

Doctrina

Por **José Luis García-Pita**, catedrático de Derecho Mercantil y consejero académico de Dictum

Transmisión de unidades productivas y cesión global de activo y pasivo: una intersección institucional

En su Preámbulo y en su Disp. Adicional Primera, el Real Decreto-Ley 5/2023, de 28.06.2023 que, entre otras cosas, lleva a cabo la trasposición de las Directivas UE sobre modificaciones estructurales de sociedades mercantiles [RD-L.D.UE.Reestr.Socs], contiene referencias explícitas al *“supuesto de que las modificaciones estructurales... comporten un cambio en la titularidad de la empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma”*; un fenómeno contemplado -también- en otras disposiciones de nuestro Ordenamiento, como el Texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por Real Decreto Legislativo nº 1/2020, de 05.05.2020 [Tref.LConc]⁽¹⁾, o la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23.10.2015 [LETrab], pero la referencia que se hace a dicho fenómeno, en cada una de esas disposiciones, no puede resultar más diversa, comenzando por una diferencia -digamos- cuantitativa: por muy importante que pueda ser el *“cambio en la titularidad de la empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma”*, la atención que le depara el RD-L.D.UE.Reestr.Socs es mínima, si la comparamos con la que le dedica el Tref.LConc, que se ocupa de ello no ya sólo sus arts. 200, 214 y 215 a 225, sino también sus arts. 315 o 415 a 428; y esa atención que le depara el RD-L.D.UE.Reestr.Socs también es mínima, si se compara con lo que previene el extenso art. 44, LETrab.

De lo que sí habla -y bastante- el RD-L.D.UE.Reestr.Socs es de *“cesión global de activo y pasivo”* ⁽²⁾ -art. 72- como una de las denominadas *“modificaciones estructurales”* societarias:

“1. Una sociedad inscrita podrá transmitir en bloque todo su patrimonio por sucesión universal, a uno o a varios socios o terceros, a cambio de una contraprestación que no podrá consistir en acciones, participaciones o cuotas de socio del cesionario.

¹- GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M^a. b.: *“Las acciones y participaciones como objeto de la venta de una unidad productiva. Dilema para las sociedades de capital cerradas”*, edit. TIRANT LO BLANCH, Valencia, 2024, ps. 100 y ss.

²- PÉREZ TROYA, A.: *“Lección 11. Las modificaciones estructurales”*, en VV.AA.: *“Lecciones de Derecho Empresarial”*, edit. TIRANT LO BLANCH, 7^a ed., Valencia, 2023, ps. 336 y 348 y s. Eadem: *“Lección 11. Las modificaciones estructurales”*, en VV.AA.: *“Lecciones de Derecho Empresarial”*, edit. TIRANT LO BLANCH, 6^a ed., Valencia, 2022, p s. 282 y 293 y s. MATILLA MAHÍQUES, L.: *“Modificaciones y novedades enmarcadas en el ámbito de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles”*, en MATILLA MAHÍQUES, L., FORTE GORBE, J.L., AZNAR GINER, E., LÓPEZ PARICIO, J. y SANTONJA LÓPEZ, J.: *“La nueva regulación de las modificaciones estructurales de sociedades de capital y otras novedades introducidas por el RD-Ley 5/2023, de 28 de junio”*, edit. TIRANT LO BLANCH, Valencia, 2023, p. 82.

2. *La sociedad cedente quedará extinguida si la contraprestación fuese recibida total y directamente por los socios. En todo caso, la contraprestación que reciba cada socio deberá respetar las normas aplicables a la cuota de liquidación”.*

Antaño reguladas en la Ley 3/2009, de 03.04.2009, y que -a reserva de ulteriores consideraciones sobre su naturaleza jurídica- viene incluida entre estas modificaciones por cuanto entra dentro del ámbito de operaciones societarias concebidas para llevar a cabo cambios o reestructuraciones empresariales con fines muy variados ⁽³⁾, cabe preguntarse qué relación existe entre “*cesión global de activo y pasivo*” y “*cambio en la titularidad de la empresa, etc.*” ¿Se trata, acaso, de nociones sinónimas? En mi opinión, la respuesta debe ser *negativa... pero matizada*: la cesión global de Activo y Pasivo *puede* resumirse en un cambio de titularidad en una -de hecho, en varias- unidades productivas ⁽⁴⁾; tanto si las mismas abarcan la totalidad de una empresa -de *la Empresa*- como si abarcan sólo unidades menores de la misma -típicamente, sucursales ⁽⁵⁾- aunque dotadas de autonomía operativa... *pero ello no es absolutamente necesario*, porque referirse a un conjunto “*global de Activo y Pasivo*” sugiere, más bien, un agregado contable ⁽⁶⁾, con un componente -sí- jurídico, pero que no se identifica más que en términos de débitos pendientes, y de bienes y derechos patrimoniales, susceptibles de ser objeto de la responsabilidad en garantía de los susodichos débitos; no hay ningún dato; ninguna referencia o mención que nos sugiera que ese agregado contable sea además -que *tenga* que ser- un conjunto patrimonial organizado, susceptible de servir para la producción y/o suministro de bienes, y/o la prestación de servicios al mercado, conforme a criterios de racionalidad económica; es decir: una “*empresa*” [en sentido objetivo]⁽⁷⁾.

³.- PÉREZ TROYA, A.: “Lección 11. Las modificaciones estructurales”, cit. en VV.AA.: “*Lecciones...*”, cit., 7ª ed., p. 334. EADEM: “Lección 11. Las modificaciones estructurales”, cit. en VV.AA.: “*Lecciones...*”, cit., 6ª ed., p. 282.

⁴.- El art. 73, RD-L.D.UE.Reestr.Socs dispone que, cuando la cesión global se realice a dos o más cesionarios, “*...cada parte del patrimonio que se ceda habrá de constituir una unidad económica*”, por lo que creo poder afirmar que -“*prima facie*”- nos hallamos ante una transmisión “*de empresa*”.

⁵.- Una “*sucursal*” no es más que un establecimiento mercantil *secundario*; se trata -por tanto- de un *lugar de negocios que constituye una parte legalmente dependiente de una empresa, y que lleva a cabo directamente todas o algunas de las operaciones inherentes a la actividad empresarial del establecimiento principal*. Por consiguiente, son caracteres fundamentales de la figura de la Sucursal, los siguientes: en ella se lleva a cabo la actividad empresarial; presenta la nota de estabilidad o permanencia y es objeto de una gestión *autónoma*, aunque *no independiente*, estando dotada de una estructura orgánica común. A todo ello pueden, acaso, añadirse otros rasgos: como tener una clientela propia; deber contar con un factor o gerente y que su existencia *no afecta* a la *unidad patrimonial de la empresa*. DÍAZ RUIZ, E.: “*Régimen jurídico de las sucursales en Derecho español*”, edit. CIVITAS, S.A., Madrid, 1994, ps. 17 y ss. RUEDA MARTÍNEZ, J.A.: “*La Sucursal. Algunos aspectos de su régimen jurídico*”, edit. J.M.BOSCH, EDITOR, S.L., Barcelona, 1990, ps. 42 y ss.

⁶.- De conformidad con el art. 36, nº 1, CCom.

“1. *Los elementos del balance son:*

- *Activos: bienes, derechos y otros recursos controlados económicamente por la empresa, resultantes de sucesos pasados, de los que es probable que la empresa obtenga beneficios económicos en el futuro.*
- *Pasivos: obligaciones actuales surgidas como consecuencia de sucesos pasados, cuya extinción es probable que dé lugar a una disminución de recursos que puedan producir beneficios económicos. A estos efectos, se entienden incluidas las provisiones...”*

⁷.- Como organización económica que delimita el ámbito de aplicación del Derecho mercantil; como unidad económica organizada, la Empresa ha venido siendo un *concepto* ausente del mismo Derecho *objetivo* que, a pesar de la existencia de un cierto número de preceptos legales que, bien de forma explícita o bien de manera implícita, por medio del recurso a otros términos o nociones, hacen

Y eso sin mencionar que las empresas son -también- comunidades de trabajo, que vinculan a empresario y trabajadores [La denominada dimensión humana o personal]. Por no haber coincidencia, *ni siquiera* la hay en un sentido meramente *objetivo-cuantitativo*, ya que -por definición- una cesión global de activo y pasivo lo es -global, de activo y de pasivo- porque todos los componentes económicos, crediticios y deudoríos circulan del Cedente al Cesionario, aunque se establezca una responsabilidad solidaria de la entidad cedente ⁽⁸⁾... mientras que si hay algo que nos revela el Derecho Concursal más reciente es que, con carácter general, los pasivos o las deudas no se transmiten con la unidad productiva, sino que quedan en la sociedad concursada ⁽⁹⁾.

