquidación no llegara a presentarse

tienen que ser objeto de una interpretación restrictiva. Este régimen jurídico del contenido de la propuesta de convenio tiene carácter general y, por tanto, es indiferente que el estado de insolvencia sea actual o inminente, que el concurso sea voluntario o necesario, que la propuesta de convenio se formule por el concursado o por los acreedores, y que esa propuesta de convenio sea de tramitación ordinaria o constituya una propuesta anticipada; v., a este respecto, ROJO, Á., «El contenido del convenio», cit., p. 361.

¹¹ Es lo que en la anterior legislación se conocía como el convenio de asunción del pasivo, que admitía expresamente el artículo 928 del Código de Comercio, en relación con la quiebra de las sociedades anónimas, aunque se entendía que podía extenderse su admisibilidad en relación con cualquier quiebra o suspensión de pagos. V., sobre la transmisión de la empresa en la fase de convenio, entre otros, ROJO, Á., «Artículo 100. Contenido de la propuesta de convenio», cit., pp. 1864-1899; FERNÁNDEZ SEIJO, J. M., «Transmisión de la empresa», cit., pp. 2808-2809; ESCOLÀ BESORA, M. E., «La venta de unidad productiva en nuestro ordenamiento», en LLORET VILLOTA, J. y MARQUÉS VILALLONGA, J.M. (coords.), *La venta de la unidad productiva en sede concursal*, Barcelona (Bosch), 2015, pp. 91-93.

¹² La justificación de la preferencia que se otorga en la liquidación a la enajenación de la unidad productiva como un todo, que se encuentra ya en el texto originario de la Ley Concursal, hay que buscarla en la exposición de motivos. En esta se expone que la ley procura la conservación de las empresas o unidades productivas de bienes o servicios integrados en la masa (y, con ello, de los puestos de trabajo existentes), mediante su enajenación como un todo (exp. de mot. VII).

Cordón Moreno expone que se trata de una vieja aspiración doctrinal, que en el derecho derogado pasó a inspirar determinados preceptos legales, encaminados a proteger la unidad de la empresa (ya el artículo 1056 del Código Civil, pero, sobre todo, el artículo 928 del Código de Comercio que, al tratar del convenio en la quiebra de las sociedades anónimas, preveía que el mismo pudiera «tener por objeto la continuación o el traspaso de la empresa con las condiciones que se fijan en el mismo convenio»). Había sido recogido por la jurisprudencia (cfr., sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 1943) y aparece también, de una manera explícita, en el artículo 592.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para la ejecución singular, al situar el embargo de la empresa al margen del orden de prelación de bienes a embargar del apartado anterior. V. CORDÓN MORENO, F., «La enajenación de unidad productiva de la que formen parte bienes o derechos afectos a créditos con privilegio especial», cit., pp. 92-93.

En las conclusiones alcanzadas sobre las operaciones de liquidación por los jueces de lo mercantil de Cataluña en el seminario celebrado el 23 de marzo de 2011 se afirma que la regla general prevista en los artículos 148.1 y 149.1 de la Ley Concursal es la venta conjunta de los bienes que integran las unidades productivas y, por tanto, solo se deben vender los bienes aisladamente cuando esta opción sea más beneficiosa para los intereses del concurso porque se pueda obtener de esta forma un mejor resultado para pagar a los acreedores. En esta línea se señala que, para justificar el criterio de venta de la unidad productiva, «sería conveniente que la administración concursal en su plan de liquidación pudiera indicar no solo las expectativas de precio a obtener, sino también el impacto o incidencia que pudieran tener en el concurso las ofertas que permitieran una minoración de los créditos contra la masa –si hay subrogación de contratos de trabajadores no habrá extinciones, también se

o no fuera aprobado por el juez, se aplicarán las «reglas legales supletorias» que a tales efectos contempla la Ley Concursal¹³.

En la misma línea que lo establecido por la norma respecto del plan de liquidación, la regla supletoria primera impuso al juez la enajenación «como un todo» del conjunto de establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes o de servicios de la concursada (art. 149.1.1.º LC). Esta regla tiene una excepción, esto es, no operará la enajenación «como un todo» cuando, previo informe de la administración concursal, se estime más conveniente para los intereses del concurso su previa división o la realización aislada de todos los elementos o solo de algunos de ellos¹⁴.

podrá computar la parte de crédito laboral que asume el Fogasa–; también deberá exponerse con claridad si la venta de la unidad productiva incide en el crédito con privilegio especial por subrogación en los contratos pendientes o por los acuerdos particulares que el comprador pueda alcanzar con el acreedor con dicho privilegio. En definitiva, el valor de la venta de la unidad productiva se debe considerar en su aspecto positivo –mayor precio– y en su aspecto negativo –reducción de pasivo y, por lo tanto, mejora de las expectativas de cobro de los acreedores ordinarios–».

V., sobre la enajenación de la unidad productiva en la fase de liquidación, entre otros, CORDÓN MORENO, F., «La enajenación de unidad productiva de la que formen parte bienes o derechos afectos a créditos con privilegio especial», cit., pp. 92-94; GARCÍA-CHAMÓN CERVERA, E., «Las especialidades de la transmisión de unidades productivas en la fase común o en la fase de liquidación», *ADCo*, núm. 34 (2015), pp. 85-89; FERNÁNDEZ SEIJO, J. M., «Transmisión de la empresa», cit., pp. 2809-2821; GENTO CASTRO, Z., «La venta de la unidad productiva en el concurso», cit., pp. 722 y ss.; ESCOLÀ BESORA, M. E., «La venta de unidad productiva en nuestro ordenamiento», cit., pp. 93-100; GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J. C., «Artículo 148. Plan de liquidación», en PULGAR, J. (dir.), *Comentario a la Ley Concursal*, Madrid (La Ley), 2016, pp. 1605-1643.

