

**Título: Problemas prácticos en las transmisiones de la unidad productiva en el concurso de acreedores.** (Exposición de las conclusiones del Congreso de magistrados especialistas en mercantil celebrado en Pamplona en noviembre 2015 sobre el particular).

*Autor: Florencio Molina López. Magistrado-Juez titular del Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Barcelona. Magistrado especialista mercantil.*

I.- Introducción

II.- Concepto de unidad productiva en el contexto del concurso de acreedores

III.- Momentos procesales para instar la venta de una unidad productiva: problemas.

IV.- Régimen de la conformidad de los acreedores con privilegio especial en la transmisión de unidades productivas en fase de liquidación: art. 149.2 LC.

V.- Interpretación del concepto “del precio obtenido” a efectos del importe a percibir por los acreedores privilegiados como consecuencia de la transmisión de una unidad productiva sin subsistencia de la garantía.

VI.- Efectos de la transmisión de la unidad productiva I: contratos.

VII.- Efectos de la transmisión de la unidad productiva II: sucesión de empresa y alcance de la subrogación en materia laboral y de la seguridad social. No competencia del juez del concurso

VIII.- Recursos contra el auto de venta de unidad productiva

IX.- Final

I.- Introducción

1. Con el presente artículo trato de exponer algunas cuestiones y dudas teórico-prácticas que se han dado y se siguen generando en los juzgados mercantiles en los supuestos de ventas de unidades productivas en sede concursal. Todo ello desde la perspectiva de mi humilde experiencia y sin ninguna pretensión, más allá de servir de ayuda al profesional o compañero que se enfrenta a este particular tema.

Evidentemente, no se recogen todos y cada uno de los problemas que se pueden derivar en el proceso de venta de unidad productiva en el marco concursal, pero sí, quizá, los más destacados, relevantes y actuales. Algunos, por cierto, sin una solución aún definitiva.

Finalmente, a lo largo del presente estudio haré referencia a los acuerdos alcanzados y, sobre todo, a los desacuerdos sobre algunos de estos problemas, tal y como fueron planteados por mí en el Congreso de magistrados especialistas en mercantil celebrado en Pamplona, en noviembre 2015, en donde tuve el honor de desarrollar delante de mis compañeros magistrados muchos de los puntos conflictivos que a continuación se analizarán.

## II.- Concepto de unidad productiva en el contexto del concurso de acreedores

2. No parece existir un consenso claro a la hora de definir y establecer cuáles son las notas características del concepto de unidad productiva. El problema surge porque la Ley Concursal no nos da un concepto al respecto, pues se limita a regular "*especialidades de la transmisión de unidades productivas*" (art. 146 bis) pero sin aportar una noción. Y ello tiene consecuencias jurídicas importantes pues dependiendo de que aquello que se trata de vender sea o no una unidad productiva, la cataloguemos como tal, le serán o no aplicables aquellas "especialidades". A sensu contrario, si lo que se transmite no entra dentro de lo que denominamos *unidad productiva* podría defenderse que debería quedar exento del conjunto de efectos que se prevé en la Ley Concursal, particularmente, por ejemplo, en materia de subrogación de contratos o de subrogación de deudas laborales y de seguridad social, es decir, no habría sucesión de empresas a tales efectos.

3. Dependiendo de la mayor o menor amplitud que le queramos dar al término, esto es, de lo que integremos dentro del "cajón" unidad productiva, podemos ofrecer diferentes conceptos.

a) Concepto clásico o estricto: *conjunto de medios materiales y humanos que se utilizan para el desarrollo de la actividad que lleva a cabo el concursado*. Este concepto pone de manifiesto que es precisa la conjunción de dos elementos para hablar de unidad productiva: (i) los medios materiales (derechos de crédito, propiedad intelectual e industrial, *know how*, obligaciones, contratos, licencias, concesiones, maquinaria, herramientas y utensilios y local, en su caso, donde se desarrolla la actividad); y (ii) los medios humanos (trabajadores). De esta forma, la conjunción de estos elementos determina el desarrollo de la actividad económica o empresarial a que se refiere la LC.

b) Concepto flexible: esta concepción considera que la existencia de contratos laborales (medios humanos) no es un requisito indispensable para hablar de unidad productiva. El problema de esta opción estaría en establecer la diferencia y la línea divisoria frente a la venta "en globo".

c) Concepto relativo: esta concepción aboga por una concepción casuística de unidad productiva, elaborada al alimón por la administración judicial y el juez del concurso, de tal forma que se pueda delimitar el perímetro de la unidad productiva en la solicitud del concurso, o en el informe de la administración concursal, o en la solicitud de transmisión. En este sentido, debe recordarse la conclusión alcanzada en el Congreso de magistrados

especialistas mercantiles, en Granada, en octubre de 2014: *corresponde al juez del concurso fijar el perímetro de la unidad productiva que es objeto de venta, que incluye tanto el activo (bienes afectos a la unidad productiva), como el pasivo laboral y de la seguridad social, sobre el que recaiga el efecto legal de la sucesión de empresa.*

d) Concepto de unidad productiva como centro de trabajo: con base en la Sentencia del TJUE de 30 de abril de 2015, dictada en el asunto C-80/14, que hace una interpretación de la Directiva 98/59CE exigiendo que se tomen en consideración los despidos efectuados en cada centro de trabajo considerado por separado (caso de empresas con varios centros de trabajo); podría equipararse unidad productiva a centro de trabajo entendido como la entidad a la que los trabajadores afectados por el despido se hallan adscritos para desempeñar su cometido.

4. En mi opinión, habrá que estar al caso concreto para entender aplicable o no la especialidad en la transmisión que establece el art. 146 bis de la LC, no descartando su aplicación en aquellos excepcionales supuestos en los que en el conjunto de medios materiales constituyan por sí el medio para el desarrollo de una actividad económica o empresarial. Así, podríamos concluir que la unidad productiva es aquel conjunto de medios materiales y/o personales que permiten operar de forma organizada en el mercado desplegando una actividad económica o empresarial.