Cierto que, con anterioridad a la Ley 16/2022, de 05.09.2022, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal [L.Ref.Tref.LConc], cuando la enajenación de unidad productiva se practicaba en escenarios concursales, los operadores jurídicos se veían forzados a recurrir a normas que permitieran una operación que no siempre era fácil de sustentar sobre las disposiciones existentes, pues aunque ya el Preámbulo de la vieja Ley 22/2003, de 09.07.2003, Concursal [LConc] había puesto de manifiesto la importancia de la preservación del tejido productivo, la estimación o la valoración de la efectividad de la transmisión del conjunto de la empresa concursada o de una o varias de las unidades productivas que se integraban en ella ⁽¹⁰⁾, no obtuvo una buena respuesta, toda vez que existía un justificado temor -por los potenciales adquirentes- a tener que responder de deudas ajenas, propias de los empresarios declarados en concurso ⁽¹¹⁾. Y es que uno de los

referencia al fenómeno [MARTÍN REYES, M^a.A.: *"El Usufructo de Empresa"*, edit. ARANZADI, S.A., Elcano, (Navarra), 1999, p. 21, quien señala que "[e]l concepto de empresa debe inferirse de la realidad social. Es, de hecho, un fenómeno social". PANIAGUA ZURERA, M.: *"Derecho Mercantil (Empresa. Empresario. Derecho de la Competencia y de la Propiedad Industrial. Derecho de sociedades. Derecho de la insolvencia)"*, edit. IUSTEL PORTAL DEL DERECHO, S.A., 3^a ed., Madrid, 2022, p. 152.] de la "Empresa" [DÍEZ BALLESTEROS, J.A.: *"La Empresa individual en el régimen de gananciales"*, edit. MONTECORVO, S.A., Madrid, 1997, ps. 30 y ss.], carece -siquiera en España [URÍA GONZÁLEZ, R.: *"Derecho mercantil"*, edit. MARCIAL PONS, EDICIONES JURÍDICAS, S.A., 28^a ed., revisada con la colaboración de M^a.L.Aparicio, Madrid/Barcelona, 2001, p. 29. Otros países, por el contrario, *"bien pronto se preocuparon de la empresa mercantil"*, como revelarían los ejemplos del BGB., de 1896, o de las Leyes francesas de 1 de marzo de 1898, 17 de marzo de 1909 y 3 de junio de 1926. Vid. ROCA-SASTRE y MUNCUNILL, L.: *"España: La vida jurídica de la Empresa individual"*, separata de VV.AA.: *"XV Congreso Internacional del Notariado Latino. París, 1979"*, edit. JUNTA DE DECANOS DE LOS COLEGIOS NOTARIALES, Madrid, 1979, p. 9]- de una reglamentación orgánica de la misma, en general y también de la Empresa mercantil, en particular -si es que admitimos [cosa que me cuesta hacer] que existan empresas no mercantiles- porque la idea de organización es, en sí misma, extraña al campo jurídico [GARRIGUES DIAZ-CAÑABATE, J.: *"Tratado de Derecho mercantil"*, t. I, vol. 1^o, edit. REVISTA DE DERECHO MERCANTIL, Madrid, 1947, p. 210. MOTOS GUIRAO, M.: "El Arrendamiento de la Empresa", en VV.AA.: *"Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues"*, edit. TECNOS, t. I, Madrid, 1971, p. 497. ROCA-SASTRE y MUNCUNILL, L.: cit., p. 9]. Personalmente, no termino de compartir al cien por cien estas afirmaciones; especialmente, la última de ellas, porque la figura de la "Sociedad", como contrato "de organización", demuestra palmariamente que es una afirmación -siquiera parcialmente- carente de base, que se ve refutada por los hechos... Es más; en alguna ocasión, nuestras leyes positivas han llegado a calificar como "organización mercantil" a algo que yo -directamente- calificaría como un supuesto concreto de empresa, en sentido estricto.

⁸- MATILLA MAHÍQUES, L.: "Modificaciones y novedades...", en MATILLA MAHÍQUES/FORTE GORBE/AZNAR GINER/ LÓPEZ PARICIO/SANTONJA LÓPEZ: *"La nueva regulación ..."*, cit., p. 84.

⁹- VAZQUEZ TAVARES, M.: "La venta de la unidad productiva, la estrella de la reforma concursal", en <https://noticias.juridicas.com/conocimiento/tribunas/17667-la-venta-de-la-unidad-productiva-la-estrella-de-la-reforma-concursal/>

¹⁰- AZOFRA VEGAS, F.: "Enajenación de unidades productivas", en *"Actualidad Jurídica Uría-Menéndez"*, 2020, nº 54, p. 44, da cuenta de cómo la E.M/LCONC/2003 enfatizaba que "aunque el objeto del concurso no sea el saneamiento de empresas, un convenio de continuación puede ser instrumento para salvar las que se consideren total o parcialmente viables, en beneficio no sólo de los acreedores, sino del propio concursado, de los trabajadores, y de otros intereses" para luego destacar que "la ley procura la conservación de las empresas o unidades productivas de bienes o servicios [...] mediante su enajenación como un todo".

¹¹- PÉREZ MOSTEIRO, A. M^a.: "La venta de la unidad productiva en la reforma concursal de la Ley 16/2022", en <https://elderecho.com/venta-de-la-unidad-productiva-reforma-concursal-ley-16-2022> Tribuna 22-12-2022.

e-DICTVM

aspectos más característicos de las ventas de empresas era el relativo a la transmisión de créditos, deudas y contratos, pues suscita una interesante problemática- los *contratos*, las *deudas* y los *créditos* [incluidos los títulos-valores, aunque también aquellos que sean, no propiamente títulos de crédito individuales, sino valores mobiliarios o negociables] existentes en el [patrimonio de] la empresa, en el momento de la venta del negocio ⁽¹²⁾.

Uno de los papeles que el Prof. POLO DÍEZ atribuía a la Empresa era su consideración como cosa o bien susceptible de tráfico jurídico ⁽¹³⁾, y numerosas normas positivas del Ordenamiento jurídico español, vigente o histórico, como el art. 44, LETrab, adoptan el susodicho enfoque objetivo-patrimonial, sirviéndose de una plétora de nociones, términos y expresiones, que -comenzando por la propia de “*empresa*” ⁽¹⁴⁾-, incluyen las de “*establecimiento mercantil*”, “*casa [de comercio]*”, “*negocio*”, “*industria*”, “*explotación*” y -por supuesto- “*unidad productiva*”, entre otras-. Este es, asimismo, el enfoque que adopta el Tref.LConc, que ha preferido atribuir a la Empresa; a la Unidad Productiva, un sentido objetivo-material; patrimonial; la han considerado como algo pertinente, más bien -aunque no de forma exclusiva ni absoluta- al ámbito de los bienes y de las relaciones jurídico-reales lo cual obliga -o casi- a definir tales nociones ⁽¹⁵⁾.

