

## Actualidad Profesional

Por **Pilar López Barrau**, abogada y administradora concursal, investigadora en Derecho de la empresa y de mercado.

### La unidad productiva tras la reforma del texto refundido de la Ley Concursal

El 26 de septiembre entró en vigor la ley 16/2022, de 5 de septiembre de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal. Esta Ley nació para cumplir con el deber de trasposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, a nuestro ordenamiento jurídico.

El recién estrenado texto refundido de la Ley Concursal contempla la venta de la unidad productiva del deudor, persona física o jurídica empresaria, en dos escenarios, concursal y preconcursal. Este último supuesto, viene a confirmar la tesis de los Juzgados de lo Mercantil de Barcelona, que indicaban que la venta de la unidad productiva en un escenario previo al de la declaración de concurso debía contemplarse como una medida más de reestructuración preventiva.

El estudio de la transmisión de la unidad productiva en el nuevo texto refundido, requiere de un repaso por el **Libro Primero, Título IV,**

**Capítulo III, Subsección III** “De las especialidades de la enajenación de unidades productivas” (artículos 215 a 224 bis del TRLC) y **Subsección IV** “Nombramiento de experto para recabar ofertas de adquisición de la unidad productiva” (artículos 224 ter a 224 septies del TRLC); por el **Libro Segundo, Título III** “, **Capítulo I** “Ámbito de aplicación” (artículos 614 y 615 del TRLC) y **Capítulo V** “De la homologación de los planes de reestructuración” (artículo 635 del TRLC); y finalmente, por el **Libro Tercero, Título I, Capítulo III** “Efectos de la apertura del procedimiento especial” (artículo 694 bis del TRLC) y **Título III, Capítulo I** “Tramitación” (artículos 707 y 710 del TRLC).

Examinada dicha normativa y no habiendo transcurrido siquiera dos meses de su entrada en vigor, surgen las primeras dudas en su interpretación y aplicación, lo que ha dado lugar al nacimiento de los primeros acuerdos de los juzgados de lo mercantil para resolver las mismas.

Analicemos la venta de la unidad productiva en un escenario preconcursal y concursal. Y en el primer supuesto, distingamos, además, según le siga a ello, la declaración de concurso o no, a fin de comprobar las particularidades que se han de

cumplimentar para la transmisión de la unidad productiva en un escenario u otro y que efectos tiene ello para los acreedores y para el adquirente.

De esta manera, en el supuesto de venta de la unidad productiva fuera del concurso, es decir, de la venta de una o varias unidades productivas por el deudor que se encontrare en una situación de insolvencia inminente o probable y que no fuere declarado en concurso de acreedores en los dos años siguientes, los compromisos adquiridos por el comprador variarán según la venta se hubiere realizado en el marco del artículo 224 ter y siguientes del TRLC (venta a través de experto independiente), o a través del marco recogido para los planes de reestructuración del artículo 614 del TRLC.

El deudor que prevea que no podrá pagar sus obligaciones exigibles en un periodo de dos años, o en un periodo próximo de tres meses, podrá solicitar del juzgado que hubiera de conocer de la declaración de concurso, que se nombre a un experto que recabe ofertas para la venta de una o varias unidades productivas. Este experto recabará ofertas de terceros que han de suscribir el *compromiso mínimo de continuación de la actividad o la reiniciación de ésta manteniéndola durante un mínimo de dos años*.

Nada dice el texto refundido sobre la delimitación del perímetro de la unidad productiva, la sucesión de contratos o licencias o sobre la necesidad de recabar la previa consulta de los representantes de los trabajadores, caso de haberlos ¿Se le aplicarán los efectos previstos para la transmisión de la unidad productiva previstos en sede concursal, artículo 220 a 224 del TRLC?

La Ley Concursal únicamente recoge la posibilidad de que los afectados por la venta de la unidad productiva pudieran reclamar al adquirente la indemnización de los daños y perjuicios que se le

ocasionaren, caso de incumplirse el compromiso de continuación o reiniciación de la actividad durante al menos los dos años siguientes a la formalización de la venta. Por lo que entendemos que el legislador no hace extensivos los efectos contemplados en el artículo 220 y siguientes, a la transmisión de la unidad productiva en un escenario previo al de la declaración de concurso, cuando la venta se realiza por el sistema de ofertas recabadas por experto independiente, pues de ser así, habría hecho una remisión expresa, como si la ha hecho en otras ocasiones.