¹³ Estas reglas también se aplican en todo aquello que no hubiera previsto el plan de liquidación aprobado (art. 149.1 LC). V. BELTRÁN, E. y MERCADER, J., «Artículo 149. Reglas legales supletorias», en ROJO, Á. y BELTRÁN, E. (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, t. II, Madrid (Civitas), 2004, pp. 2381 y ss.; VELASCO SAN PEDRO, L. A., «Artículo 149. Reglas legales supletorias», en PULGAR, J. *et al.* (dirs.), *Comentarios a la legislación concursal*, t. II, Madrid (Dykinson), 2004, pp. 1333-1339; HUALDE LÓPEZ, I., «Artículo 149. Reglas legales supletorias», en CORDÓN MORENO, F. (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, t. II, 2.ª ed., Cizur Menor (Aranzadi), 2010, pp. 434 y ss.; ESCOLÀ BESORA, M. E., «La venta de unidad productiva en nuestro ordenamiento», cit., pp. 100-102; GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J. C., «Artículo 149. Reglas legales de liquidación», en PULGAR, J. (dir.), *Comentario a la Ley Concursal*, cit., pp. 1644-1683.

¹⁴ Córdón Moreno pone de manifiesto que no contiene la Ley Concursal criterio alguno para la concreción de esos intereses, como tampoco establece qué significado ha de darse a la expresión «siempre que sea factible» del artículo 148.1 de la Ley Concursal, que debe guiar la propuesta de la administración por la enajenación unitaria. La doctrina ha considerado que habrá que atender a lo que sea más conveniente para la mejor satisfacción de los acreedores que, como se recoge en la exposición de motivos de esta norma, es la «finalidad esencial del concurso», estando comprendidos dentro de este criterio tanto la imposibilidad real de encontrar compradores como la inviabilidad económica, cuya concurrencia deberá ser apreciada por la administración concursal al elaborar el plan de liquidación y por el juez al enjuiciar la conveniencia para el interés del concurso del plan que se le presente (cf., art. 148.2 LC) o al optar por uno y otro sistema (venta de la unidad productiva o de sus elementos aislados) en el ámbito de las reglas supletorias. V. CORDÓN MORENO, F., «La enajenación de unidad productiva de la que formen parte bienes o derechos afectos a créditos con privilegio especial», cit., pp. 92-93.

Tras la promulgación de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, se establece que el juez aplicará necesariamente el procedimiento abreviado cuando el deudor presente, junto con la solicitud de concurso, un plan de liquidación que contenga una propuesta escrita vinculante de compra de unidad productiva (art. 190.3 LC)¹⁵. La legislación concursal antepone en la fase de liquidación la venta del conjunto de los establecimientos o unidades productivas en su conjunto a la venta aislada de los elementos del activo porque persigue el mantenimiento productivo de la unidad de negocio transmitida en beneficio de los trabajadores que continuarán prestando sus servicios evitando la situación de desempleo, en favor de los acreedores porque se podrá obtener un precio superior al que resultaría de la venta individualizada de los elementos del activo, y en beneficio de la economía en general porque es preferible la continuación de la actividad a la desaparición de una empresa¹⁶.

Por su parte, el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en material concursal, introdujo una serie de medidas en materia de liquidación, y en concreto sobre la transmisión de unidades productivas en sede concursal. Dichas medidas, establecieron una serie de especialidades en relación a la subrogación de créditos no satisfechos por el concursado, por parte de la adquirente de la unidad productiva y en concreto, sobre las deudas que pudieran tener las entidades deudoras frente a la Tesorería General de la Seguridad Social.

III. LA CONFIGURACIÓN DE LA UNIDAD PRODUCTIVA EN LA LEY CONCURSAL

La Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, introdujo la definición de unidad productiva. La norma define la unidad productiva como una entidad económica que mantiene su

¹⁵ Con carácter general sobre la transmisión de la unidad productiva en la fase común v., entre otros, GARCÍA-CHAMÓN CERVERA, E., «Las especialidades de la transmisión de unidades productivas en la fase común o en la fase de liquidación», cit., pp. 84 y 85; SIERRA NOGUERO, E., «La enajenación de unidad productiva en la fase común del concurso (a propósito del auto del juzgado de lo mercantil n.º 8 de Madrid, de 20 de diciembre de 2013)», *RDCyP*, núm. 21 (2014), pp. 193 y ss.

¹⁶ En esta línea, la reforma llevada a cabo por el Real Decreto Ley 11/2014, de 5 de septiembre, de reformas urgentes en materia concursal, pretende incentivar las liquidaciones concursales traslativas y, con la finalidad de coadyuvar a su fomento, establece un portal de acceso telemático en la disposición adicional segunda en el que figurará una relación de las empresas en fase de liquidación concursal y cuanta información resulte necesaria para facilitar la enajenación de la misma. Sobre esta cuestión, Gento Castro señala que con la finalidad de favorecer la continuidad de las empresas económicas viables se adoptan una serie de medidas tendentes a flexibilizar la transmisión tanto del negocio del concursado como de una de sus ramas de actividad, en cualquiera de las fases del concurso. Ahora bien, a juicio de esta autora, paradójicamente, algunos de los cambios introducidos parecen ir en sentido contrario puesto que en toda la reforma se observa una «hipertrofia del crédito público», ya que entiende que esa protección a ultranza puede frustrar la continuidad de las empresas económicamente viables. V. GENTO CASTRO, Z., «La venta de la unidad productiva en el concurso», cit., pp. 717 y ss. A este respecto, v. GARCÍA-CHAMÓN CERVERA, E., «Las especialidades de la transmisión de unidades productivas en la fase común o en la fase de liquidación», cit., pp. 82-85.

identidad, y que se configura como un conjunto de medios organizados susceptibles de llevar a cabo una actividad económica, bien esencial, bien accesoria (art. 149.4 LC). Esta definición ya estaba contemplada en el Ordenamiento jurídico español, concretamente, en el Estatuto de los Trabajadores (art. 44.2 ET)¹⁷. La norma se inclina por la venta de la empresa, unidad o unidades productivas de manera que se procure la continuidad de la actividad y el mantenimiento de los puestos de trabajo¹⁸.

¹⁷ El Estatuto de los Trabajadores establece 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» (art. 44.2 ET). Esta definición es una copia prácticamente literal de la definición de «traspaso» del artículo 1.b) de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad.