5. En el Congreso de magistrados mercantiles en Pamplona, la mayoría votó a favor de la innecesariedad de los puestos de trabajos o medios humanos para dar una noción de unidad productiva. Si bien se concluyó que esta pregunta quizás dejara de tener importancia para fijar o delimitar el perímetro de la unidad productiva a la vista de la STS Sala Social de 29 de octubre de 2014 - que más adelante explicaré-, y que atribuye a la jurisdicción social la competencia para decidir sobre la subrogación o no del adquirente de la unidad productiva en las cuotas de la Seguridad Social.

### III.- Momentos procesales para instar la venta de una unidad productiva: problemas.

6. Con la reforma concursal del Real Decreto-Ley 11/2015, de 5 de septiembre y luego con la de Ley 9/2015, de 25 de mayo, se ha tratado de flexibilizar la transmisión de las unidades productiva independientemente de la fase del concurso en la que nos encontremos así como dotar de coherencia y coordinación al articulado de la Ley y a las reglas aplicables en tales casos. No obstante, se advierte e identifican una serie de problemas, algunos ya existentes, otros nuevos.

#### a) Venta en fase común

7. El art. 43.4 LC, introducido con la Ley 9/2015, señala: "*en el caso de transmisión de unidades productivas de bienes o servicios pertenecientes al concursado se estará a lo dispuesto por los artículos 146 bis y 149*". Por tanto, por si quedara alguna duda, la venta de

unidades productivas en la fase común del concurso estará sujeta a las especialidades del art. 146 bis y, lo más importante, a las previsiones de todo el articulado del art. 149 LC. En consecuencia, debemos entender que el proceso y los trámites de la venta en esta fase del concurso también estará sujeta a las reglas de información previstas por el apartado tercero de dicho art. 149 LC (identificación del oferente y su solvencia, designación de los bienes y derechos incluidos en la oferta, precio ofrecido, etc.). Esta conclusión pudiera parecer obvia si no fuera porque, como luego veremos, en el caso de las ventas de unidades productivas en fase de convenio, la LC solo se remite al art. 146 bis pero no al art. 149 LC.

8. Sigue sin explicitarse por el legislador la causa o motivo por el que ha de solicitarse o, en su caso, autorizarse la venta en esta fase inicial del concurso. No obstante, entiendo que habrá de justificarse y explicarse por la administración concursal la razón por la cual no es prudente esperar al momento natural para la venta: una vez aprobado el plan de liquidación. Pueden señalarse varias causas o motivos: liquidación inminente de la empresa, liquidación ya solicitada pero aún no abierta, obtención de un mejor precio en este momento, posible devaluación de la unidad productiva con el paso del tiempo, riesgo de pérdida de puestos de trabajo, pérdida de interés de posibles compradores, garantizar la continuidad de la actividad productiva o, en definitiva, las tensiones de tesorería para proseguir con la actividad de la empresa. Si nos paramos a analizar cada una de las razones expuestas las podemos agrupar en motivos de "urgencia y necesidad", lo que unido al "*interés del concurso*", sería el paraguas que haría posible la autorización.

9. Otra duda podría plantearse en esta fase común en relación al informe del art. 75 LC, pues con el RDL 11/2014, se ha añadido un número 5º al apartado 2, obligando a unir al informe: *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*. Deberíamos entender, aunque la cicatería del legislador pudiera llevar a equívocos, que el precepto exige la valoración de la unidad productiva *bajo la hipótesis de continuidad de las operaciones en fase común y en fase de convenio* y en la hipótesis de *liquidación*. En todo caso, es una modificación que se ha criticado en la medida que parece obligar a la administración concursal a realizar *ad initio* una valoración de la unidad productiva cuando puede que dicha transmisión no sea factible y lo que proceda sea la liquidación de los activos de forma individualizada. Parecería que lo más lógico sea que dicha valoración se presente, estando en fase común, en el mismo escrito de solicitud de venta, junto con los motivos o razones de urgencia y necesidad, referidos en el párrafo anterior.

#### b) Venta en fase de liquidación

10. La Ley 9/2015, de 25 de mayo, ha retocado el título del art. 149 LC y así, mientras que antes de la reforma se hablaba de "*reglas legales supletorias*", ahora se habla de "*reglas legales de liquidación*". Con esta reforma parece zanjarse interpretaciones que se habían llevado a cabo, según las cuales el art. 149 solo entraba en juego en la medida que no hubiese previsión en el plan de liquidación; por lo que de existir previsión en el plan de

liquidación, y al ser éste soberano, se antepondría a las previsiones - supletorias - del artículo 149.4 LC, pudiendo preverse, por ejemplo, los efectos de la no sucesión de empresa no solo para FOGASA sino también para TGSS y AEAT.

11. Con la reforma referida, de los cinco apartados que tiene el art. 149 LC, ya tan solo el primero contendría efectivamente reglas supletorias, pues expresamente señala y refiere la aplicación subsidiaria: "*de no aprobarse un plan de liquidación y, en su caso, en lo que no hubiere previsto el aprobado, las operaciones de liquidación se ajustarán a las siguientes reglas supletorias*". El resto de apartados, del segundo al quinto, serían normas legales e imperativas que cualquier plan de liquidación habría de respetar, incluyendo, por tanto, también la relativas a la sucesión de empresa (apartado cuarto).

c) Venta con la solicitud de concurso y presentación de plan de liquidación: art. 191 ter LC.

12. En el supuesto que el deudor presente, junto con la solicitud de concurso, un plan de liquidación que contenga una propuesta escrita vinculante de compra de la unidad productiva en funcionamiento (art. 190.3 LC), la Ley 9/2015 ha introducido en el art. 191 ter LC, que trata de las especialidades del procedimiento abreviado en caso de solicitud de concurso con presentación de plan de liquidación, un apartado 4 con una remisión expresa a los arts. 146 bis y 149 de la LC: "*en el caso de transmisión de unidades productivas, se tendrán en cuenta las especialidades previstas en los artículos 146 bis y 149*".