¿Por qué -pues- esta diferencia tan llamativa entre la perspectiva desde la que se sitúa el RD-L.D.UE.Reestr.Socs y la que adoptan el TRef.LConc o la LETrab? Pues bien; la razón es que -pese a lo que pueda parecer- el RD-L.D.UE.Reestr.Socs no es una norma reguladora de organizaciones económicas productivas, ni una norma sobre situaciones de crisis económica de los empresarios sociales... sino una norma reguladora de relaciones interpersonales de asociación; de relaciones jurídico-societarias. Al RD-L.D.UE.Reestr.Socs no le importan -o sólo le interesan de manera mediata- los efectos de las modificaciones estructurales societarias, sobre los conjuntos organizados de factores productivos -capital y trabajo- sino los efectos sobre los agregados o uniones de personas, voluntariamente vinculadas por relaciones jurídico-asociativas; por relaciones “*de sociedad*”, y -asimismo- los efectos sobre los *sujetos* -personas jurídicas- de base *societaria*, que se ven involucrados en operaciones de “*modificación estructural*”. Esto es lo que explica que, aunque la cesión global de activo y pasivo pudiera haber sido considerada como una operación de naturaleza contractual; como un contrato oneroso, análogo a la compraventa, o a la permuta o incluso a una permuta atípica, de cosa por servicios, en realidad la perspectiva más adecuada para enfocar el fenómeno de la cesión global, es el aspecto corporativo: la cesión global es, sobre todo -o viene configurada o abordada, por la Ley, principalmente como- una modificación estructural, y -por consiguiente- como una operación que pone en funcionamiento los mecanismos societarios-corporativos de toma de decisiones, de forma similar a como sucede en las fusiones o las escisiones.

¹²- SÁNCHEZ CALERO,F.: “*Instituciones de Derecho mercantil*”, t. I, edit. McGRAW-HILL, 22ª ed., Madrid, 1999, p. 181.

¹³- POLO DÍEZ,A.: “El concepto...”, cit. en “*Leyes...*”, t. I, p. XIX.

¹⁴- DERRUPPÉ,J.: “*Le Fonds de commerce*”, edit. DALLOZ, París, 1994, p. 3.

¹⁵- URÍA GONZÁLEZ/APARICIO.: cit., 28ª ed., p. 29. Por su parte, LÁZARO SÁNCHEZ,E.J.: “Lección 11ª.: Empresa y Establecimiento mercantil”, en ALONSO ESPINOSAF.J., LÁZARO SÁNCHEZ,E.J., ALFONSO SÁNCHEZ,R. DE LA VEGA GARCÍA,F.L., SÁNCHEZ RUIZ,M. y FARIAS BATLLE,M.: “*Curso fundamental de Derecho mercantil*”, t. I, “*Introducción. Estatuto general del empresario. Derecho de la Competencia. Derecho Industrial*”, edit. FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN ANTONIO, 1ª ed., Murcia, 2003, p. 243, distingue entre “*empresa*” y “*unidad económica*”, aduciendo

e-DICTVM

En su día, la E.M de la Ley nº 3/2009, de 03.04.2009, de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, hablaba de las modificaciones estructurales como *“aquellas alteraciones de la sociedad que van más allá de las simples modificaciones estatutarias para afectar a la estructura patrimonial o personal de la sociedad, y que, por tanto, incluyen la transformación, la fusión, la escisión y la cesión global de activo y pasivo y, en sentido amplio, el traslado internacional del domicilio social...”*. Por tanto; las modificaciones estructurales son -ante todo- *“alteraciones de la sociedad”*; *“de la sociedad”*, no *“de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva”*; y las *“alteraciones de la sociedad”* ineludiblemente tienen que afectar al conjunto de las relaciones jurídicas de socio; modificándolas de diverso modo, tanto en lo que tienen de relaciones jurídicas interpersonales o intersubjetivas, como en lo que tienen de normas de conducta que rigen tales relaciones. En este sentido, podía parecer que se trataba de modificaciones estatutarias... pero lo cierto es que no era -no es- así: la E.M de la Ley nº 3/2009 lo dejaba bien claro, para concluir aclarando que *“afect[an] a la estructura patrimonial o personal de la sociedad”*.

Afectar a la *“estructura personal”* es algo relativamente -sólo relativamente- fácil de entender, aunque quizá la inteligencia se alcance *“a posteriori”*, cuando nos informan de que las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, tanto internas como transfronterizas, incluyen la fusión y la escisión; incluso cuando se alude a la transformación... Pero cuando se habla de la cesión global de activo y pasivo, la hipótesis de que se afecta a la *“estructura personal”* se vuelve mucho más difícil de aceptar. Es entonces cuando se percibe que la vieja Ley nº 3/2009 planteaba dos posibilidades alternativas -no cumulativas- y que la segunda era *“afecta[r] a la estructura patrimonial ... de la sociedad”*, lo cual ya permite comprender la inclusión -entre las modificaciones estructurales- de la *“Cesión global de activo y pasivo”*. Ahora bien; aunque no todas las modificaciones estructurales afectan a la *“estructura personal”*, en cambio *prácticamente todas* afectan *“a la estructura patrimonial ... de la sociedad”*. Esto último es de trascendental importancia, a los presentes efectos, ya que, como veremos, la Disp.Adic. Primera, RD-L.D.UE.Reestr.Socs previene que cuando *“las modificaciones estructurales reguladas en el libro primero ... comporten un cambio en la titularidad de la empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma”*, serán de aplicación las previsiones recogidas en el art. 44, LETrab. Y es que, sin la menor duda, *“un cambio en la titularidad de la empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma”*, ciertamente puede considerarse una operación que *“afecta a la estructura... patrimonial de la Sociedad”*. Pero ¿es la única? Ciertamente, *no*.

En principio, parece evidente que todas las demás modificaciones estructurales son operaciones que *“afecta[n] a la estructura... patrimonial de la Sociedad”*; todas... salvo la transformación; a no ser que consideremos que el cambio en el régimen de la responsabilidad por las deudas sociales es -también- una operación que *“afecta a la estructura... patrimonial de la Sociedad”*. En cualquier caso; es evidente que las demás modificaciones estructurales poseen una potencial *virtualidad traslativa* que -lógicamente- debiera permitir el cambio de titularidad en *empresas, centros de trabajo* etc, pero no es esto lo que interesa al RD-L.D.UE.Reestr.Socs, que la única vez que presta atención al referido fenómeno, lo hace para remitirse al Derecho *Laboral*. En este sentido; la Disp.Adic. Primera, RD-L.D.UE.Reestr.Socs previene que, en el supuesto *“de que las modificaciones estructurales reguladas en el libro primero de este real decreto-ley comporten un cambio en la titularidad de la empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva”*

autónoma”, en cuyo caso serán de aplicación las previsiones recogidas en el art. 44, LETrab, suscitándose un haz de cuestiones; a saber:

- 1) En primer lugar, ¿qué hemos de entender por *“empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma”*?
- 2) En segundo, ¿qué hemos de entender por *“un cambio en la titularidad”*?
- 3) ... y en tercer lugar, ¿qué modificaciones estructurales pueden comportar un *“un cambio en la titularidad de la empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma”*?

Por lo que hace a la primera de las cuestiones, no posee el RD-L.D.UE.Reestr.Socs ningún precepto comparable al art. 200, Tref.LConc, cuyo nº 2 nos revela que esa unión de elementos heterogéneos pertenecientes al Concursado, denominada *“unidad productiva”, “establecimiento”* o *“explotación”* es tal unión porque el agregado de *“bienes y derechos de la masa activa que las integr[an]”* constituye un *“conjunto de medios organizados para el ejercicio de una actividad económica esencial o accesoria”*, de modo que es el elemento de la organización finalista el que produce la transmutación del simple agregado de bienes y derechos de la masa activa; la transmutación de los simples bienes y derechos de la masa activa, agregados, en esa *“unidad productiva”, “establecimiento”* o *“explotación”*. Sin embargo, el concepto que utiliza ese art. 200, nº 2 es perfectamente aplicable en el marco del RD-L.D.UE.Reestr.Socs pues no parece existir incompatibilidad alguna -entiéndase, en un plano puramente conceptual- entre el fenómeno, en sí, tal como se produce en el seno del Concurso... y tal como se produce en el contexto de una modificación estructural societaria; de hecho, si la transmisión de unidad productiva se produce en el marco de una solución convencional al Concurso; es decir: como contenido de un convenio concursal, o como efecto del contenido de ese convenio -imaginemos un convenio que previera una fusión de sociedades- el parecido o las coincidencias serían muy intensos. Pero, insisto, por lo demás, en el RD-L.D.UE.Reestr.Socs, este fenómeno del *“cambio en la titularidad de la empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma”* solamente es objeto de una atención mínima y secundaria. A diferencia de lo que sucede en el Tref.LConc, donde la *“enajenación de unidades productivas”* aparece reiteradamente mencionada y regulada; mencionada -de hecho- en sedes y contextos diferentes, incluso dentro de la misma Ley Concursal, porque tanto aparece contemplada en el Tít. IVº, en su Lib. Primero, que está dedicado a *“la Masa Activa”* y dentro del cual, el Cap. III -que está dedicado a *“la conservación y la enajenación”* de la susodicha Masa Activa- dedica su Secc. 2ª a establecer el régimen -sic- *“de la enajenación de bienes y derechos de la Masa Activa”*, incluyendo unas Subseccs. 3ª a 5ª -que están formadas por los arts. 215 a 225- a tratar de lo que la Subsecc. 3ª describe como *“las especialidades de la enajenación de unidades productivas”*; como en el Tít. VIIº, Lib. Primero, sobre el Convenio concursal [arts. 324 y 342, Tref.LConc], como -finalmente- en el Tít. VIIIº, Lib. Primero, sobre la Liquidación de la Masa Activa; claro que esa presencia diversa y dispersa supone profundas diferencias de propósito:

