

SUCESIÓN DE EMPRESA Y CONCURSO DE ACREEDORES: EN BUSCA DEL EQUILIBRIO ENTRE LA PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES Y EL INTERÉS DE CONCURSO

BUSINESS SUCCESSION AND CREDITORS' BANKRUPTCY: STRIKING A BALANCE BETWEEN EMPLOYEE PROTECTION AND THE INTERESTS OF THE BANKRUPTCY*

Ana de la Puebla Pinilla**
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. Finalidad del concurso y protección de trabajadores: la difícil conciliación de intereses divergentes. —II. La sucesión de empresa en el concurso: historia de varios desencuentros; 1. Dualidad de jurisdicciones competentes para apreciar la existencia o no de transmisión de empresa; 2. Divergencias aplicativas; 3. Y sus consecuencias prácticas. —III. Reformas de la normativa concursal: un régimen, nuevo y especial, para la sucesión de empresas en el concurso; 1. La atribución de la competencia en materia de sucesión de empresa al juez de lo mercantil. Una reforma en dos fases; 2. La delimitación de la noción de «sucesión de empresa» en el concurso y las especialidades en su régimen jurídico; 2.1. Una cuestión previa: legitimidad de las excepciones al régimen común de la sucesión laboral de empresa; 2.2. La noción de sucesión de empresa en el concurso y la delimitación por el juez del concurso del perímetro de la sucesión; 2.3. Responsabilidades laborales y de Seguridad Social que se transmiten al adquirente: limitación de su extensión subjetiva y mantenimiento de la exoneración de las deudas asumidas por el FOGASA; 3. Aplicación de las especialidades de la sucesión de empresa en el precurso. —Bibliografía citada.

RESUMEN

La venta de la empresa o de sus unidades productivas es una de las soluciones óptimas del concurso, en la medida en que permite satisfacer los créditos pendientes del concurso y, a la vez, asegurar la supervivencia de la actividad económica y el mantenimiento del empleo. Sin embargo, la conciliación de los intereses del concurso —que incentivan a transmitir la empresa libre de cargas y de deudas— y los de los trabajadores —que buscan asegurar la continuidad de sus contratos y el mantenimiento de sus derechos— suscita permanentes fricciones. Las últimas reformas en materia concursal han abordado estas cuestiones optando por establecer un régimen especial de sucesión de empresas en el concurso, definitivamente distinto al que fija el art. 44 ET para la transmisión de empresas fuera de los procedimientos de insolvencia. En las páginas que siguen se analizan críticamente estas novedades normativas para fijar su alcance y delimitar su posible aplicación en situaciones preconcursales.

* Recibido el 13 de diciembre de 2023. Aprobado el 18 de diciembre de 2023.

** Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

ABSTRACT

The sale of a business or its production units is an optimal solution in the event of entering into an arrangement with creditors, insofar as it enables outstanding credits to be paid while, at the same time, safeguarding the continuity of economic activity and jobs. However, conciliating the interests of an arrangement with creditors —that encourage transmitting the business free of burdens and debt— and those of workers —who seek to guarantee the continuity of their contracts and upholding their rights— always causes friction. These issues have been addressed in the latest bankruptcy law reforms, opting for establishing a special succession regime for undertakings in bankruptcy proceedings, quite distinct from the regime set forth in article 44 ET [Worker's Statute] for the transfer of businesses not involved in insolvency. The following pages offer a critical analysis of such normative changes in order to establish their scope and outline their possible applicability to pre-bankruptcy scenarios.

Palabras clave: Derecho concursal, competencia judicial, sucesión de empresa, venta de unidad productiva, subrogación de contratos de trabajo, perímetro de la sucesión, soluciones preventivas, preconcurso.

Key words: Bankruptcy laws, jurisdiction, business succession, production unit sale, labour subrogation, perimeter of succession, preventive solutions, pre-bankruptcy proceedings.