13. En este caso, habría dos opciones para proceder. Una, aplicar literalmente el apartado segundo del 191 ter LC, de forma que abierta la fase de liquidación el secretario judicial dará traslado del plan de liquidación y de la oferta vinculante de compra de unidad productiva presentada por el deudor para que sea informada en plazo de diez días por el administrador concursal y para que los acreedores puedan realizar alegaciones. Otra, más prudente, que previamente al inicio del proceso de venta con la apertura de la liquidación, se dé traslado por tres o cinco días a la administración concursal para que informe sobre la procedencia y viabilidad de la oferta vinculante presentada. Si dicho informe es positivo y favorable se abriría la liquidación y se iniciaría todo el trámite y proceso público de venta de la unidad productiva, una vez aprobado el plan de liquidación. Si el informe, en cambio, fuera negativo o desfavorable, siempre se podría diferir o retomar el inicio del proceso de venta en un momento posterior. Además, de procederse de esta última forma, se daría tiempo a que los acreedores y los representantes de los trabajadores pudieran realizar alegaciones tanto en relación con el plan de liquidación presentado como de la oferta vinculante de venta de unidad productiva acompañada.

14. Finalmente, otra opción, sería ampliar el plazo para la valoración y emisión de informe por parte de la administración concursal como para las alegaciones de los acreedores, siendo el término veinte días en lugar de los diez que establece la norma.

d) Venta en fase de convenio

15. El RDL 11/2014 introduce la previsión de que *se regirán por lo dispuesto en el art. 146 bis de la LC las proposiciones incluidas en la propuesta de convenio de enajenación, bien del conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a su actividad empresarial o profesional o de determinadas unidades productivas a favor de una persona natural o jurídica determinada.*

16. Lo primero que llama la atención es que, a diferencia de la previsión de venta en la fase común del art. 43.4 LC o de oferta vinculante de venta del art. 191 ter LC, donde la remisión se realiza tanto al art. 146 bis como al art. 149 LC, en este caso, de venta en fase de convenio, la remisión es solo al primero y se obvia el segundo. Lo cual, en principio, podría entenderse desde la lógica de la incompatibilidad entre el convenio y la liquidación. Y, más aún, cuando el propio art. 146 bis LC se remite en su apartado cuarto al art. 149.4 LC (sucesión de empresa), con lo que la subrogación de deudas laborales y de la Seguridad Social seguiría aplicándose al adquirente de la unidad productiva formalizada en fase de convenio.

17. Ahora bien, la duda que puede plantearse es si a una venta de unidad productiva en fase de convenio le serían aplicables las normas del proceso de venta que recoge el 149 LC en su apartado tercero (identificación del oferente y su solvencia, designación de los bienes y derechos incluidos en la oferta, precio ofrecido, etc.). En mi opinión, nada lo impide. Es más, debe tenerse en cuenta que puede dar igual qué trámite/procedimiento de venta se siga, en la medida que va a haber una junta de acreedores que homologue o rechace esa propuesta de enajenación.

18. En esta línea, también podría plantearse el momento procesal en el que ha de entenderse que se autoriza y trasmite la unidad productiva en la fase de convenio, esto es, antes, durante o después de la junta de acreedores o, incluso, antes, durante o después de la sentencia que aprueba el convenio. En mi opinión, podría distinguirse la autorización para la transmisión de la unidad productiva, que bien entraría dentro de la competencia y el interés de la propia junta de acreedores (sería un punto del contenido de la propuesta del convenio). Mientras que en el momento de dictarse la sentencia aprobando el convenio, el juez del concurso homologaría y verificaría formalmente dicha autorización y procedería a la adjudicación y transmisión de la misma.

19. El artículo 100.2 de la LC refiere que el convenio puede contener "*proposiciones de enajenación (...) de determinadas unidades productivas*" y concluye señalando la asunción por el adquirente de la continuidad de la actividad empresarial o profesional propia "*de las unidades productivas a las que afecte*". Esta dicción literal del precepto podría llevarnos a concluir que la inclusión en la propuesta de convenio de la enajenación de la *totalidad de las unidades productivas*, podría quedar fuera del precepto; y, más aún, podría dar lugar a un

convenio de liquidación prohibido por el artículo 100.3 de la LC.

20. En el Congreso de magistrados mercantiles en Pamplona, la unanimidad de los asistentes consideraron que la literalidad del precepto, que incluye también proposiciones de enajenación "*del conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a su actividad empresarial o profesional*", en conjunción con la disyuntiva "o" anterior a la expresión "*determinadas unidades productivas*", permite entender que cabe también ahora la proposición de enajenación de la totalidad de las unidades productivas.

21. Otro problema: cómo actuar respecto de la inclusión en el convenio de una proposición de enajenación de un activo esencial, habida cuenta de que el artículo 160.1.f) del TRLSC exige la aprobación por la Junta General de la citada enajenación. En consecuencia, la cuestión es si esta norma del TRLSC es aplicable al supuesto de un concurso de acreedores y, si es aplicable, cuándo debería convocarse por el administrador social la junta general para votar sobre la propuesta de enajenación, antes o después de la junta de acreedores.

22. La mayoría de magistrados mercantiles asistentes al Congreso de Pamplona consideraron que el artículo 160.1.f) del TRLSC no es aplicable en el caso en el que la sociedad que enajena un activo esencial esté en situación de concurso de acreedores, por cuanto que habiendo cesado el administrador en sus facultades, máxime si estamos en fase de liquidación, o al menos habiendo quedado suspendidas sus facultades, no será posible que convoque la junta general para que los accionistas puedan votar sobre la propuesta de enajenación. En concurso, no tiene sentido someter a votación de la junta general tal cuestión.

23. La redacción anterior del artículo 100.2 LC incluía en su último apartado, la necesaria asunción por el adquirente de la continuidad de la actividad de la unidad productiva transmitida, "*y del pago de los créditos de los acreedores, en los términos expresados en la propuesta de convenio*". En la redacción actual ha desaparecido toda referencia al pago de los créditos de los acreedores. Ahora bien, esa supresión no debe interpretarse como una exoneración a favor del adquirente del pago de todos los créditos de todos los acreedores.