Mientras la Directiva 2001/23/CE referente al mantenimiento de los derechos de los trabajadores señala que esta se aplica a los traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o centros de actividad a otro empresario como resultado de una cesión contractual o de una fusión (art. 1.1.a) Directiva 2001/23/CE), por su parte, el Estatuto de los Trabajadores establece la regla de continuidad de los contratos laborales cuando se produce el cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma (art. 44.1 ET). Así las cosas, la sucesión de empresa opera tanto en el cambio de titularidad total, es decir, cuando afecta a la empresa en su conjunto, como cuando se produce una transmisión parcial que afecta únicamente a un centro de trabajo o unidad productiva (art. 44.1 ET y art. 1.1.a) Directiva 2001/23/CE).

La principal diferencia que existe entre los preceptos de la norma comunitaria y la normativa nacional es la referencia en la regulación interna a la «unidad productiva autónoma». Sin embargo, ello no tiene trascendencia en tanto que ambos cuerpos legales emplean la misma definición para determinar si ha existido o no una sucesión de empresa, es decir, que «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».

El Tribunal Supremo de manera reiterada ha señalado que el elemento relevante para determinar la existencia de una transmisión, «consiste en determinar si la entidad de que se trata mantiene su identidad, lo que se desprende, en particular, de la circunstancia de que continúe efectivamente su explotación o de que esta se reanude (sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 18 de marzo de 1986, *Spijkens*, 24/85; de 11 de marzo de 1997, *Süzen*, C-13/95; de 20 de noviembre de 2003, *Abler* y otros, C-340/01 y de 15 de diciembre de 2005, *GuneyGorres*, C-232/04 y 233/04). La transmisión debe referirse a una entidad económica organizada de forma estable, cuya actividad no se limite a la ejecución de una obra determinada (sentencia de 19 de septiembre de 19956, *Rygaard*, C-4888/94), infririéndose el concepto de entidad a un conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio (sentencias *Süzen* y *Abler* y otros, antes citadas)». V., entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2017 (Roj: STS 1270/2017) y de 27 de febrero de 2018 (Roj: STS 752/2018).

¹⁸ A este respecto, Fernández Seijo señala que en la práctica judicial se han planteado dudas sobre el alcance del término unidad productiva, «concretamente sobre si para que pueda existir una unidad productiva resulta imprescindible que haya contratos laborales en vigor». A su juicio, en la medida en que la definición de unidad productiva remite a un concepto de carácter económico, será preciso incluir todos los elementos que sean imprescindibles para asegurar su funcionamiento. V. FERNÁNDEZ SEIJO, J. M., «La venta de unidades productivas en el procedimiento concursal abreviado», cit., p. 2124.

Malagón Ruiz resuelve esta cuestión basándose en la distinción, por un lado, de lo que es transmisión de empresa o de unidades productivas y, por otro, de lo que es una venta en globo o transmisión unitaria. A su juicio, en el primer supuesto, habría medios humanos, es decir, trabajadores de la empresa concursada que aseguran que lo transmitido es apto para la continuidad de la actividad económica, sin otra exigencia contractual. En el caso contrario, esto es, el segundo supuesto, estaríamos ante venta en globo o conjunta de determinados

El concepto de unidad productiva no ha sido objeto de modificaciones desde su inclusión en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. El legislador en la reforma operada por el Real Decreto Ley 11/2014 se limitó a incluir un nuevo precepto sobre «[e]specialidades de la transmisión de unidades productivas» (art. 146 bis LC)¹⁹. Este precepto establece los principales efectos que se derivan de la transmisión de la unidad productiva, de un lado, la cesión al adquirente de los derechos y obligaciones derivados de los contratos afectos a la continuidad de la actividad profesional o empresarial cuya resolución no se hubiera solicitado, así como de las licencias y autorizaciones administrativas ambientales afectas a la continuidad de la actividad, con determinadas excepciones y, de otro, la exención de obligación por parte del adquirente de la obligación de pago de los créditos no satisfechos por el concursado antes de la transmisión con sus excepciones²⁰.

A este precepto se remiten los artículos que en la fase común y del convenio regulan la transmisión de unidades productivas. Esta remisión fue incluida en la Ley Concursal tras la reforma operada por el mencionado Real Decreto Ley 11/2014. Respecto de la fase común, se establece que en el caso de transmisión de las unidades productivas de bienes o servicios pertenecientes al concursado se estará a lo dispuesto por el artículo 146 bis (art. 43.3 LC). Por su parte, en relación al convenio, se establece que las propuestas que contengan proposiciones de enajenación, bien del conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a su actividad empresarial o profesional, bien de determinadas unidades productivas a favor de una persona natural o jurídica determinada, se regirán también por lo dispuesto en el artículo 146 bis de la Ley Concursal²¹.

activos, que pueden llegar a ser todos los que componen la masa activa, pero que no sería por sí sola apta para la actividad productiva al exigir la contratación de empleados. V. MALAGÓN RUIZ, P. J., «La transmisión de unidades productivas», cit., p. 3.

¹⁹ V. VALPUESTA, E., «Artículo 146 bis. Especialidades de la transmisión de unidades productivas», en PULGAR, J. (dir.), *Comentario a la Ley Concursal*, cit., pp. 1582-1603.

²⁰ Escolà Besora pone de manifiesto que de la lectura del artículo 146 bis de la Ley Concursal se observa, como su propio título indica, que no regula todo el proceso de venta de las unidades productivas, sino únicamente algunas especialidades, las cuales se centran básicamente en los efectos de la transmisión de la unidad productiva, por lo que continuarán subsistiendo muchas dudas, sobre todo en relación a la tramitación del proceso de venta. V. ESCOLÀ BESORA, M. E., «La venta de unidad productiva en nuestro ordenamiento», cit., p. 87; BLANCO GARCÍA-LOMAS, L., «Cesión de contratos y licencias», en DÍAZ MORENO, A. y LEÓN SANZ, F.J. (dirs.), *Acuerdos de refinanciación, convenio y reestructuración. Las reformas de 2014 y 2015 de la Ley Concursal*, Cizur Menor (Aranzadi), 2015, p. 405.