1. En el marco de la Ley Concursal, la enajenación de unidad productiva se ve incardinada en el seno de un procedimiento judicial; se ve inserta en el contexto de relaciones jurídico-públicas de satisfacción de pretensiones, orientadas a la satisfacción del conjunto de los acreedores del Deudor común concursado.

e-DICTVM

A decir verdad; sin salirnos del Tref.LConc, la enajenación de unidad productiva juega diversos roles: no es lo mismo el papel que juega en el Tít. IVº, Lib. Primero; concretamente, en el Cap. III cuyas Subsecs. 3ª a 5ª -arts. 215 a 225- tratan de *“las especialidades de la enajenación de unidades productivas”*, en un contexto de formación de las Masas concursales, con simultánea subsistencia de la capacidad operativa del Deudor concursado -a quien se permite llevar a cabo actos de disposición que antaño no le hubiera sido posible realizar-, que el papel que juega *“la enajenación de unidades productivas”*, en un contexto de realización de bienes y derechos, como objeto de una actividad procesal ejecutiva, cual es propio de la Fase de Liquidación, e -incluso- que el papel que juega *“la enajenación de unidades productivas”*, en un contexto de negociación de una posible solución convencional, a la crisis patrimonial del Deudor común.

2. En el marco del RD-L.D.U.E.Reestr.Socs, la enajenación de unidad productiva se ve incardinada en el seno de un procedimiento societario; privado, corporativo, ajeno -por completo- al ámbito de las relaciones jurídico-públicas de satisfacción de pretensiones, orientadas a la satisfacción del conjunto de los acreedores del Deudor común concursado, y sí pertinente, por completo, al ámbito de las relaciones societarias, tanto internas como externas, que no tienen por qué estar orientadas a la satisfacción de pasivos, sino -más genéricamente- a la adaptación de las estructuras societarias, a las necesidades del proceso productivo.

Luego -por consiguiente- cuando nuestra Ley Concursal trata de la *“enajenación de unidades productivas”* lo hace en un contexto de ejercicio del Poder Judicial, en orden a deparar diversas modalidades de tutela judicial efectiva -art. 24, Const.Esp y art. 5º de la Ley de Enjuiciamiento Civil- tanto declarativa, como ejecutiva y también cautelar... *concurzal*. Así; la enajenación de unidad productiva, conforme al art. 215, Tref.LConc y la Liquidación Concursal que afecte a unidades productivas que se encuentren en la Masa Activa, en la Fase de Liquidación, del art. 421, Tref.LConc tienden a coincidir en el propósito último de transmisión unitaria; en bloque, sin disgregación de sus elementos integrantes, pero hay ciertas diferencias en los propósitos inmediatos: no hay que olvidar que la enajenación de unidad productiva, conforme al art. 215, tiene lugar en una fase conservativa del Concurso, donde se da un predominio de lo que podríamos considerar -al menos, *“lato sensu”*- como tutela judicial cautelar, de modo que una enajenación de unidad productiva puede considerarse como inspirada por la idea de que, a veces, realizar actos de disposición es la vía más adecuada para alcanzar objetivos de conservación¹⁶), mientras que la enajenación de unidad productiva, conforme al art. 315 y la enajenación de unidad productiva, conforme a los arts. 415 y ss., tienen lugar en una fase conclusiva del Concurso, ya esa conclusión adopte una forma convencional-transaccional, o bien adopte una forma ejecutiva-liquidadora. *Nada de esto* -como es obvio- tiene que ver con el *“supuesto de que las modificaciones estructurales reguladas en el libro primero [del RD-L.D.U.E.Reestr.Socs] comporten*

¹⁶.- AZOFRA VEGAS, F.: *“Enajenación de unidades productivas”*, cit., ps. 44 y s., da cuenta de cómo, mediante la venta de unidades productivas que no son esenciales, que drenan injustificadamente recursos del deudor, que se integran en sectores muy volátiles, o de poca rentabilidad, o de mucho riesgo, etc., puede estabilizarse financieramente al conjunto de la empresa; para añadir -a renglón seguido- que la venta de unidades productivas puede incluso convenir para el mantenimiento de la empresa que esta, como todo, se venda a un tercero, previa exclusión de activos, negocios o ramas de actividad (carve-outs) que no tienen interés para el comprador del resto de la empresa, o que el deudor quiere retener y continuar explotando.

un cambio en la titularidad de la empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma”.

Lo que sí habrá, seguramente, será una consecuencia común: que declaradas de aplicación las previsiones recogidas en el art. 44, LETRab, se habrá producido el fenómeno de la “*sucesión de empresa*”. Lo que -por lo demás- vuelve a resultar, “*prima facie*”, ajeno; extravagante al plano del Derecho de sociedades, lo cual debiera suponer -análogamente- algo ajeno o extravagante al plano de las modificaciones estructurales de esas mismas sociedades, ya que el art. 44, LETRab regula relaciones laborales, que son lo más opuesto a las relaciones societarias que puede haber. Tal vez por este motivo, cuando el RD-L.D.UE.Reestr.Socs se ocupa de la sucesión de empresa, como consecuencia de una modificación estructural societaria, lo ha de hacer mediante el recurso a una *disposición adicional* ⁽¹⁷⁾. Todo ello nos conduce a la *segunda* y la *tercera* de las interrogantes, en respuesta a las cuales, debemos señalar que si -como ya se dijo- uno de los papeles que el Prof. POLO DÍEZ atribuía a la Empresa era su consideración como cosa o bien susceptible de tráfico jurídico; algo de un sentido objetivo-material; patrimonial; algo pertinente, más bien -aunque no de forma exclusiva ni absoluta- al ámbito de los bienes y de las relaciones jurídico-reales, determinadas modificaciones estructurales poseen una potencial virtualidad traslativa; una virtualidad -como veremos- *sucesoria universal*, que -lógicamente- debiera permitir el cambio de titularidad en *empresas, centros de trabajo o unidades productivas autónomas*. No la Transformación porque -como revela el art. 17, RD-L.D.UE.Reestr.Socs- “[e]n virtud de la transformación una sociedad adopta un tipo social distinto, conservando su personalidad jurídica”, y si conserva la misma personalidad jurídica y lo único que experimenta es un cambio de tipo social, difícilmente podrá hablarse de un cambio de titularidad.

Por el contrario; un cambio de titularidad en una empresa, centro de trabajo o unidad productiva, sí que puede tener lugar -seguramente lo tendrá- en caso de *Fusión*, ya que, de acuerdo con el art. 33, RD-L.D.UE.Reestr.Socs:

“En virtud de la fusión, dos o más sociedades mercantiles inscritas se integran en una única sociedad mediante la transmisión en bloque de sus patrimonios y la atribución a los socios de las sociedades que se extinguen de acciones, participaciones o cuotas de la sociedad resultante, que puede ser de nueva creación o una de las sociedades que se fusionan”

La Fusión una verdadera reestructuración societaria, que no se limita a reflejar la adaptabilidad del contrato de sociedad a las cambiantes circunstancias de la empresa, sino que -como ha señalado alguna autora- representa “*uno de los ejemplos más acabados de esa posibilidad*” de adaptación contractual ⁽¹⁸⁾. Precisando un tanto más, se puede afirmar que la Fusión constituye una manifestación concreta del fenómeno de la concentración empresarial; razón por la cual la función

¹⁷.- De acuerdo con el Diccionario panhispánico R.A.E. del español jurídico, la voz **disposición adicional** se define en los siguientes términos: Parl. *Elemento final* de una iniciativa legislativa que *no forma parte del cuerpo del proyecto o proposición* y que *puede contener regímenes jurídicos especiales que no pueden situarse en el articulado, o excepciones, dispensas o reservas a la aplicación, o mandatos y autorizaciones no dirigidos a producir normas jurídicas, o disposiciones de carácter residual que no tengan acomodo en otra parte de la norma*. No es infrecuente que a través de disposiciones adicionales se incorporen modificaciones a leyes distintas de la materia objeto de regulación, con técnica poco depurada. Resolución de 28.07.2005, de la Subsecretaría de Presidencia, por la que se da publicidad al Acuerdo del Consejo de Ministros, de 22.07.2005, por el que se aprueban las Directrices de técnica normativa. BOE n.º 39, de 29 de julio de 2005.