24. Así es, ha de recordarse la remisión que se hace ahora por el art. 100.2 LC al art. 146 bis LC y, en consecuencia, a su apartado cuatro: "*la transmisión no llevará aparejada obligación de pago de los créditos no satisfechos por el concursado antes de la transmisión, ya sean concursales o contra la masa, salvo que el adquirente la hubiera asumido expresamente o existiese disposición legal en contrario y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.4*". Por consiguiente, el adquirente de la unidad productiva en el marco de un convenio de acreedores, no podrá evitar ni eludir la subrogación del crédito legal: deudas laborales y de la seguridad social, la sucesión de empresa, ex art. 149.4 LC. Así se concluyó también por los magistrados mercantiles asistentes al Congreso de Pamplona.

25. Una última observación y matiz en relación con el art. 100.2 LC cuando señala que "*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". Podría entenderse que cuando la Ley Concursal refiere que el adquirente asumirá la continuidad de la actividad o empresarial "propia" de las unidades productivas a las que afecte, se está vetando que dicho comprador pueda variar, cambiar o modificar el objeto y/o la finalidad de la actividad de la unidad productiva que adquiere. No obstante, considero que ha de interpretarse de forma laxa y teleológica el precepto, de forma que, por ejemplo, si el comprador adquiere una unidad productiva consistente en un hotel no se estaría vulnerando aquella previsión si, una vez adquirido, lo reconvierte en un geriátrico; aunque esta última actividad empresarial (asistencia geriátrica) no fuese, en sentido estricto, la "propia" de la unidad productiva que adquirió (servicio de hospedaje). La finalidad pretendida del artículo, mantener y dar continuidad, sea la que sea, a una actividad empresarial - eso sí, con los medios materiales y recursos humanos que existían y que se han asumido -, no se estaría conculcando.*

#### IV.- Régimen de la conformidad de los acreedores con privilegio especial en la transmisión de unidades productivas en fase de liquidación: art. 149.2 LC.

26. Dentro de la fase de liquidación, el tema relativo a la enajenación de unidades productivas en las que se incluyen bienes y derechos afectos a privilegio especial, ha sufrido una importante novedad tras el RD 11/2014. Reproduzco el art. 149.2 LC que contiene las reglas:

*“Para los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial se aplicará lo dispuesto en el artículo 155.4. Si estos bienes estuviesen incluidos en los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes o de servicios pertenecientes al deudor que se enajenen en conjunto, se aplicarán, en todo caso, las siguientes reglas:*

*a) Si se transmitiesen sin subsistencia de la garantía, corresponderá a los acreedores privilegiados la parte proporcional del precio obtenido equivalente al valor que el bien o derecho sobre el que se ha constituido la garantía suponga respecto a valor global de la empresa o unidad productiva transmitida.*

*Si el precio a percibir no alcanzase el valor de la garantía, calculado conforme a lo dispuesto en el artículo 94 será necesario que manifiesten su conformidad a la transmisión los acreedores con privilegio especial que tengan derecho de ejecución separada, que representen al menos el 75 por ciento del pasivo de esta naturaleza afectado por la transmisión y que pertenezcan a la misma clase, según determinación del artículo 94.2. En tal caso, la parte del valor de la garantía que no quedase satisfecha tendrá la calificación crediticia que le corresponda según su naturaleza.*

*Si el precio a percibir fuese igual o superior al valor de la garantía, no será preciso el*



*consentimiento de los acreedores privilegiados afectados.*

*b) Si se transmitiesen con subsistencia de la garantía, subrogándose el adquirente en la obligación del deudor, no será necesario el consentimiento del acreedor privilegiado, quedando excluido el crédito de la masa pasiva. El juez velará por que el adquirente tenga la solvencia económica y medios necesarios para asumir la obligación que se transmite.*

*Por excepción, no tendrá lugar la subrogación del adquirente a pesar de que subsista la garantía, cuando se trate de créditos tributarios y de seguridad social”.*

27. Si bien desde el punto de vista teórico el precepto puede parecer bien estructurado y, hasta cierto punto, clara su finalidad, dependiendo de transmisión de la unidad productiva con/sin subsistencia de la garantía, con/sin la conformidad del acreedor privilegiado; lo cierto es que, a la hora de aplicarlo ha planteado ciertas dudas que, ni mucho menos, están superadas. En este sentido, he de remitirme necesariamente a la aplicación que tuve efectuar del señalada precepto en la transmisión de una unidad productiva y en el que uno de los acreedores privilegiados no daba su consentimiento a la referida transmisión [auto del juzgado mercantil nº 5 de Barcelona, del 23 de marzo de 2015 ( ROJ: AJM B 26/2015)]. Explico los problemas de su aplicación en relación al caso concreto.

28. La primera duda surge en relación a quiénes son los acreedores con privilegio especial que tienen derecho de ejecución separada [segundo párrafo del apartado a) del art. 149.2]. Como he dicho, en el supuesto particular, se pretendía por la concursada y por el adquirente la transmisión de una unidad productiva sin subsistencia de garantía y en donde el precio a percibir por el acreedor privilegiado no alcanzaba el valor de la garantía. Dicho acreedor privilegiado entendía que era necesaria su conformidad a la transmisión al detentar un “derecho de ejecución separada”, tal y como reza el precepto. En definitiva, dicho acreedor se arrogaba el bloqueo de la transmisión:

*“2. Banco Santander considera que, en todo caso, como el precio a percibir no alcanza el valor de la garantía, calculado conforme a lo dispuesto en el artículo 94, es necesaria su conformidad a la transmisión, al ser acreedor con privilegio especial que tiene derecho de ejecución separada y que representa más del 75 por ciento del pasivo de esta naturaleza afectado por la transmisión [art. 149.1.3ª a) párrafo 2º]. Es decir, que esta transmisión de la unidad productiva debería hacer siempre con su consentimiento”*

29. Ahora bien, lo cierto es que el acreedor privilegiado no tenía el “derecho de ejecución separada” puesto que no había iniciado la ejecución de su garantía con anterioridad a la declaración de concurso. Y ello, en aplicación del art. 57.3 LC que es meridianamente claro: “abierta la fase de liquidación, los acreedores que antes de la declaración de concurso no hubieran ejercitado estas acciones [ejecución de garantías reales] perderán el derecho de hacerlo en procedimiento separado ”.