²¹ A Escolà Besora le sorprende la remisión que hace el artículo 146 bis al artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, ya que este en su artículo 57 establece que, en caso de concurso, a los supuestos de modificación, suspensión y extinción colectivas de los contratos de trabajo y de sucesión de empresa, se aplicarán las especialidades previstas en la Ley Concursal. Esta autora entiende que «resulta del todo desafortunada esta remisión porque reintroduce de nuevo toda la discusión acerca de si la transmisión de la unidad productiva comporta la sucesión de empresa a nivel laboral, cuestión ya superada en los tribunales en el sentido de que no existe sucesión de empresa a nivel laboral si así se indica expresamente en el auto de adjudicación de la unidad productiva, pues así lo permite expresamente el art. 149.4 LC, siendo una facultad discrecional del juez del concurso, prevaleciendo la normativa concursal respecto de la social, como permite la normativa comunitaria, para poder salvar los puestos de trabajo». En esta línea, Gento Castro señala, precisamente, que «la figura de la

Asimismo, producto de las modificaciones operadas por el Real Decreto Ley 11/2014, se incluye entre los documentos que se unirán al informe de la administración concursal, la valoración de la empresa en su conjunto y de las unidades productivas que la integran bajo la hipótesis de continuidad de las operaciones y liquidación (art. 75.2.5.º LC).

Los años de vigencia de la Ley Concursal y las sucesivas modificaciones de las que ha sido objeto han dado un mayor protagonismo a la venta de la unidad productiva hasta el punto de concebirla como una de las soluciones más satisfactorias a la situación de concurso del deudor. Esta vía de solución permite conciliar diferentes intereses: la maximización del valor de la masa activa, la satisfacción del derecho de crédito de los acreedores concursales, la continuidad de la actividad económica y la conservación de puestos de trabajo²².

IV. LA SUCESIÓN DE EMPRESA EN EL ÁMBITO CONCURSAL Y LOS LÍMITES A LA EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD

El precepto que regula la sucesión de empresa en el marco de un procedimiento concursal no supone novedad alguna con respecto a la normativa general. La transmisión de una empresa, dentro o fuera de un concurso de acreedores, es inequívocamente una sucesión de empresa en todos los sentidos y, especialmente, a efectos de la aplicación de la normativa de tutela de los trabajadores y de la transmisión de los contratos de trabajo (art. 44 ET)²³. En esta línea, el Tribunal Supremo ha señalado que el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores es una norma de carácter imperativo y, por tanto, para que no opere el fenómeno de la sucesión es necesario que exista una disposición que estableciera que en el caso de que una empresa se encuentre en situación de concurso no se produce la sucesión de empresa²⁴.

La transmisión de la unidad productiva y la consiguiente sucesión de empresa se producirán tanto en caso de que la empresa se transmita de acuerdo con el plan de liquidación (art. 148 LC), así como también como consecuencia de las propuestas de convenio en el que se incluyan proposiciones de enajenación de determinadas unidades productivas a favor de una persona natural o jurídica determinada (art. 100.2 LC). Ahora bien, las peculiaridades establecidas legalmente solo son aplicables cuando la transmisión se realice dentro de la fase de liquidación y en ausencia de plan probado judicialmente, es decir, cuando sean resultado de la enajenación a la que se refiere la regla primera del artículo 149 (art. 149.2 LC)²⁵.

sucesión de empresa nace en el marco de un derecho tuitivo como lo es el Derecho laboral y basado en la idea de evitar una conducta fraudulenta como lo sería el traspaso de los trabajadores a una empresa insolvente, pero pierde justificación, al menos con carácter general y sin admitir excepciones, en el marco de un procedimiento concursal». V. ESCOLÀ BESORA, M. E., «La venta de unidad productiva en nuestro ordenamiento», cit., pp. 120 y ss.; GENTO CASTRO, Z., «La venta de la unidad productiva en el concurso», cit., p. 731.

²² V. RIPOL CARULLA, I., «Venta de unidad productiva y consecución de la finalidad del concurso», cit., p. 361.

²³ V. BELTRÁN, E. y MERCADER, J., «Artículo 149. Reglas legales supletorias», cit., pp. 2387-2390.

²⁴ V., sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2018 (Roj: STS 752/2018).

²⁵ V. BELTRÁN, E. y MERCADER, J., «Artículo 149. Reglas legales supletorias», cit., pp. 2387-2390.

El artículo 149 de la Ley Concursal establece las normas generales que son aplicables a la enajenación de unidades productivas. En primer lugar, no toda enajenación en el ámbito de la liquidación concursal tiene la virtualidad de generar el efecto de la sucesión de empresa, solo la que reúna los requisitos contemplados en la propia norma. La Ley Concursal enuncia los presupuestos cuyo cumplimiento va a determinar que la transmisión patrimonial esté acompañada de una sucesión de empresa: por un lado, que vaya referida a una organización de medios materiales y humanos afectos al desarrollo de alguna actividad económica esencial o accesorio, y, por otro, que la actividad de ese ente organizado sea objeto de continuidad por el adquirente²⁶.

En segundo lugar, el mencionado precepto, entre sus reglas, señala que si la entidad económica de que se trate mantiene su identidad se entenderá que existe sucesión de empresa, pudiendo acordar el juez que el adquirente no se subrogue en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por el Fondo de Garantía Salarial, y el cesionario y los representantes de los trabajadores podrán acordar modificaciones de las condiciones colectivas de trabajo (art. 149.4 LC)²⁷.

La posibilidad de que el adquirente no se subrogue en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación trata de evitar que el potencial adquirente se desmotive al constatar la entidad de las deudas laborales pendientes

²⁶ Es indiferente que la sucesión de empresa traiga causa de las operaciones de liquidación ordenadas en un plan de liquidación aprobado judicialmente o que las mismas se desarrollen de conformidad con las reglas supletorias. Así, el hecho de que la norma esté ubicada en el ámbito de tales reglas no significa que en el marco de un plan de liquidación la sucesión de empresa prevista por aquella no pueda acontecer. V. HUALDE LÓPEZ, I., «Artículo 149. Reglas legales supletorias», cit., pp. 447 y ss.