¹⁸.- PÉREZ TROYA, A.: “*La Tutela del Accionista en la Fusión de sociedades*”, edit. CIVITAS, S.A., Madrid, 1998, p. 145.

económica de la Fusión debe ser la misma -en buena medida- que la función que persiguen los fenómenos de concentración societaria y empresarial ⁽¹⁹⁾. Pero, en mi opinión, la "Fusión de sociedades" debe quedar excluida del estudio del fenómeno de la "concentración empresarial" en sentido estricto y técnico, porque si hay algo por lo que se caracteriza la Fusión, es -precisamente- por la *pérdida* de la independencia *jurídica* de una o más sociedades fusionadas; por la desaparición de la personalidad de todas o parte de las entidades que se integran, por consecuencia de la fusión. En este sentido, la naturaleza de la fusión no es la de un simple contrato o concertación de varias sociedades, aunque -ciertamente- en el origen de todo proceso de fusión pueda existir un negocio contractual ⁽²⁰⁾, sino un fenómeno por el cual dos o más sociedades pueden *unir* entre sí -es decir: pueden fusionar, unificar- sus respectivos *patrimonios* [situarlos bajo una única titularidad corporativa] y sus *socios*, agrupándolos en una misma y *única* sociedad resultante de ambas o de todas ellas, bien se trate de una sociedad de nueva creación, o bien sea una sociedad preexistente; es decir: una sociedad con existencia anterior, que absorba a las demás ⁽²¹⁾. La Fusión de sociedades se caracteriza, así, como un fenómeno de integración, en una sociedad única, de los elementos materiales/patrimoniales y personales, constitutivos de otras sociedades que se extinguen, precisamente como consecuencia del proceso de Fusión. Pero lo verdaderamente importante, a los presentes efectos es algo que nos revela el art. 34, RD-L.D.U.E.Reestr.Socs, titulado "clases de fusión":

"1. La fusión en una nueva sociedad implicará la extinción de cada una de las sociedades que se fusionan y la transmisión en bloque de los respectivos patrimonios sociales a la nueva entidad, que adquirirá por sucesión universal los derechos y obligaciones de aquéllas.

2. Si la fusión hubiese de resultar de la absorción de una o más sociedades por otra ya existente, ésta adquirirá por sucesión universal los patrimonios de las sociedades absorbidas, que se extinguirán, aumentando, en su caso, el capital social de la sociedad absorbente en la cuantía que proceda"

El precepto *insiste* mucho en la idea de "transmisión en bloque de patrimonios".

Otro tanto sucede en el caso de la *Escisión de sociedades*, ya que la Escisión constituye la operación por medio de la cual se divide total o parcialmente el patrimonio de una Sociedad, para que -sin que

¹⁹.- MOTOS GUIRAO,M.: "Fusión de sociedades mercantiles", edit. EDITORIAL REVISTA DE DERECHO PRIVADO, Madrid1953, p. 3. GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE,J.: "Tratado de Derecho mercantil", t. I, vol. 3º, p. 1269. GIRÓN TENA,J.: "Derecho de sociedades", t. I, "Parte general. Sociedades colectivas y comanditarias", impr. ARTES GRAFICAS BENZAL, Madrid, 1976, p. 359. ALONSO ESPINOSA/LÁZARO SÁNCHEZ.: "Lección 27ª.: Fusión y escisión...", cit., p. 649. URÍA GONZÁLEZ/APARICIO.: cit., 28ª ed., p. 397. ANDREU MARTÍ,Mª.M.: "La Nulidad de la Fusión de sociedades", edit. ARANZADI,S.A., Cizur Menor (Navarra), 2002, p. 23. SÁNCHEZ OLIVÁN,J.: "La Fusión y la Escisión de sociedades. Aportación de activos y canje de valores. Cesión global del Activo y del pasivo. Estudio Económico, Jurídico, Fiscal y Contable", edit. EDITORIAL REVISTA DE DERECHO PRIVADO, 2ª ed., Madrid, 2002, p. 31. DI SABATO,F.: "Manuale delle Società", edit. UTET., 6ª ed., Turín, 1999, p. 512. HUECK,G.: "Gesellschaftsrecht", edit. C.H.BECK, 19ª ed., Munich, p. 308.

²⁰.- MADRID PARRA,A.: "Transformación, Fusión y Escisión de sociedades mercantiles", en JIMÉNEZ SÁNCHEZ,G.J. y otros.: "Derecho mercantil", t. I, "I. Concepto, Método y Fuentes. Empresa. Estatuto del Empresario. Empresario individual. II. Las Sociedades mercantiles. III. Derecho Industrial y Régimen jurídico de la Competencia", edit. ARIEL,S.A., 5ª ed., corregida y puesta al día, Barcelona, 1999, ps. 623 y s. MOTOS GUIRAO,M.: "Fusión de sociedades...", cit., p. 345, citando la STS. de 28.11.1950.

²¹.- DI SABATO,F.: "Dritto delle società", cit., 2ª ed., ps. 512. CAMPOBASSO,G-F.: "Diritto commerciale", t. II, "Diritto delle Società", edit. UTET., 2ª ed., Turín, 1992, p. 545. SANCHEZ CALERO,F.: "Instituciones...", cit., 16ª ed., p. 321. MADRID PARRA,A.: "Capítulo 29. Transformación, Fusión, Escisión y Cesión global de activo y pasivo", en JIMÉNEZ SÁNCHEZ,G.J. y otros.: "Derecho mercantil I", vol. 2º, t. II, cit., 14ª ed. actualizada [1ª en Marcial Pons], p. 332.

tenga lugar liquidación alguna de su patrimonio, ni reparto del haber social- se transmitan la parte o las partes resultantes, a otras sociedades, bien sean preexistentes, o ya de nueva creación ⁽²²⁾. Así los revelan los arts. 59, 60 y 61, RD-L.D.U.E.Reestr.Socs que tratan, respectivamente, de la escisión total, de la escisión parcial y de la segregación. La primera consiste en *“la extinción de una sociedad, con división de todo su patrimonio en dos o más partes, cada una de las cuales se transmite en bloque por sucesión universal a una sociedad de nueva creación o es absorbida por una sociedad ya existente, recibiendo los socios un número de acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias proporcional a su respectiva participación en la sociedad que se escinde...”* ⁽²³⁾; la segunda en *“el traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forme una unidad económica, a una o varias sociedades de nueva creación o ya existentes, recibiendo los socios de la sociedad que se escinde un número de acciones, participaciones o cuotas sociales de las sociedades beneficiarias de la escisión proporcional a su respectiva participación en la sociedad que se escinde”* ⁽²⁴⁾. Y la tercera – *“Segregación”*- consiste en el *“traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forme una unidad económica, a una o varias sociedades, recibiendo a cambio la sociedad segregada acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias”*. Por consiguiente, Fusión y Escisión constituyen modificaciones estructurales, frecuentes en las sociedades mercantiles, que presentan un sentido inverso, aunque también notabilísimas coincidencias, ya que –por medio de mecanismos corporativo-societarios, y a través de técnicas de *reasociación*- afectan al conjunto de socios y a los patrimonios de una o más sociedades, uniéndolos o disgregándolos en otras sociedades, nuevas o preexistentes.