30. Así las cosas, la interpretación que entiendo que ha de realizarse del precepto es la que

expongo a continuación. En los casos de transmisión de unidades productivas sin subsistencia de la garantía será necesario el consentimiento de los acreedores privilegiados (derecho de bloqueo) si (requisitos cumulativos):

1º.- el precio a percibir no alcanza el valor de la garantía ex art. 94

2º.- representan al menos el 75% del pasivo afectado por la transmisión y de la misma clase (poder de arrastre para privilegiados minoritarios afectados)

3º.- tenga derecho a ejecución separada, entendido éste como ejercitado antes de la declaración del concurso, ex art. 57.3 LC.

31. En el auto del juzgado mercantil nº 5 de Barcelona se razona:

*“6. El párrafo 2º del art. 149.1.3ª a) de la LC , está previsto para que los acreedores privilegiados con derecho de ejecución separada puedan oponerse a una venta por debajo de unos precios mínimos, por entenderse que en una ejecución separada podrían obtener un mayor precio o adjudicarse el bien. Así, se les concede no solo un derecho de bloqueo ("conformidad a la transmisión") sino un poder de arrastre para los privilegiados minoritarios afectados por la transmisión (" que representen al menos el 75 por ciento del pasivo de esta naturaleza afectado por la transmisión y que pertenezcan a la misma clase").*

*7. Finalmente, interpretados de forma sistemática y a sensu contrario, el párrafo 1 y el párrafo 2 de la letra a) regla 3ª del art. 149.1 de la LC , antes transcrito, permite concluir que cuando no existan acreedores especialmente privilegiados con derecho de ejecución separada - como en nuestro caso -, se podrá autorizar la transmisión de la unidad productiva sin subsistencia de la garantía, en cuyo " caso corresponderá a los acreedores privilegiados la parte proporcional del precio obtenido equivalente al valor que el bien o derecho sobre el que se ha constituido la garantía suponga respecto a valor global de la empresa o unidad productiva transmitida".*

*8. Consecuencia de lo anterior, ambas entidades financieras, Banco Santander y Banco Sabadell, al no tener derecho de ejecución separada, quedan sometidas a la ejecución colectiva, que en este caso se produce mediante la liquidación de una unidad productiva en funcionamiento, en la que se hayan integrados los bienes inmuebles objeto de garantía. Y han de soportar el riesgo de que en caso de la transmisión de la unidad productiva se obtenga un precio de realización inferior al valor de la garantía real e inferior incluso al que, de haber ostentado el derecho de ejecución separada, pudieran haber percibido”.*

32. En consecuencia, en una interpretación sistemática y a sensu contrario del párrafo primero y segundo de la letra a) del art. 149.2 LC: cuando no existan acreedores especialmente privilegiados con derecho de ejecución separada, se podrá autorizar la transmisión de la unidad productiva sin subsistencia de la garantía, en cuyo "caso corresponderá a los acreedores privilegiados la parte proporcional del precio obtenido equivalente al valor que el bien o derecho sobre el que se ha constituido la garantía

*suponga respecto a valor global de la empresa o unidad productiva transmitida".*

V.- Interpretación del concepto "del precio obtenido" a efectos del importe a percibir por los acreedores privilegiados como consecuencia de la transmisión de una unidad productiva sin subsistencia de la garantía.

33. Si es controvertida la anterior cuestión expuesta, más aún la siguiente: qué debe incluirse dentro del concepto "del precio obtenido", qué lo integra, a los efectos de determinar la cuantía que el acreedor privilegiado tiene derecho a percibir por la transmisión de la unidad productiva sin subsistencia de la garantía y sin su conformidad.

34. Me permito reproducir algunos párrafos de la resolución de referencia, auto del juzgado mercantil nº 5 de Barcelona, del 23 de marzo de 2015, por ser bastante gráficos para comprender las distintas opciones y consecuencias económicas en función de la interpretación que adoptemos del concepto de "precio obtenido":

*"3. No es controvertido por las partes los siguientes parámetros:*

*\* El valor de la unidad productiva asignado por la Administración Concursal es de 19.881.717,00 € .*

*\* El valor tasado de los bienes hipotecados del Banco Santander es de 8.023.700.92€, lo que representa un porcentaje del 40,36 % en relación al valor global referido de la unidad productiva que se quiere transmitir.*

*\* El valor tasado de los bienes hipotecados de Banco Sabadell es de 1.399.339,76€ , lo que representa un porcentaje del 7.04 % en relación al valor global referido de la unidad productiva que se quiere transmitir.*

*4. Es controvertido, a efectos del cálculo del importe a percibir por Banco Santander como acreedor privilegiado, qué debe entenderse por "precio obtenido" y, particularmente, qué lo integra.*

*5. En el fundamento de derecho segundo de la presente resolución se ha expuesto las posiciones fácticas de las partes al respecto que, desde el punto de vista jurídico, se pueden sintetizar de la siguiente manera:*

*a) interpretación restrictiva de "precio obtenido": incluye solo precio en sentido estricto, dinero efectivo, 4.027.000 euros. No incluye asunción de deudas legales y con terceros ni renuncia a créditos/préstamos realizados por la compradora*

*En este escenario, al Banco Santander le correspondería el 40,36 % de dicha cantidad, esto es, 1.625.183,76 euros, y al Banco Sabadell el 7,04 %, es decir, 283.433,33 euros. Los acreedores inmobiliarios con privilegio especial tendrían derecho a un total de*

1.908.617,09 euros

b) interpretación moderada de "precio obtenido": incluye no sólo dinero en efectivo sino también subrogaciones legales o asunción de obligaciones con terceros (deudas laborales y de la seguridad social, déficit de postconcurso de funcionamiento de la unidad, etc.), total, 6.799.000 euros.