²⁷ Esta primera excepción guarda correspondencia con el artículo 5.2.a) de la Directiva 2001/23, que permite a los Estados miembros disponer que no se transfieran al cesionario las obligaciones pecuniarias derivadas de las relaciones laborales y en situación de impago, siempre que se garantice a los trabajadores una protección equivalente, como mínimo, a la establecida para las situaciones amparadas por la Directiva 80/987, sobre protección de los trabajadores en los casos de insolvencia del empresario. Para Hualde López, la Ley Concursal, con un criterio restrictivo, no ha optado por apurar todo el margen de maniobra ofrecido por esa norma comunitaria.

A través de la segunda excepción, esto es, la relativa a la posibilidad de que el cesionario y los representantes de los trabajadores suscriban acuerdos para la modificación de las condiciones colectivas de trabajo, la Ley Concursal viene a recoger en su reglamentación el contenido del artículo 5.2.b) de la misma Directiva. Esta norma consiente a los Estados miembros autorizar que, en el supuesto de apertura de un procedimiento de insolvencia a un cedente, el cesionario y los representantes de los trabajadores pacten «cambios en las condiciones contractuales de empleo de los trabajadores, con la finalidad de mantener las oportunidades empleo al garantizar la supervivencia de la empresa o del centro de actividad».

Velasco San Pedro entiende que estas especialidades en materia de sucesión de empresa evidencian que los redactores de la norma concursal son conscientes de que el mantenimiento de las relaciones laborales y la asunción de las correspondientes responsabilidades sociales y laborales por el adquirente pueden obstaculizar en la práctica la realización unitaria de la empresa o de sus establecimientos.

V. HUALDE LÓPEZ, I., «Artículo 149. Reglas legales supletorias», cit., pp. 447 y ss.; VELASCO SAN PEDRO, L. A., «Artículo 149. Reglas legales supletorias», cit., p. 1337. También, v. GENTO CASTRO, Z., «La venta de la unidad productiva en el concurso», cit., pp. 728-736.

de pago; deudas cuyo vencimiento tuvo lugar con anterioridad a la transmisión de la empresa y que acompañan a esta en el cambio de titularidad, correspondiendo su asunción al cedente y al cesionario en régimen de solidaridad (art. 44.3 ET). Ahora bien, la posibilidad de que el juez libere al adquirente de la obligación de hacer frente a una parte de los salarios e indemnizaciones pendientes de pago al momento de sustanciarse la enajenación, se limita a la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación y que sean asumidos por el Fondo de Garantía Salarial, por lo que el adquirente solamente quedará subrogado en lo que exceda de lo asumido por este organismo.

En esta línea, el Tribunal Supremo en la reciente sentencia de 27 de febrero de 2018 (Roj: STS 752/2018) dictada con motivo de unificación de la doctrina, añade que en caso de sucesión empresarial no solo se produce la subrogación del nuevo empresario en los derechos y obligaciones del anterior respecto de los trabajadores cedidos, sino que se mantiene la responsabilidad solidaria de ambas empresas respecto de las deudas laborales que la empresa cedente tuviera pendientes de abonar. Así pues, la única diferencia que existiría entre vender una unidad productiva dentro o fuera del concurso es la facultad que el artículo 149.2 de la Ley Concursal le otorga al juez del concurso de exonerar al adquirente de la deuda laboral en la parte que queda cubierta por el Fogasa con arreglo al artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores. Por el contrario, respecto al resto de deudas laborales y de seguridad social que excedan de este límite, sí se aplicaría la sucesión de empresas del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores en toda su extensión²⁸.

²⁸ En esta línea se ha pronunciado el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 22 de junio de 2017 (Roj: STSJ AND 6452/2017). Para este tribunal «ni el plan de liquidación ni después el juez del concurso al aprobarlo o modificarlo, pueden obviar la existencia de la sucesión de empresa ni las consecuencias que el art. 44 ET le anuda», salvo lo contemplado en el artículo 149.4 de la Ley Concursal. En relación a este precepto, el tribunal sostiene que «no excluye de forma absoluta la responsabilidad solidaria del cesionario pues la misma se mantendrá, al menos sobre las partidas no cubiertas por la protección que dispensa el FOGASA, tanto de aquellas que no son objeto de su tutela, como de la parte de aquellas que siéndolo, excede de su garantía, porque el legislador se limita a no reclamar del cesionario las cuantías en las que se subrogó el FOGASA». Asimismo, también sostiene que el contenido del artículo 149.4 de la Ley Concursal no se refiere a «una exoneración parcial del efecto de subrogación que prevé el art. 44.1 ET en el contenido de los contratos de trabajo, sino que lo que limita el precepto es la responsabilidad solidaria que el art. 44.3 ET impone al cesionario respecto a las obligaciones salariales íntegras anteriores a la transmisión». Este razonamiento y criterio defendido por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía ha sido confirmado por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 18 de octubre de 2017 (Roj: STSJ CAT 8985/2017) —que también se hace eco de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 16 de junio 2017 (Roj: STSJ GAL 4469/2017)—. De lo expuesto a este respecto por los tribunales se pueden extraer los siguientes razonamientos:

a) Del artículo 149.4 de la Ley Concursal se extrae que el juez del concurso, en el momento de autorizar la operación de venta de una unidad productiva únicamente puede referirse a la no subrogación del adquirente respecto de la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por el Fondo de Garantía Salarial de conformidad con el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores. En cambio, el juez del concurso no puede intervenir en la fijación del resto de las consecuencias de la enajenación y, en concreto, de los efectos de la sucesión de empresa puesto que el artículo 149.4 de la Ley Concursal no le faculta para ello.

b) Los efectos de la sucesión de empresa producida como consecuencia de la venta de activos previstos en el artículo 149.1 de la Ley Concursal tienen que ser necesariamente los previstos en el apartado cuarto