1. La Fusión y la Escisión operan una sucesión patrimonial universal.
2. La Fusión y la Escisión dan lugar a fenómenos de reasociación

La Fusión y la Escisión operan una sucesión patrimonial universal, ya que -sin mediar una liquidación de la Sociedad afectada, incluso aun cuando pudiera quedar disuelta y llegar a la ulterior extinción- su patrimonio, en su totalidad o en parte, se transmite *“en bloque”* a otra sociedad distinta, bien fuera preexistente o de nueva creación ⁽²⁵⁾.

La sucesión universal puede que responda al Principio de *Adquisición derivativa...* pero este principio *es dudoso que alcance* -en términos absolutos- a la *integridad de universalidades* como la Empresa,

²².- GARRIGUES DIAZ-CAÑABATE,J.: *“Tratado...”*, cit., t. I, vol. 3º, p. 1270. URÍA GONZÁLEZ,R.: en GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE,J. y URÍA GONZÁLEZ,R.: *“Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas”*, t. II, 3ª ed. revisada, corregida y puesta al día por A.Menéndez Menéndez y M.Olivencia Ruiz, impr. IMPRENTA AGUIRRE, Madrid, 1976, p. 745. GIRÓN TENA,J.: *“Derecho de Sociedades...”*, cit., t. I, p. 359. MADRID PARRA,A.: *“Transformación, Fusión y...”*, cit., ps. 628 y s.

²³.- Y, en su caso, cuando sea conveniente para ajustar el tipo de canje, los socios podrán recibir, además, una compensación en dinero que no exceda del diez por ciento del valor nominal de las acciones, de las participaciones o del valor contable de las cuotas atribuidas.

²⁴.- Y, en su caso, cuando sea conveniente para ajustar el tipo de canje, los socios podrán recibir, además, una compensación en dinero que no exceda del diez por ciento del valor nominal de las acciones, de las participaciones o del valor contable de las cuotas atribuidas.

²⁵.- GIRÓN TENA,J.: *“Derecho de Sociedades...”*, cit., t. I, p. 361. GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE,J.: *“Tratado...”*, cit., t. I, vol. 3º, p. 1271. SÁNCHEZ OLIVÁN,J.: *“La Fusión y la Escisión...”*, cit., 2ª ed., ps. 187 y 355. ALONSO ESPINOSA/LÁZARO SÁNCHEZ.: *“Lección 27ª: Fusión y escisión...”*, cit., p. 652. Vid., también, STS., Sala 1ª, de 21.03.1987; Ponente.: Sr. Casares Córdoba, en *“La Ley”*, de 26 de junio de 1987, marg. 7473, p. 3.

e-DICTVM

Establecimiento, Negocio o Unidad productiva, porque se trata de universalidades que existen *en la medida en que sobre ellas se proyecta la actividad organizadora* de un sujeto -el Empresario-, cuyo cambio puede -acaso- producir una solución de continuidad que afecte a las *relaciones de hecho* -clientela, expectativas de negocio, “*avviamento*”- que son características de esas universalidades. En este sentido; que una sociedad se fusione o se escinda puede que conlleve un fenómeno de sucesión patrimonial universal o “*en bloque*”; y puede que esa sucesión facilite -e incluso haga inevitable- una transmisión/adquisición “*de unidad productiva*”... pero *no lo asegura*. Por este motivo, el art. 60, nº 2, RD-L.D.UE.Reestr.Socs previene que:

“... 2. Si la parte del patrimonio que se transmite en bloque está constituida por una o varias empresas o establecimientos comerciales, industriales o de servicios, podrán ser atribuidas a la sociedad beneficiaria las deudas contraídas para la organización o el funcionamiento de la empresa que se traspasa”.

Ya el hecho de que el precepto reproducido comience con una oración *condicional* –“*Si la parte del patrimonio que se transmite en bloque está constituida por una o varias empresas...*”- revela que estamos, sí, ante una hipótesis posible... pero no ante una consecuencia inevitable.

Sea como fuere; es evidente que las modificaciones estructurales del tipo fusión, escisión o segregación pueden conllevar la transmisión en bloque de una o varias empresas, establecimientos o unidades productivas. Y si esto es así, en los supuestos mencionados, ¡Qué no será en el caso de la “*Cesión global de activo y pasivo*”!

Como tal modificación estructural, la “*Cesión global de activo y pasivo*” sirve -*grosso modo*- para facilitar la adecuación de la sociedad a nuevos escenarios, sea con el objetivo de adaptar el marco societario a nuevos entornos económicos o legales, racionalizar la estructura empresarial, lograr sinergias operativas, ampliar la cuota de mercado, mejorar la solvencia, etc. Por este motivo, el RD-L.D.UE.Reestr.Socs le dedica sus arts. 72 a 79 y 114 a 120 y 126. Sin embargo, la “*Cesión global de activo y pasivo*” no da lugar a fenómenos de *reasociación*, entendiéndose por tales los que consisten en el hecho de que los socios de las sociedades afectadas no pierden de forma absoluta sus derechos como socios; no dejan de estar vinculados, de una u otra forma, por relaciones de sociedad, dado que pasan a convertirse en socios de las sociedades resultantes, de nueva creación, o de las sociedades absorbentes, que suceden a las afectadas por los procesos de fusión o de escisión⁽²⁶⁾; continuidad de las relaciones asociativas, en el seno de otras sociedades -las resultantes de la fusión o las absorbentes- que tiene lugar en los términos de los arts. 33, 58, 59 y 60, RD-L.D.UE.Reestr.Socs: las sociedades mercantiles inscritas se integran en una única sociedad, y -por este motivo, creó- se extinguen, produciéndose lo primero mediante la transmisión en bloque de sus patrimonios y la atribución a los socios de las sociedades en extinción de acciones, participaciones o cuotas de la sociedad resultante.

Sea como fuere; en un contexto *no-crítico* [entiéndase: no perteneciente o no relativo a la crisis; ajeno a esta última], la adquisición de una unidad productiva en una modificación estructural societaria, *no tiene por qué excluir la transmisión de pasivos*; de hecho, todo lo contrario: los pasivos se transmiten tan globalmente como los activos... Especialmente, si se trata de *pasivos*

²⁶.- SÁNCHEZ OLIVÁN, J.: “*La Fusión y la Escisión...*”, cit., 2ª ed., ps. 218 y 358.

laborales y -si se me permite expresarlo así- *pasivos previdenciales* [empleo este adjetivo en un sentido -digamos- italianizante, por expresivo de deudas para con la Seguridad Social (“*Previdenza sociale*”), ya que si inclusive el art. 221, Tref.LConc aclara que, cuando el Juez del Concurso declare la existencia de *sucesión de empresa*, y delimite los activos, pasivos y relaciones laborales que la componen, podrá recabar informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social relativo a las relaciones laborales afectas a la enajenación de la unidad productiva y las posibles deudas de seguridad social relativas a estos trabajadores, cuando -por el contrario- se enajena una empresa, establecimiento mercantil o unidad productiva... en condiciones de solvencia, las *deudas* a cargo de dicho establecimiento o empresa que se transmite, las mismas, forman parte de esa “*universitas*” que se transmite en bloque al Adquirente y nuestro Derecho positivo reconoce la posibilidad de transmisión de las *deudas*, y no sólo la de los créditos; reconoce la posibilidad de que también sea objeto de transmisión el elemento “*pasivo*” de los derechos de crédito; la posibilidad de que sean objeto de transmisión las posiciones de deber jurídico-patrimonial privado “*in personam*”; supuesto de novación subjetiva modificativa por sustitución de la persona del deudor [art. 1203, nº 2, CCiv]⁽²⁷⁾. Admitido esto, cuando el fenómeno se produce en el marco de una compraventa de *empresa*, nuestro Ordenamiento adolece de la carencia ⁽²⁸⁾ de normas que sean comparables al § 25, HGB o al art. 2560, Cod.civ.it, que se enfrentan con el problema -digamos- sucesorio o subrogatorio de los adquirentes de establecimientos mercantiles, empresas o unidades productivas. De acuerdo con el primero de ambos preceptos -me refiero al § 25, HGB ⁽²⁹⁾- se establece que:

“1) El que continúa un negocio mercantil adquirido inter vivos bajo la firma o nombre comercial anterior con o sin adición que indique la relación sucesoria, responde de todas las responsabilidades del anterior titular derivadas de la explotación del negocio. Los créditos contra los deudores constituidos en la empresa se considerarán transferidos al comprador si el titular anterior o sus herederos han dado su consentimiento a la continuación de la empresa.