En este escenario, al Banco Santander le correspondería el 40,36 % de dicha cantidad, esto es, 2.743.884,87 euros, y al Banco Sabadell el 7,04 %, es decir, 478.535,68 euros. Los acreedores inmobiliarios con privilegio especial tendrían derecho a un total de 3.222.420,56 euros .

c) interpretación extensa de "precio obtenido": se incluye no sólo dinero en efectivo sino también cantidades retenidas para subrogaciones legales o asunción de obligaciones con terceros así como renuncia a créditos/préstamos realizados por el adquirente. Por tanto, incluirían todos los conceptos relacionados en la oferta [ver cuadro del punto 1 de esta resolución], siendo un total de 9.977.000 €.

En este escenario, al Banco Santander le correspondería el 40,36 % de dicha cantidad, esto es, 4.026.436,15 euros, y al Banco Sabadell el 7,04 %, es decir, 702.213,64 euros. Los acreedores inmobiliarios con privilegio especial tendrían derecho a un total de 4.728.649,70 euros

6. Debe recordarse que la oferta final de adquisición de la unidad productiva por parte de Vanderlande prevé como oferta una cantidad por importe de 2.831.000 euros para " pago de parte del crédito con privilegio especial sobre inmuebles (bancos)" [ver cuadro del punto 1 de esta resolución].

35. Como ve observa, queda ejemplificado, cuantitativamente, que en función de la interpretación más o menos amplia del término "precio obtenido", de qué sea lo que introduzcamos dentro de dicha "cesta", las consecuencias económicas para el acreedor privilegiado pueden ser hasta ruinosas. Así, si nos decantamos por la interpretación más estricta del concepto de "precio obtenido", ello supondría que el adquirente de la unidad productiva se estaría adjudicando bienes hipotecados con un valor actual y tasado de más de 8 millones de euros con la mera entrega al acreedor privilegiado de parte proporcional del precio obtenido (40,36 % de 4.027.000 euros, dinero efectivo, esto es, 1.625.183,76 euros) equivalente al valor que el bien o derecho sobre el que se ha constituido la garantía suponga respecto a valor global de la empresa o unidad productiva transmitida

36. La interpretación que se propone para evitar efectos perniciosos como el expuesto es la siguiente:

a) la oferta de adquisición de la unidad productiva determina un valor de adquisición que supone una aportación económica para determinados pagos que podemos denominar finalistas y otras cantidades que consistiendo en la subrogación o condonación de pasivos no

suponen una entrada de liquidez para la concursada, sino una minoración de deuda;

b) el término "*precio obtenido*" debe entenderse en su interpretación más extensa, como toda contraprestación en sentido económico a que el adquirente se obliga a cambio de la unidad productiva. Es, en definitiva, el "*beneficio obtenido*" para la masa del concurso;

c) cualquier interpretación alternativa a la expuesta, supondría vaciar de contenido la norma referida y dar lugar a resultados no queridos por el legislador, que trata de garantizar, en estos casos, que el acreedor hipotecario que ve sacrificada su garantía en pro de la transmisión de la unidad productiva, participe en el beneficio obtenido para la masa del concurso con esa operación, en igual proporción al valor de su sacrificio en relación con el valor global de lo transmitido.

37. La interpretación efectuada ha sido objeto de alguna que otra crítica. En el Congreso de magistrados especialistas en mercantil de Pamplona, en noviembre de 2015, la discusión y la falta de acuerdo fue evidente. Sin embargo, he de defender la decisión e interpretación adoptada, al menos en relación al caso concreto expuesto. Confío que en la práctica judicial surjan nuevos casos y que, junto con las aportaciones doctrinales, nos permitan ratificar o modificar la interpretación y aplicación dada al art. 149.2 LC en este extremo.

#### VI.- Efectos de la transmisión de la unidad productiva I: contratos.

38. Reza el art. 146 bis en su apartado primero: "*en caso de transmisión de unidades productivas, se cederán al adquirente los derechos y obligaciones derivados de contratos afectos a la continuidad de la actividad profesional o empresarial cuya resolución no hubiera sido solicitada. El adquirente se subrogará en la posición contractual de la concursada sin necesidad de consentimiento de la otra parte. La cesión de contratos administrativos se producirá de conformidad con lo dispuesto por el artículo 226 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre*".

39. La primera duda interpretativa que se plantea con este precepto es de si cabe una interpretación correctora. Me explico. Se habla de cesión automática y ex lege ("se cederán al aquirente") de los derechos y obligaciones de contratos afectos a la continuidad de la actividad empresarial "*cuya resolución no hubiera sido solicitada*". Esta última previsión puede dar lugar a problemas a la hora de determinar si bastaría la mera la solicitud de resolución por escrito o es necesario que se hubiera presentado una demanda de resolución contractual. En cualquiera de los casos, entiendo que se estaría dejando en manos de la parte *in bonis* del contrato, la virtualidad y aplicación práctica del precepto: bastaría bien el referido escrito de solicitud bien la demanda de resolución para desarmar la finalidad pretendida por la norma (cesión automática) y, en último término, para dificultar u obstaculizar la transmisión de la unidad productiva. Es por ello que se propone una interpretación correctora: en lugar de "*cuya resolución no hubiera sido solicitada*" ha de interpretarse "*cuya resolución no hubiera sido acordada*". Con esta interpretación,

evitaríamos dejar a voluntad de la parte *in bonis* del contrato la efectividad de la transmisión de la unidad productiva y respetaríamos íntegramente el espíritu de la norma que pretende la subrogación automática ex lege de los contratos afectos a la continuidad de la actividad profesional o empresarial que se transmite.