V. ALCANCE DEL PRONUNCIAMIENTO DEL JUEZ DEL CONCURSO SOBRE LA SUCESIÓN DE EMPRESA

Durante muchos años, existió un intenso debate entre los jueces de lo mercantil y de la jurisdicción social sobre si el juez que conoce del concurso de acreedores puede pronunciarse los efectos laborales derivados de una sucesión de empresa cuando se trasmite una unidad productiva autónoma en sede concursal. La doctrina jurisprudencial de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha entendido que el pronunciamiento de los jueces de lo mercantil sobre la existencia de una sucesión de empresas a efectos laborales no les vincula²⁹, salvo en lo relativo a la posibilidad de exonerar al adquirente de las deudas laborales y de seguridad social cubiertas por el Fogasa conforme al artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores³⁰.

del mencionado precepto, incluida, si procede, la no subrogación respecto exclusivamente, del Fogasa, sin perjuicio de que la empresa adjudicataria tenga que hacer frente al pago del resto de retribuciones salariales e, incluso, indemnizatorias, más allá de los máximos legales a cargo de dicha entidad.

c) Conforme a la redacción dada por el Real Decreto Ley 11/2014 (de aplicación a partir del 07/09/2014), y la posterior dada por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal (vigente desde el 27/05/2015), si concurren los requisitos del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores no es posible eludir su aplicación, por imperativo de los apartados tercero y cuarto del artículo 146 bis de la Ley Concursal. Por tanto, la única especialidad concursal será la limitación de la responsabilidad patrimonial en los términos del artículo 149 de la Ley Concursal. Esto es, el instituto de la sucesión de empresa será aplicable a los supuestos de ventas de unidad productiva en sede concursal, cuando concurren los requisitos legales del artículo 44 Estatuto de los Trabajadores. Ahora bien, cuando la sucesión de empresa acontece en sede concursal, el adquirente (cesionario) también responde por los créditos laborales que el concursado (cedente) tuviera pendientes con una especialidad: la norma da una facultad moduladora al juez del concurso para aminorar esa responsabilidad (art. 149.4 LC). Sobre las últimas novedades en materia de sucesión de empresa y concurso de acreedores, entre otros, v. BETRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., «Sucesión de empresa: últimas novedades jurisprudenciales internas y comunitarias (2016 a 2018)»; «Venta de unidad productiva en concurso y aplicación del art. 44 ET: discrepancias entre las Salas Tercera y Cuarta del TS»; y «Concurso y venta de unidad productiva: límites a la exoneración de responsabilidad», en *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, 2018.

²⁹ Así lo puso de manifiesto la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en su sentencia de 29 de octubre de 2014 (Roj: STS 5228/2014) en la que dijo: «[e]n definitiva, 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». La reciente sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2018 (Roj: STS 752/2018) reitera este pronunciamiento y señala que ha sido una cuestión ya resuelta de forma reiterada por la Sala de lo Social de este tribunal.

³⁰ El Tribunal Supremo ha hecho referencia de manera reiterada que «la competencia para resolver esa cuestión es de esta jurisdicción social, porque en la resolución de ese problema 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». V., entre otras, las sentencias de 11 de enero de 2017 (Roj: STS 456/2017), de 18 de mayo de 2017 (Roj: STS 2207/2017) y de 11 de enero de 2018 (Roj: STS 164/2018).

Esta solución ha sido seguida, igualmente, por la Sala Especial de Conflictos de Competencia del artículo 42 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en sus Autos de 9 de diciembre de 2015 (Roj: ATS 10642/2015) y de 9 de marzo de 2016 (Roj: ATS 2647/2016), dictados en supuestos como el que nos ocupa, resoluciones en las que se ha declarado que cuando se acciona contra sociedades diferentes de la concursada

Así pues, cuando se produce la venta de una unidad productiva de la empresa –en situación de concurso– y esta es adquirida por una tercera empresa en el seno del procedimiento concursal, en el que el auto del Juzgado de lo Mercantil ha adjudicado esta unidad productiva a la tercera empresa, haciendo constar expresamente que no hay sucesión de empresa, ello no vincula a los jueces de la jurisdicción civil³¹.

Esta doctrina ha sido reiterada recientemente por el Tribunal Supremo con motivo de un recurso de casación para la unificación de la doctrina³². La sentencia recoge las siguientes consideraciones:

en liquidación, sin que se encuentren en situación de concurso, la competencia corresponde a la jurisdicción social. En estas resoluciones se afirma que la competencia atribuida al juez del concurso cede en favor de los órganos de la jurisdicción social cuando: «1. La acción ejercitada, de ser estimada, llevaría aparejada la condena de diversos sujetos que no son parte en el procedimiento concursal, en el que intervienen la entidad concursada [cualquiera de ellas puesto que son varias, no todas, en este caso], como deudoras, y los acreedores. (...) Este análisis ya ha sido abordado previamente por la doctrina de esta sala, que, con ocasión de la interpretación del incidente concursal laboral contemplado en el artículo 64.10 de la LC, en los autos 24/2011, de 6 de julio (conflicto 23/2010) y 30/2011, de 6 de julio (conflicto 19/2011), se declaró que el juez del concurso es excepcionalmente competente para conocer de las acciones individuales de extinción del contrato de trabajo, pero solo cuando reúnen acumulativamente determinados requisitos, entre los que se encuentra que la acción se dirijan “contra el concursado, ya que de dirigirse contra un grupo empresarial generador de responsabilidad solidaria cuyos integrantes no están declarados en situación concursal, como afirma el auto 17/2007, de 21 de junio (conflicto 11/2007), posteriormente reiterado entre otros en el 117/2007, de 30 de noviembre (conflicto 3/2007), la demanda sobrepasa, tanto en términos materiales como subjetivos, el [objeto] contemplado en el artículo 64.10 de la Ley Concursal”».

³¹ Así lo confirma la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2018 (Roj: STS 752/2018).