(2) Un acuerdo diferente sólo tendrá efecto frente a un tercero si ha sido inscrito en el registro mercantil y anunciado o comunicado al tercero por el comprador o el vendedor.

(3) Si la empresa no continúa, el comprador de una transacción comercial sólo es responsable de las obligaciones comerciales anteriores si existe una razón especial para la

²⁷.- GARCÍA DE MARINA, M.: “*La Novación. Modificación y extinción de las obligaciones*”, edit. SERLIPOST, Barcelona, 1993, ps. 58 y ss. GÓMEZ CALERO, J.: “*Las Obligaciones mercantiles*”, en VV.AA.: “*Derecho mercantil*”, t. II, “*IV. Títulos-valores. V. Obligaciones y contratos mercantiles. VI. Derecho concursal mercantil y VII. Derecho de la navegación*”, coord. por. G.J.Jiménez Sánchez, edit. ARIEL, S.A., 6ª ed., Barcelona, 2000, p. 217.

²⁸.- VICENT CHULIÁ, F.: “*Compendio...*”, cit., t. I, vol. 1º, 3ª ed., p. 215.

²⁹.- “1) Wer ein unter Lebenden erworbenes Handelsgeschäft unter der bisherigen Firma mit oder ohne Beifügung eines das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatzes fortführt, haftet für alle im Betriebe des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten des früheren Inhabers. Die in dem Betriebe begründeten Forderungen gelten den Schuldnern gegenüber als auf den Erwerber übergegangen, falls der bisherige Inhaber oder seine Erben in die Fortführung der Firma gewilligt haben.

(2) Eine abweichende Vereinbarung ist einem Dritten gegenüber nur wirksam, wenn sie in das Handelsregister eingetragen und bekanntgemacht oder von dem Erwerber oder dem Veräußerer dem Dritten mitgeteilt worden ist.

(3) Wird die Firma nicht fortgeführt, so haftet der Erwerber eines Handelsgeschäfts für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten nur, wenn ein besonderer Verpflichtungsgrund vorliegt, insbesondere wenn die Übernahme der Verbindlichkeiten in handelsüblicher Weise von dem Erwerber bekanntgemacht worden ist”

e-DICTVM

obligación, en particular si la asunción de las obligaciones ha sido anunciada por el comprador en una manera habitual”

Sin embargo, el art. 2560, Cod.civ.it ⁽³⁰⁾ dispone -por su parte- que:

“El transmitente no queda liberado de las deudas inherentes al ejercicio de la empresa cedida, que sean anteriores a la transmisión de la misma, si no resulta que los acreedores lo hayan consentido”,

añadiendo -seguidamente- que “[e]n la transmisión de una empresa mercantil [“azienda commerciale”], responde de las referidas deudas incluso el adquirente de la empresa, si dichas deudas resultan de los libros contables obligatorios”, precepto que algún autor ha interpretado como significativo de que se produce una cesión automática de deudas, contratos [y créditos]⁽³¹⁾, aunque tengo mis dudas de que esto sea exactamente así [o que sólo sea así].

Pues bien; silente el Derecho positivo español sobre el tema de la circulación de las deudas del establecimiento mercantil, en caso de transmisión de empresa, no ya sólo el art. 221, sino sobre todo el art. 224, Tref.LConc contienen referencias a la circulación de las deudas de la Unidad productiva, y lo hace, este último precepto, adoptando un enfoque opuesto; un enfoque que parece oponerse al principio de accesoriedad, de forma que establece lo siguiente:

“1. La transmisión de una unidad productiva no llevará aparejada obligación de pago de los créditos no satisfechos por el concursado antes de la transmisión, ya sean concursales o contra la masa, salvo en los siguientes supuestos:

1.º Cuando el adquirente hubiera asumido expresamente esta obligación.

2.º Cuando así lo establezca una disposición legal.

3.º Cuando se produzca sucesión de empresa respecto de los créditos laborales y de seguridad social correspondientes a los trabajadores de esa unidad productiva en cuyos contratos quede subrogado el adquirente. El juez del concurso podrá acordar respecto de estos créditos que el adquirente no se subroge en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por el Fondo de Garantía Salarial de conformidad con el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre.

2. No será de aplicación lo dispuesto en el apartado anterior cuando los adquirentes de las unidades productivas sean personas especialmente relacionadas con el concursado”

³⁰.- *“Debiti relativi all'azienda ceduta.*

L'alienante non è liberato dai debiti, inerenti all'esercizio dell'azienda ceduta anteriori al trasferimento, se non risulta che i creditori vi hanno consentito.

Nel trasferimento di un'azienda commerciale risponde dei debiti suddetti anche l'acquirente dell'azienda, se essi risultano dai libri contabili obbligatori”

³¹.- VICENT CHULIÁ,F.: *“Compendio crítico de Derecho mercantil”*, t. I, vol. 1º, edit. BOSCH, 3ª ed., Barcelona, 1992, p. 215.

e-DICTVM

Y es que, cuando de las ventas -digamos- ordinarias -es decir: no vinculadas a situaciones de crisis- de empresa, pasamos a la figura de la enajenación de Unidad Productiva, en el marco de los arts. 215 al 225, Tref.LConc... nos encontramos con una notable especialidad o particularidad: me refiero a que los pasivos o las deudas, con carácter general, no se transmiten a la unidad productiva, sino que quedan en el Pasivo del Cedente concursado. Esto -insisto- parece contradecir el principio básico de que *“accesorium sequitur principale”*, o de que -como reza el art. 1097, CCiv- *“[l]a obligación de dar cosa determinada comprende la de entregar todos sus accesorios, aunque no hayan sido mencionados”* ⁽³²⁾.

Pero -insisto- cuando el fenómeno de la transmisión de unidades productivas, empresas, etc. se produce *en el marco y como consecuencia de modificaciones estructurales societarias*, no hay motivo para que no entre en juego el principio de *pertenencia de los pasivos* generados por la unidad productiva, a la *“universitas”* que se transfiere. Sea como fuere; la Disp.Adic. Primera RD-L.D.UE.Reestr.Socs nos remite al art. 44, LETRab, de acuerdo con cuyos términos, concurriendo una *“sucesión de empresa”*:

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

2. A los efectos de lo previsto en este artículo, se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria.

3. Sin perjuicio de lo establecido en la legislación de Seguridad Social, el cedente y el cesionario, en las transmisiones que tengan lugar por actos inter vivos, responderán solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas.

³².- En realidad, el art. 224, Tref.LConc lo que hace es ofrecer un sistema basado en:

1. *Una regla general dispositiva o -si se prefiere- un principio de libre opción: “La transmisión de una unidad productiva no llevará aparejada obligación de pago de los créditos no satisfechos por el concursado antes de la transmisión, ya sean concursales o contra la masa, salvo ... [c]uando el adquirente hubiera asumido expresamente esta obligación”; la regla general es la no asunción de las deudas anteriores, pero es dispositiva porque el Adquirente puede optar por “asumir expresamente [la] obligación de pago”*
2. *Dos reglas especiales imperativas: en primer término, “[l]a transmisión de una unidad productiva [sí] llevará aparejada obligación de pago de los créditos no satisfechos por el concursado antes de la transmisión, ya sean concursales o contra la masa... [c]uando así lo establezca una disposición legal”*

En segundo lugar, “[l]a transmisión de una unidad productiva [sí] llevará aparejada obligación de pago de los créditos no satisfechos por el concursado antes de la transmisión, ya sean concursales o contra la masa... [c]uando se produzca sucesión de empresa respecto de los créditos laborales y de seguridad social correspondientes a los trabajadores de esa unidad productiva en cuyos contratos quede subrogado el adquirente”

e-DICTVM

El cedente y el cesionario también responderán solidariamente de las obligaciones nacidas con posterioridad a la transmisión, cuando la cesión fuese declarada delito.