40. Otra observación: como dice el art. 146 bis LC “*el adquirente queda subrogado en la posición contractual de la concursada sin necesidad de consentimiento de la otra parte*”. Ahora bien: ¿es necesario el *conocimiento* de la parte cedida, del contratante *in bonis*? es decir, ¿es necesaria la notificación de la cesión/subrogación legal al cedido/subrogado? Entiendo que no estaría de más, que sería conveniente dicha notificación a efectos de conocimiento – si es que ya no la tiene – y, en todo caso, sería una formalidad que aportaría seguridad jurídica a todos los implicados: concursado, adquirente y contratante *in bonis*. El precedente legal ya lo tenemos en nuestro ordenamiento con el art. 32 de la Ley de arrendamientos urbanos:

*1. Cuando en la finca arrendada se ejerza una actividad empresarial o profesional, el arrendatario podrá subarrendar la finca o ceder el contrato de arrendamiento sin necesidad de contar con el consentimiento del arrendador.*

[...]

*4. Tanto la cesión como el subarriendo deberán notificarse de forma fehaciente al arrendador en el plazo de un mes desde que aquéllos se hubieran concertado.*

41. En relación a la cesión automática establecida en el art. 146 bis y su aplicación a los contratos “*intuitu personae*” o contratos con cláusulas de confidencialidad o con cláusulas de cambio de control, existen dos posturas: una, considera que el art. 146 bis ha de prevalecer, la subrogación es obligatoria, la transmisión de la unidad productiva no es causa de resolución del contrato cedido y que cualquier problema extraconcursal que pueda dar lugar a la resolución ha de ventilarse en vía extrajudicial; la decisión la debe tomar el adquirente. Lo que no quiere el legislador es que el adquirente vete una venta porque “no quiere a alguien”. Tesis contraria: por encima de la subrogación legal que establece el art. 146 bis LC ha de prevalecer la voluntad de las partes en el contrato, el *pacta sunt servanda*, salvo previsión legal expresa, art. 61.3 LC (“*se tendrán por no puestas las cláusulas que establezcan la facultad de resolución o la extinción del contrato por la sola causa de la declaración de concurso de cualquiera de las partes*”). Consideramos más acertada la primera tesis.

42. Finalmente, y en relación con la cesión de los contratos administrativos. La primera duda que puede plantearse es si el adquirente ha de reunir y acreditar los requisitos subjetivos del art. 226 LCSP y si ha de hacerlo previamente y para poder participar en el proceso de transmisión de la unidad productiva. Entendemos que en el adquirente de la unidad productiva deben concurrir los requisitos subjetivos para ser contratista de la administración pública como consecuencia de la cesión del contrato administrativo. Y, además, para poder

participar en el proceso de venta de la unidad productiva debería contarse ya con la autorización de la cesión por parte del órgano de contratación.

43. Una contradicción legal. El art. 226.3 de la LCSP señala: *“el cesionario quedará subrogado en todos los derechos y obligaciones que corresponderían al cedente”*. Y el art. 146 bis LC establece la no responsabilidad de las deudas anteriores para el adquirente (*“la transmisión no llevará aparejada obligación de pago de los créditos no satisfechos por el concursado antes de la transmisión, ya sean concursales o contra la masa”*). Debemos entender prevalente este último y, por tanto, que los créditos concursales que haya generado el contrato administrativo antes de la declaración de concurso se quedarán en la masa pasiva del concurso, sin que deban ser satisfechos (subrogados) por el adquirente – aunque el art. 226.3 utilice el imperativo *“quedará”*-, salvo que expresamente los asuma. Lo mismo cabría decir respecto de las deudas generadas por el contrato administrativo tras la declaración de concurso, que deberán ser satisfechas con el precio obtenido en la transmisión de la unidad productiva.

#### VII.- Efectos de la transmisión de la unidad productiva II: sucesión de empresa y alcance de la subrogación en materia laboral y de la seguridad social. No competencia del juez del concurso

44. El art. 146 bis, en su apartado cuarto, tras señalar que la transmisión no llevará aparejada obligación de pago de los créditos no satisfechos por el concursado antes de la transmisión, ya sean concursales o contra la masa, establece unas excepciones: *“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”*.

45. Hasta la reforma del RDL 11/2014, el juez del concurso podía exonerar deudas laborales y de la seguridad social al adquirente de la unidad productiva, es decir, éste podía no subrogarse en las indemnizaciones laborales y cuotas a la seguridad social no satisfechas hasta ese momento por la concursada (y así lo ratificaba la Audiencia Provincial de Barcelona, en auto de 29 de noviembre de 2007, por ejemplo).

46. Tras la reforma, la situación ha cambiado, pues el art. 149.4 LC al que se remite el art. 146 bis, señala: *“cuando, como consecuencia de la enajenación a que se refiere la regla 1.ª del apartado 1, una entidad económica mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesorio, se considerará, a los efectos laborales y de Seguridad Social, que existe sucesión de empresa. En tal caso, el juez podrá acordar que el adquirente no se 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 de conformidad con el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores. Igualmente, para asegurar la viabilidad futura de la actividad y el mantenimiento del empleo, el cesionario y los representantes de los trabajadores*

*podrán suscribir acuerdos para la modificación de las condiciones colectivas de trabajo”.*

47. Es decir, el precepto expresamente considera que a los efectos tanto laborales como de la Seguridad Social existe sucesión de empresa en los casos de venta de una unidad productiva en sede concursal (antes de la reforma hablaba solo de efectos laborales pero no “y de la Seguridad Social”, matiz importante introducido por el legislador y que poco margen a la interpretación deja ahora).

48. Si a esta reforma le añadimos que las reglas del art. 149 LC ahora son *"reglas legales de liquidación"* (antes de la reforma se hablaba de *"reglas legales supletorias"*), por tanto, normas imperativas, de carácter obligatorio (véase el parágrafo 10 y 11 de este artículo) se cierra aún más el círculo perfecto de la *voluntas legislatoris*, del que difícilmente se puede salir.