Por lo expuesto, el mecanismo de venta de la unidad productiva a través de experto independiente, recogido en el artículo 224 ter y siguientes del TRLC en un escenario preconcursal, únicamente comportará para el adquirente el compromiso de continuidad de la actividad o de reinicio de ésta, durante al menos los dos años siguientes a la adquisición de la unidad productiva.

2

Además de la venta de la unidad productiva a través de experto independiente, el texto refundido de la Ley Concursal contempla la posibilidad de que el deudor que se encontrare en una situación de insolvencia inminente o probable pudiera transmitir la unidad productiva mediante la aprobación por sus acreedores de un plan de reestructuración que contemplara dicha medida, ex artículo 614 del TRLC.

Como en el caso anterior, nada dice el texto refundido sobre la delimitación del perímetro de la unidad productiva, sobre la sucesión de empresa a efecto de los trabajadores, contratos, licencias. *A diferencia del supuesto anterior, aquí el legislador no exige al adquirente compromiso alguno de mantenimiento de la actividad o reactivación de la misma, durante ningún periodo mínimo; ello parece lógico, pues los posibles afectados por la medida votaron a favor de la misma.*

En este escenario, nos planteamos además qué ocurriría si hubieran votado la mayoría de los acreedores, pero no lo hubiera hecho la totalidad ¿Se podría extender los efectos a todos? En una interpretación extensiva del artículo 635 del TRLC, previsto para una situación de concurso de acreedores y no para una situación preconcursal, entendemos que la solicitud de homologación del plan de reestructuración al juzgado que fuere competente para conocer de la declaración de concurso sería suficiente para ello.

Hasta ahora hemos contemplado la transmisión de la unidad productiva en un escenario preconcursal sin posterior declaración de concurso, pero qué ocurriría si, en los dos años siguientes, el deudor fuera declarado en concurso de acreedores ¿Podría rescindirse la operación de venta al amparo de lo dispuesto en el artículo 226 del TRLC? La respuesta parece clara para el supuesto de venta de la unidad productiva a través de experto independiente, pero no así para el supuesto de venta de la unidad productiva a través de un plan de reestructuración que hubiera sido homologado ante el juzgado que hubiera debido conocer de la declaración de concurso, pues precisamente dicha homologación pretende dar seguridad jurídica al adquirente.

Continuemos, con el análisis de la venta de la unidad productiva ahora si, dentro del concurso de acreedores.

En el texto refundido de la Ley Concursal también se contempla la posibilidad de venta de la unidad productiva por el deudor que hubiera solicitado la declaración de concurso de acreedores, plateándose distintos escenarios temporales.

De esta manera, la venta de la unidad productiva se podría plantear junto a la solicitud de declaración de concurso, a la que se adjuntaría una oferta vinculante, con los requisitos y procedimiento previsto en el artículo 224.bis del

TRLC o la oferta recabada por el sistema del artículo 224 ter y siguientes a través de un experto independiente.

A mayor abundamiento, la venta de la unidad productiva podría también producirse en cualquier momento del procedimiento concursal, bien a través de subasta electrónica, de efectuarse con carácter previo a la aprobación del convenio o de la apertura de la liquidación, o bien a través de venta directa o por entidad especializada de haber quedado desierta la subasta o de haberse solicitado al Juez autorización para ello, ex artículos 215 y 216 de TRLC.

En el caso de venta de la unidad productiva ya declarado el concurso, la regla prioritaria para su realización sería la subasta electrónica, cuando ésta se plantea de forma previa a la aprobación del convenio o la apertura de la liquidación, sólo en el caso de que quedara desierta la subasta o que se planteara la venta en otro momento del procedimiento, se podría plantear la venta directa<sup>3</sup> o a través de entidad especializada. Sea cual fuere el sistema de venta, determina la Ley que el juez podría adjudicar la compra al ofertante que no difiera en más del 15% de la oferta superior, si se asegura en mayor medida la continuidad de la empresa y la más rápida satisfacción de los créditos de los acreedores.