4. Salvo pacto en contrario, establecido mediante acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores una vez consumada la sucesión, las relaciones laborales de los trabajadores afectados por la sucesión seguirán rigiéndose por el convenio colectivo que en el momento de la transmisión fuere de aplicación en la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma transferida.

Esta aplicación se mantendrá hasta la fecha de expiración del convenio colectivo de origen o hasta la entrada en vigor de otro convenio colectivo nuevo que resulte aplicable a la entidad económica transmitida.

5. Cuando la empresa, el centro de trabajo o la unidad productiva objeto de la transmisión conserve su autonomía, el cambio de titularidad del empresario no extinguirá por sí mismo el mandato de los representantes legales de los trabajadores, que seguirán ejerciendo sus funciones en los mismos términos y bajo las mismas condiciones que regían con anterioridad.

6. El cedente y el cesionario deberán informar a los representantes legales de sus trabajadores respectivos afectados por el cambio de titularidad, de los siguientes extremos:

- a) Fecha prevista de la transmisión.*
- b) Motivos de la transmisión.*
- c) Consecuencias jurídicas, económicas y sociales, para los trabajadores, de la transmisión.*
- d) Medidas previstas respecto de los trabajadores.*

7. De no haber representantes legales de los trabajadores, el cedente y el cesionario deberán facilitar la información mencionada en el apartado anterior a los trabajadores que pudieren resultar afectados por la transmisión.

8. El cedente vendrá obligado a facilitar la información mencionada en los apartados anteriores con la suficiente antelación, antes de la realización de la transmisión. El cesionario estará obligado a comunicar estas informaciones con la suficiente antelación y, en todo caso, antes de que sus trabajadores se vean afectados en sus condiciones de empleo y de trabajo por la transmisión.

En los supuestos de fusión y escisión de sociedades, el cedente y el cesionario habrán de proporcionar la indicada información, en todo caso, al tiempo de publicarse la convocatoria de las juntas generales que han de adoptar los respectivos acuerdos.

9. El cedente o el cesionario que previere adoptar, con motivo de la transmisión, medidas laborales en relación con sus trabajadores vendrá obligado a iniciar un periodo de consultas con los representantes legales de los trabajadores sobre las medidas previstas y sus consecuencias para los trabajadores. Dicho periodo de consultas habrá de celebrarse con la suficiente antelación, antes de que las medidas se lleven a efecto. Durante el periodo de consultas, las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo. Cuando las medidas previstas consistieren en traslados colectivos o en modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, el procedimiento del periodo de

e-DICTVM

consultas al que se refiere el párrafo anterior se ajustará a lo establecido en los artículos 40.2 y 41.4.

10. Las obligaciones de información y consulta establecidas en este artículo se aplicarán con independencia de que la decisión relativa a la transmisión haya sido adoptada por los empresarios cedente y cesionario o por las empresas que ejerzan el control sobre ellos. Cualquier justificación de aquellos basada en el hecho de que la empresa que tomó la decisión no les ha facilitado la información necesaria no podrá ser tomada en consideración a tal efecto”

Ante todo, los nºs 1, 4 y 5 recogen sendas manifestaciones juslaborales del *Principio de Adquisición derivativa*, ya que se establece que -efectivamente- el “cambio de titularidad” de una empresa, centro de trabajo... ⁽³³⁾ *no extinguirá por sí mismo la relación laboral*, quedando el nuevo empresario *subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social* del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente. Esta norma, parece tener poco sentido en los supuestos de transformación de sociedades; no porque no sea de aplicación por razón de incompatibilidad, sino todo lo contrario: por coincidencia de los efectos, lo que hace superflua la aplicación.

Pero, además -y en esta misma línea- se establece que las relaciones laborales de los trabajadores afectados por la sucesión seguirán rigiéndose por el convenio colectivo que en el momento de la transmisión fuere de aplicación en la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma transferida; aplicación que subsistirá hasta la fecha de expiración del convenio colectivo de origen o hasta la entrada en vigor de otro convenio colectivo nuevo que resulte aplicable a la entidad económica transmitida. De todos modos, esta es una regla meramente dispositiva, ya que la misma se establece -sic- “[s]alvo pacto en contrario, establecido mediante acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores una vez consumada la sucesión” ⁽³⁴⁾.

Seguidamente -y dado el sentido tuitivo “*pro operario*” que caracteriza al art. 44- la Norma impone una *responsabilidad solidaria* del cedente y el cesionario, en las transmisiones que tengan lugar por actos inter vivos, por las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas; responsabilidad que se extiende -hacia el futuro- “*durante tres años*”. No es que la responsabilidad se refiera sólo a obligaciones nacidas en los tres años anteriores a la operación: las obligaciones por las que se responde son *todas*, cualquiera que fuera la fecha -anterior- en que hubieren nacido, *que no hubieran sido satisfechas*. Ello, sin perjuicio -empero- de lo establecido en la legislación de Seguridad Social. La cuestión es: en procesos de modificación societaria estructural que conlleven un *efecto extintivo* de una o más sociedades afectadas, *¿sigue siendo posible hacer responsable a alguna de las sociedades extinguídas?* En mi

³³.- El nº 2 del art. 44 habla de una “*transmisión [que] 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 accesorio*”, pero todo ello -aclara- siempre “*a los efectos de lo previsto en este artículo*”, por lo que -en principio- la definición parece queer revestirse de una cualidad de autonomía, respecto de lo previsto en otros textos legales.

³⁴.- Y, por fin, esa continuidad en las relaciones jurídicas, propia de la adquisición derivativa, se refleja en que el cambio de titularidad del empresario no extinguirá por sí mismo el mandato de los representantes legales de los trabajadores, que seguirán ejerciendo sus funciones en los mismos términos y bajo las mismas condiciones que regían con anterioridad.

e-DICTVM

opinión, la respuesta debe ser *afirmativa*, pues hay que partir de la base de que *la personalidad jurídica no desaparece mientras quede un patrimonio* no liquidado, aunque ese patrimonio sea una *mera masa de pasivos crediticios*.

Asimismo, el cedente y el cesionario también responderán solidariamente de las obligaciones nacidas con posterioridad a la transmisión, cuando la cesión fuese declarada delito, pues no solamente, por mucho que el RD-L.D.UE.Reestr.Socs regule esas operaciones, dicha regulación -como es lógico- no puede entrar a regular las peculiaridades y circunstancias específicas que rodean cada operación de este tipo en concreto, lo cual en modo alguno debe ser interpretado como un desentenderse el Ordenamiento jurídico de las citadas peculiaridades y circunstancias específicas, que -p.e.- pueden contener elementos de antijuridicidad, que podrían afectar a la operación realizada y a sus consecuencias; peculiaridades y circunstancias específicas que, para empezar, podrían venir *determinadas por el Derecho general de las sociedades mercantiles*; es decir: fundamentalmente, el que se contiene en el Código de comercio... o -por lo que aquí interesa- el que se contiene en el Texto refundido de la Ley de sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo nº 1/2010, de 02.07.2010. Pero es que, además, en determinadas condiciones, los vicios de estos procedimientos pueden constituir ilícitos que atentan contra bienes jurídicos protegidos por el Derecho penal, lo cual podría muy bien conectar con aquellos supuestos de modificación estructural que cayesen dentro del ámbito de los delitos societarios.

Ahora bien; por mucho que pueda jugar aquí el principio de adquisición derivativa, también hay que tener en cuenta el principio de relatividad; el principio *“res inter alios acta, nec nocet, nec prodest”*, porque es evidente que las operaciones de modificación estructural que conlleven cambio de titularidad en una empresa, centro de trabajo... son operaciones que -por lo que a su componente negocial se refiere... e incluso en el plano corporativo- afectan a las sociedades participantes y a sus socios; incluso a sus administradores, pero -en principio- los trabajadores y sus representantes sindicales son *“tertiæ sive alienæ partes”*, que quedarían -empero- fuera del círculo de relaciones propias de la operación de modificación estructural, y que -por tanto- si hubiéramos de aplicar lo dispuesto en el art. 1257, CCiv, no deberían verse afectados, porque no son fiadores ni garantes de esas relaciones jurídicas, sino partes de unos contratos -laborales- que son contratos principales, y no accesorios, por lo que -en principio- siempre podrían tener vías para escapar de esa sustitución de Parte contractual.