49. Ni que decir tiene que dicha reforma *pro* Tesorería de la Seguridad Social ha sido, y con razón, fuertemente criticada, en especial en la contradicción que supone la manida finalidad de salvar y garantizar la continuidad de empresas proclamada por las últimas reformas de la Ley Concursal y, en cambio, desincentivar la adquisición de unidades productivos imponiendo la subrogación obligatoria al adquirente de todas las deudas laborales y de la Seguridad Social que arrastra la concursada. Al margen de que ello supone un trato privilegiado a dicho crédito público, pues el adquirente de una unidad productiva va descontar la cuantía de dichas deudas y cuotas que legalmente tiene que satisfacer del precio total y final a pagar por la unidad productiva. De tal forma, que el resto de acreedores van a percibir una cuantía menor de la que podrían percibir si al adquirente no descontara del precio final las imposiciones legales a favor de la Seguridad Social.

50. En la reforma referida, el legislador español además ha tenido el refrendo de la jurisprudencia comunitaria en lo concerniente a la facultad del Estado de imponer o no al adquirente las deudas de la Seguridad Social de la concursada: así, el auto de TJUE de 28 de enero de 2015 señala que *“el art. 5.2 Directiva 2001/23 no se opone a que el Estado miembro disponga o permita que las cargas que, en el momento de la transmisión o de la apertura del procedimiento de insolvencia, resulten para el cedente de contratos o relaciones laborales, incluidas las relativas al régimen legal de la seguridad social, no se transfieran al cesionario, siempre que dicho procedimiento garantice una protección de los trabajadores como mínimo equivalente a la establecida por la Directiva 80/987, si bien nada impide que dicho Estado miembro prevea que tales cargas deban ser soportadas por el cesionario aun en caso de insolvencia del cedente”.*

51. Un último intento de evitar lo inevitable han sido algunas resoluciones de los juzgados mercantiles considerando que la remisión del art. 146 bis 4 al art. 149.4 LC debe interpretarse en el sentido de que el adquirente sólo asumirá las deudas de la TGSS relacionadas en los contratos laborales vigentes en el momento de la transmisión, por lo que el adquirente no asumiría las deudas de la TGSS de los contratos que ya estuviesen extinguidos en el momento de la transmisión; en definitiva, que el adquirente solo asumiría



la deuda de la TGSS propia de los contratos laborales en los que se subrogase. Es decir, un alcance limitado en la subrogación de deudas laborales y de la Seguridad Social de los contratos en los que el tercero se queda. En este sentido y de forma muy exhaustiva, el auto del juzgado mercantil nº 1 de Alicante de 13 de marzo de 2015 y el auto del juzgado mercantil nº 5 de Barcelona de 13 de abril de 2015.

52. Ahora bien, la discusión y problemática expuesta parte siempre de un presupuesto: la competencia del juez del concurso para pronunciarse sobre los efectos de la sucesión de empresa en los casos de venta de unidad productiva en sede concursal. Y ese presupuesto parece que tampoco es que sea muy acertado si tenemos en cuenta que el Tribunal Supremo, Sala 4ª, de lo Social, en su Sentencia de 29 de octubre de 2014 (ponente don Manuel Ramón Alarcón Caracuel), dictamina que el estudio de la sucesión empresarial al amparo del art. 44 del Estatuto de los Trabajadores, incluida la venta de unidad productiva en sede concursal, corresponde a la jurisdicción social.

53. En consecuencia, entiendo que estando vinculados por la jurisprudencia de la Sala de lo Social al respecto, cabe declarar que a la sucesión de empresas a efectos laborales y de la seguridad social en sede concursal, le es de aplicación el art. 44 ET en toda su extensión y con todos sus consecuencias, con el límite de la parte cubierta por el FOGASA conforme al art. 33 ET.

54. Aunque he defendido, hasta hace poco, el alcance limitado de la subrogación de las deudas de la Seguridad Social, llega un punto en el que ha de primar la seguridad jurídica – en este caso apuntalada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo -. Así, en el Congreso de Magistrados especialistas mercantiles celebrado los días 4, 5 y 6 de noviembre de 2015, en Pamplona, se llegó a la siguiente conclusión:

*“La práctica mayoría de los asistentes concluyeron que, tras la STS Sala de lo Social de 29 de octubre de 2014, que atribuye la competencia para la determinación de la subrogación de las cuotas de la seguridad social a la jurisdicción social, ya no cabe plantear esta cuestión en sede mercantil. De esta forma, la mayoría de los asistentes abogaron por la práctica de que el Juez del Concurso no se pronuncie sobre la cuestión en el auto de autorización de venta de la unidad productiva”.*

#### VIII.- Recursos contra el auto de venta de unidad productiva

55. Existen dos posturas. La primera, más garantista, considera que frente al auto autorizando la transmisión de la unidad productiva siempre cabe recurso de reposición, cualquiera que sea la fase del concurso en la que nos encontremos y con el fin de garantizar el derecho de defensa de los concurrentes (art. 24 CE) [art. 188 LC y 197.2 LC]. La segunda, considera que solo cabe el recurso de reposición en las ventas de unidad productiva efectuadas en fase común; mientras que no se admitiría dicho recurso en fase de liquidación ex art. 149.1.1ª (no cabrá recurso alguno), pues ya pudo recurrirse el auto aprobando el plan de liquidación (art.

148.2 LC).

56. Existe unanimidad en que, en ningún caso, cabría recurso de apelación por razones de seguridad jurídica de las transmisiones que se efectúan por la vía de urgencia del art. 43.4 LC, que no pueden quedar expuestas a los riesgos derivados del éxito de un recurso posterior, tal y como señala la Audiencia Provincial de Barcelona en auto de 30 de octubre de 2013.

#### IX.- Final

57. Hasta aquí algunos de los problemas que en la práctica se han dado y se siguen generando en los juzgados mercantiles en la venta de unidades productivas en sede concursal. No se han recogido todas las controversias que el tema suscita pero sí lo son todas las que se han desarrollado y explicado en el presente artículo. Al menos, las más destacables y actuales. Recogiendo, como se ha visto, las pocas conclusiones y acuerdos que sobre este particular se llegó en el Congreso de magistrados especialistas mercantiles celebrado en Pamplona en noviembre de 2015.