La resolución del juez sobre la venta de la unidad productiva irá siempre precedida de la previa consulta a los representantes de los trabajadores por plazo de quince días según preceptúa el artículo 220 del TRLC.

El adquirente de la unidad productiva quedaría subrogado en los contratos afectos a la continuidad de la actividad empresarial. Asimismo, cuando el adquirente continuare la actividad en las mismas instalaciones, quedaría subrogado en las licencias y autorizaciones administrativas afectas a la continuidad de la

actividad empresarial objeto de la unidad productiva que se enajena en los términos expuestos en la legislación pública. Excepcionalmente, quedarían excluidas aquellas licencias o autorizaciones en las que el adquirente hubiera expresamente indicado en su oferta *la no subrogación*.

Respecto a los efectos sobre los créditos pendientes de pago, la regla general es que no llevará aparejada obligación de pago alguna del crédito concursal o contra la masa, salvedad hecha de los créditos en los que así lo disponga una disposición legal, o aquellos en los que expresamente se hubiera admitido la subrogación por el ofertante, o finalmente, en los supuestos de sucesión de empresa a efectos laborales, en los que se deberá asumir los créditos laborales y de seguridad social relativos a los trabajadores incluidos en el perímetro de la unidad productiva que se transfiere. No obstante, en este último caso, el juez podría dispensar del pago de los créditos que fueren asumidos por el FOGASA, de acuerdo con lo dispuesto en el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

Como ya anticipamos, el nuevo texto refundido de la Ley Concursal contempla la posibilidad de la venta de la unidad productiva mediante la presentación de una oferta vinculante junto a la solicitud de declaración de concurso. Es el supuesto contemplado en el artículo 224 bis del TRLC, o el supuesto del artículo 224 ter y siguientes del TRLC (cuando la oferta se recaba por un experto independiente).

En estos casos, el nuevo texto refundido de la Ley Concursal guarda silencio sobre los efectos y procedimiento en el que se habrá de dar curso a la oferta recabada por un experto independiente en los términos del artículo 224 Ter y siguientes del TRLC, cuando la oferta se adjunta con la solicitud de declaración de concurso, pues no remite al procedimiento previsto en el artículo 224 bis, ni al

artículo 220 del TRLC. Sin embargo, el legislador si ha cuidado de regular el procedimiento y efectos del supuesto en el que el deudor junto a la solicitud de declaración de concurso aporta una oferta de un tercero. En cuyo caso, determina el artículo 224 bis del TRLC que *el ofertante asumirá el compromiso de mantenimiento o de reiniciación de la actividad empresarial durante al menos los tres años siguientes a la formalización de la venta*. De manera que, de formalizarse la venta y de incumplirse dicho compromiso, los acreedores podrían reclamarle al adquirente de la unidad productiva los daños y perjuicios causados.

Una vez presentada una oferta vinculante con la solicitud de declaración de concurso, el juez concedería un plazo de 15 días a los acreedores personados para que hicieren las alegaciones que a su derecho convinieren.

En el supuesto de pluralidad de ofertas presentadas junto a la solicitud de declaración de concurso, el juez podría recabar un informe de la administración concursal por plazo de cinco días. Presentado dicho informe, se daría traslado de éste a los ofertantes, a fin de que pudieran mejorar su oferta inicial, si así lo estimaran oportuno. Finalmente, el juez aprobaría la oferta que resultara más ventajosa para el interés del concurso.

La venta de la unidad productiva estaría sometida a las mismas reglas expuestas que para la venta efectuada durante el curso del procedimiento concursal, salvedad hecha de la asunción de compromiso de continuidad de la actividad o de reinicio de la misma durante al menos los tres años siguientes que sucedan a la venta.

A la vista de lo expuesto, es inevitable preguntarnos qué ocurriría si la solicitud de declaración de concurso llevara anexa oferta de compra seleccionada a través de un experto independiente, pues el legislador no ha hecho

remisión alguna a que en estos supuestos se apliquen las reglas previstas para la venta durante el concurso o para la venta con solicitud inicial junto a oferta recogida en el artículo 224 bis del TRLC.