³² V., La sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2018 (Roj: STS 752/2018). A continuación se expone el objeto resuelto por esta sentencia. Con fecha 19 de enero de 2015, el Juzgado de lo Social n.º 2 de Sabadell, dictó sentencia el 19 de enero de 2015, autos número 900/2013, estimando la demanda formulada, declarando improcedente el despido de la actora, condenando a las empresas demandadas, GEMA OD, S.A. y OPTICAL DISCS SPAIN S.L.U. conjunta y solidariamente, a que, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, opten entre la readmisión de la demandante o el abono de una indemnización de 31.170,27 euros, así como el abono de salarios de tramitación en caso de optar por la readmisión. Contra la anterior sentencia, la representación letrada de OPTICAL DISCS SPAIN S.L., formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, dictó sentencia en fecha 21 de octubre de 2015 (Roj: STSJ CAT 9728/2015), estimando el recurso formulado, revocando parcialmente la sentencia recurrida, absolviendo a la empresa OPTICAL DISCS SPAIN SLU de los pedimentos contenidos en la demanda en su contra formulada. El tribunal entendió que «no encontrándose la actora entre los trabajadores subrogados, debe concluirse que el Auto del Juez Mercantil excluía la responsabilidad de la empresa adquirente en el pago de la indemnización que pudiera derivarse con ocasión de la declaración de improcedencia del despido de la actora, en tanto que el mismo se produjo antes de la adjudicación, que la misma no se encontraba entre los trabajadores subrogados y que expresamente dicha resolución hacía constar que no se produciría la sucesión entre las empresas. Dicha resolución se dictó en el marco del artículo 148 de la Ley Concursal, que dispone que el Juez Mercantil aprobará la oferta en los términos que, en definitiva, estime convenientes y optando el mismo por aprobar la oferta en los términos que han quedado relatados (vid. hecho probado sexto), sin introducir las limitaciones previstas en el artículo 149.2 de la Ley Concursal, debe concluirse que la recurrente no debe responder solidariamente con la empresa empleadora de las consecuencias de la declaración de improcedencia del despido de la actora». Contra dicha sentencia se interpuso por la Letrada Doña Esther Monferrer Pérez, en representación de Doña Gracia, recurso de casación para la unificación de doctrina aportando, como sentencia contradictoria, la dictada

En primer lugar, la competencia para decidir si existe o no sucesión de empresa, aun tratándose de la adjudicación a una empresa de una unidad productiva en el seno de un concurso, corresponde al orden jurisdiccional Social.

En segundo lugar, el Juez de lo Mercantil es competente para pronunciarse conforme a los términos establecidos en el artículo 9 de la Ley Concursal, si bien con carácter prejudicial. Esto supone que si bien la jurisdicción del juez se extiende a todas las cuestiones prejudiciales civiles (excepto las excluidas en el artículo 8 de la Ley Concursal), las administrativas o las sociales directamente relacionadas con el concurso o cuya resolución sea necesaria para el buen desarrollo del procedimiento concursal, la decisión sobre estas cuestiones no surtirá efecto fuera del proceso concursal en que se produzca.

VI. CONCLUSIONES

La venta de la unidad productiva se ha instituido como una fórmula idónea tanto para satisfacer los derechos de los acreedores, como en pro de la tutela de los distintos intereses confluyentes en el procedimiento. Si se toma como punto de partida el criterio finalista de la Ley Concursal, la unidad productiva puede delimitarse de forma amplia y flexible, pero siempre teniendo como punto de partida que debe existir, por un lado, un mínimo de cohesión entre los elementos patrimoniales que se transmiten y, por otro, independencia respecto al resto del patrimonio social. Por tanto, la unidad productiva ha de ser una parte de la empresa de la concursada, y debe ser susceptible de un aprovechamiento empresarial independiente de aquella.

Durante años existió un importante debate entre los jueces de lo mercantil y de la jurisdicción social sobre el alcance de los pronunciamientos del juez del concurso respecto de los efectos laborales derivados de una sucesión de empresa cuando se transmite una unidad

por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña el 19 de junio de 2015 (Roj: STSJ CAT 6184/2015). En esta sentencia el tribunal había entendido que «el artículo 149.2 de la Ley Concursal establece una regla general que consiste en que cuando como consecuencia de la enajenación del conjunto o, en su caso, de cada unidad productiva del deudor, una entidad económica mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesorio, se considerará, a los efectos laborales y de Seguridad Social, que existe sucesión de empresa. Es decir, como regla general en las enajenaciones producidas en liquidación concursal de entidades productivas, hay sucesión, si se producen los supuestos del art. 44 ET. Invoca las sentencias dictadas por la propia Sala en asuntos similares, entre otras, la más reciente de 2 de julio de 2014, recurso 1984/2014, en la que se establece: “La Sala entiende que sí, sin que a ello sea óbice que el auto de adjudicación se estableciese que la misma no implicaba una sucesión de empresa, al acordar seguidamente al amparo del art. 149.2 LC que el adquirente no se subrogaría en la parte de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que fuese asumida por el Fondo de Garantía Salarial, lo que significa que la exclusión de responsabilidad afectaba únicamente a la parte de deuda de la que se hacía cargo el citado Organismo y que el resto de las deudas laborales debían ser asumidas por la adquirente conforme a lo dispuesto en el art. 44.3 ET”. Concluye consignando que la mercantil Gestió i Serveis 2014 SL debe responder de la deuda que la empresa concursada Almar Bellaterra SA mantiene con el trabajador demandante».

productiva autónoma en sede concursal. Actualmente, la doctrina jurisprudencial sostiene que cuando se produce la venta de una unidad productiva de la empresa en el marco de un procedimiento concursal y esta es adquirida por una tercera empresa en el seno del concurso, si el auto del Juzgado de lo Mercantil ha adjudicado esta unidad productiva a la tercera empresa y hace constar expresamente que no hay sucesión de empresa, ello no vincula a los jueces de la jurisdicción civil.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO LEDESMA, C., «La transmisión de la empresa o de unidades productivas del empresario insolvente como contenido del convenio concursal», *Documentos de trabajo del Departamento de Derecho mercantil*, E-Prints Complutense, núm. 40, 2011 (en línea), 45 p.
- ÁNGEL YAGÜEZ, R., DE, y HERNANDO MENDIVIL, J., «Art. 43», en PRENDES (coord.), *Tratado práctico concursal*, t. II, Cizur Menor (Aranzadi), 2009.
- BELTRÁN, E. y MERCADER, J., «Artículo 149. Reglas legales supletorias», en ROJO, Á. y BELTRÁN, E. (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, t. II, Madrid (Civitas), 2004.
- BLANCO GARCÍA-LOMAS, L., «Cesión de contratos y licencias», en DÍAZ MORENO, A. y LEÓN SANZ, F.J. (dirs.), *Acuerdos de refinanciación, convenio y reestructuración. Las reformas de 2014 y 2015 de la Ley Concursal*, Cizur Menor (Aranzadi), 2015.
- CORDERO LOBATO, E., «La venta de unidad productiva con activos sujetos a garantía real», *Diario La Ley*, núm. 8272, 2014, (La Ley 1183/2014).
- CORDÓN MORENO, F., «La enajenación de unidad productiva de la que formen parte bienes o derechos afectos a créditos con privilegio especial», *ADCo*, núm. 34, 2015.
- ESCOLÀ BESORA, M. E., «La venta de unidad productiva en nuestro ordenamiento», en LLORET VILLOTA, J. y MARQUÉS VILALLONGA, J.M. (coords.), *La venta de la unidad productiva en sede concursal*, Barcelona (Bosch), 2015.
- FERNÁNDEZ SEIJO, J. M., «La venta de unidades productivas en el procedimiento concursal abreviado», en ROJO, Á. y CAMPUZANO, A.B. (coords.), *Estudios jurídicos en memoria del profesor Emilio Beltrán. Liber amicorum*, t. 2, Valencia (Tirant lo Blanch), 2015.
- FERNÁNDEZ SEIJO, J. M., «Transmisión de la empresa», en BELTRÁN, E. y GARCÍA-CRUCES, J.A. (dirs.), *Enciclopedia de Derecho concursal*, t. II, Cizur Menor (Aranzadi), 2012.

- GALLEGO, E., «Art. 43 LC», en GALLEGO, E. (coord.), *Ley concursal. Comentarios, jurisprudencia y formularios*, t. I, Madrid (La Ley), 2005.
- GARCÍA-CHAMÓN CERVERA, E., «Las especialidades de la transmisión de unidades productivas en la fase común o en la fase de liquidación», *ADCo*, núm. 34, 2015.
- GENTO CASTRO, Z., «La venta de la unidad productiva en el concurso», en CAMPUZANO, A.B. y SANJUÁN Y MUÑOZ, E. (dirs.), *El Derecho de la insolvencia. El concurso de acreedores*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2015.
- GONZÁLEZ GOZALO, A., «Artículo 100», en BERCOVITZ, R. (coord.): *Comentarios a la Ley Concursal*, Madrid (Tecnos), 2004.
- GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J. C., «Artículo 148. Plan de liquidación», en PULGAR, J. (dir.), *Comentario a la Ley Concursal*, Madrid (La Ley), 2016.
- GUTIÉRREZ GILSANZ, A., «Artículo 100. Contenido de la propuesta de convenio», en PULGAR, J. (dir.), *Comentario a la Ley Concursal*, Madrid (La Ley), 2016.
- GUTIÉRREZ GILSANZ, A., «La enajenación unitaria de empresa en la liquidación concursal», en ARIAS VARONA, F.J. (dir.), *Conservación de empresas en crisis. Estudios jurídicos y económicos*, Madrid (La Ley), 2013.
- HERRERA CUEVAS, E., «La reorganización traslativa en concurso y sucesión de empresa», *RDCyP*, núm. 9, 2008.
- MALAGÓN RUIZ, P. J., «La transmisión de unidades productivas», *I Foro concursal del Turno de Actuación Profesional*, Bilbao, 2014, p. 3 (en línea). Disponible en <<http://www.icjce-euskadi.com/PonenfiasForoConcursal2014/transmision-unidad-productiva.pdf>> [Consultado el 04/04/2018].
- OLIVENCIA, M., «La satisfacción de los acreedores, fin esencial del concurso», en ROJO, Á. y BELTRÁN, E. (coords.), *Los acreedores concursales: II Congreso Español de Derecho de la Insolvencia*, Cizur Menor (Aranzadi), 2010.
- RIPOL CARULLA, I., «Venta de unidad productiva y consecución de la finalidad del concurso», *RDCyP*, núm. 20, 2014.
- ROJO, Á., «Artículo 100. Contenido de la propuesta de convenio», en ROJO, Á. y BELTRÁN, E. (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, t. II, Madrid (Civitas), 2004.
- ROJO, Á., «El contenido del convenio», *Revista Poder Judicial*, núm. XVIII, 2004.

- SEBASTIÁN QUETGLAS, R., «La venta de empresa en el concurso de acreedores», en SEBASTIÁN QUETGLAS, R. (dir.), *Manual de fusiones y adquisidores de empresas*, Madrid (Wolters Kluwer), 2016.
- SIERRA NOGUERO, E., «La enajenación de unidad productiva en la fase común del concurso (a propósito del auto del juzgado de lo mercantil n.º 8 de Madrid, de 20 de diciembre de 2013)», *RDCyP*, núm. 21, 2014.
- TIRADO MARTÍ, I., «El “interés concursal”. Ensayo de construcción de una teoría sobre la finalidad del procedimiento concursal», *ADC*, núm. 1, 2009.
- TIRADO MARTÍ, I., «Reflexiones sobre el concepto de “interés concursal” (ideas para la construcción de una teoría sobre la finalidad del concurso de acreedores)», *ADC*, núm. 3, 2009.
- VALPUESTA, E., «Artículo 100. Contenido de la propuesta de convenio», en CORDÓN MORENO, F. (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, t. II, 2.ª ed., Cizur Menor (Aranzadi), 2010.
- VELASCO SAN PEDRO, L. A., «Artículo 149. Reglas legales supletorias», en PULGAR, J. *et al.* (dirs.), *Comentarios a la legislación concursal*, t. II, Madrid (Dykinson), 2004.