Ante el silencio del legislador, se han pronunciado recientemente los juzgados de lo mercantil de Sevilla quienes llegan al acuerdo de que en el supuesto de que se presentare una solicitud de declaración de concurso junto a una oferta seleccionada por la vía del experto independiente del artículo 224 Ter del TRLC, lo procedente para su tramitación (a fin de que el adquirente tuviera seguridad jurídica en cuanto a que la sucesión de empresa se produce en los términos expuesto en la ley concursal) es acudir al mecanismo de autorización judicial prevista en el artículo 518 del TRLC, sin necesidad de mantener un compromiso mayor de continuidad al previsto en el artículo 224.bis del TRLC.

No obstante lo anterior, habrá que esperar para ver si, el resto de juzgados de lo mercantil de otras demarcaciones territoriales, comparten o no el mismo criterio.

Hasta ahora, lo aquí expuesto, se contempla, a priori, exclusivamente para aquellas deudores que no tengan la consideración de microempresas, considerándose como tales, a los deudores persona física o jurídica que hubieren empleado durante el año anterior a la solicitud de concurso a menos de diez trabajadores y cuyo volumen de negocio anual fuera inferior a setecientos mil euros o, su pasivo fuera inferior a cincuenta mil euros según las últimas cuentas anuales cerradas en el ejercicio anterior a la presentación de solicitud. Para estos deudores (la gran mayoría del tejido empresarial español) el legislador solo aborda la venta de la unidad productiva en un escenario de concurso de acreedores, bien a través de las reglas previstas en los artículos 224 bis a 224 quarter, a los que expresamente se

remite en su artículo 710 in fine, o a través del procedimiento de liquidación con transmisión de la empresa en funcionamiento previsto en el artículo 694 bis y 710.1 del TRLC.

Para este último supuesto, el legislador hace una remisión específica a las reglas contenidas en la *Sección 1ª, del capítulo IV, del Título III del Libro I*, en relación con los contratos pendientes de ejecución. Recogiéndose en el artículo 710.1 la remisión a las reglas previstas en el *Libro I* para la transmisión de la unidad productiva, con alguna que otra especialidad.

Para estos supuestos de microempresas el legislador da prioridad a la transmisión de la unidad productiva a través de la venta directa sobre el sistema de subasta, al que únicamente se acudiría si no fuere posible la venta directa.

En el supuesto de venta directa, las ofertas se notificarían a los acreedores y se publicarían en el Registro Público Concursal. La adjudicación en venta directa se haría tan sólo al tercero que hubiere realizado una oferta que, al menos, superara en un 15% el valor acordado. Cuestión ésta que, en la práctica, puede plantear serias dificultades.

En el caso de que la venta directa resultare infructuosa, se acudiría al sistema de venta mediante subasta. En este caso, el precio de adjudicación no podría ser inferior a la suma del valor de los bienes y derechos del deudor incluidos en el inventario; y de concurrir varias ofertas y diferir estas en su contenido, en cuanto a las garantías ofertadas para la continuidad de la empresa, mantenimiento de puestos de trabajo, o satisfacción a los acreedores, previa audiencia a los representantes de los trabajadores, bien el deudor, o el administrador concursal emitirán un informe con propuesta de adjudicación que se remitirá al juez a fin de que éste resolviera lo pertinente.

Ninguna otra particularidad señala el legislador por lo que se habrá de estimar que la transmisión de la empresa se realiza con los efectos recogidos en los artículos 221 a 224 del TRLC.

Examinada pues todos los escenarios de transmisión de la unidad productiva, la venta a través de un experto independiente de la unidad productiva (artículo 224. Ter y siguientes TRLC) quizás sea el mecanismo que más inseguridad jurídica pueda generar al adquirente, por lo escaso de su regulación y concreción de efectos por parte del legislador. Como viene siendo un habitual en la materia concursal, la jurisprudencia vendrá a determinar el sentido último de la legislación, debiendo mientras tanto esperar para ver el resto de los acuerdos de los juzgados de lo mercantil para ver su aplicación práctica.