I. FINALIDAD DEL CONCURSO Y PROTECCIÓN DE TRABAJADORES: LA DIFÍCIL CONCILIACIÓN DE INTERESES DIVERGENTES

El reconocimiento y la aplicación de los derechos de los trabajadores en el seno del concurso ha suscitado tradicionalmente recelos y limitaciones tanto en el legislador como en los operadores jurídicos y económicos que participan en los procesos de insolvencia. Hasta cierto punto es normal que así sea pues se trata de un ámbito regido por el principio de igualdad entre los acreedores y en el que las excepciones que justifican un trato privilegiado para algún colectivo se someten a un riguroso escrutinio en cuanto a su fundamento y su alcance. Pero la desconfianza es recíproca. También los laboristas observan las normas concursales como un ámbito dispuesto para reducir los derechos que las normas laborales reconocen a los trabajadores en favor de unas reglas que, para favorecer la confianza en el sistema, garanticen a los acreedores el cobro de sus créditos por encima de cualesquiera otros intereses.

Creo que hay argumentos para sostener que esta desconfianza recíproca debería someterse a revisión. Por una parte, porque la finalidad del concurso no es exclusivamente la satisfacción de los acreedores. Junto a ese objetivo, el mantenimiento de la actividad económica, y por tanto la conservación de la empresa, ha adquirido progresivamente una mayor importancia como solución al concurso especialmente apta para satisfacer todos los intereses implicados. Las Exposiciones de Motivos o los Preámbulos de las sucesivas normas que han regulado durante las últimas dos décadas el procedimiento concursal ponen de manifiesto la atención cada vez mayor a esta finalidad de asegurar la conservación de la empresa, lo cual, aunque sea de forma indirecta, favorece los intereses de los trabajadores. Por otra, porque los intereses y derechos de los trabajadores están presentes a lo largo de todo el procedimiento concursal, y para su representación y defensa se prevé la participación de la representación legal de las personas trabajadoras en cualesquiera decisiones que se adopten en el concurso y que repercutan sobre los trabajadores¹. Finalmente, porque en algunas ocasiones, lo que es bueno para el concurso lo

¹ Así, sin ánimo exhaustivo, se prevé la comunicación a los representantes de las personas trabajadoras de la declaración de concurso (art. 254 TRLC); su derecho de audiencia en caso de cierre de la totalidad o de parte de las oficinas, establecimientos o explotaciones (art. 114 TRLC) y en caso de venta o enajenación de la empresa o

es también para los propios trabajadores, como ocurre cuando se busca evitar los despidos para no incrementar las deudas sobre la masa concursal de modo que, aunque sea de forma indirecta, los intereses de la plantilla son también tomados en cuenta.

En todo caso, aun aceptando que el concurso no es un territorio del que hayan sido totalmente desterrados los derechos de los trabajadores, no cabe duda de que la protección de los intereses laborales y de la Seguridad Social frente al resto de acreedores requiere una delicada labor de equilibrio.

Precisamente, uno de los ámbitos donde se ha proyectado esa tensión entre el interés del concurso y la protección de los trabajadores ha sido el de la transmisión de empresas. La norma laboral (art. 44 ET) garantiza al trabajador, en los casos de transmisión de la empresa en la que presta sus servicios, la continuidad de su contrato y el respeto de sus condiciones laborales. Y le añade la garantía de responsabilidad solidaria de cedente y cesionario por deudas anteriores a la transmisión. Estas medidas, cuando la transmisión afecta a una empresa declarada en concurso, se convierten en un obstáculo, una rémora, que puede desincentivar a posibles interesados en adquirir la empresa concursada o alguna de sus unidades productivas por el temor a «heredar» unas cargas económicas que dificulten la viabilidad del proyecto empresarial. El choque entre el interés de los trabajadores —la conservación de sus contratos y la garantía de que sus créditos serán satisfechos— y el interés del concurso —realizar la venta de la unidad productiva en las mejores condiciones posibles— se manifiesta en toda su crudeza.

II. LA SUCESIÓN DE EMPRESA EN EL CONCURSO: HISTORIA DE VARIOS DESENCUENTROS

Ya en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC/2003) se contemplaba la posibilidad de la venta o enajenación de la empresa o de alguna de sus unidades productivas como una solución especialmente útil para cumplir los objetivos del concurso: atender el interés de los acreedores mediante la satisfacción de sus créditos a través del efectivo que se ingresaba por la operación de venta o enajenación y, a la vez, conservar la actividad económica y productiva de la empresa.

Sin embargo, las previsiones que la LC/2003 recogía sobre la transmisión de empresas en el concurso eran verdaderamente escasas. Solo los arts. 148 y 149 LC/2003 abordaron las especialidades de la transmisión de empresa en el marco del procedimiento de insolvencia.

El primero de estos preceptos disponía que el plan de liquidación que la administración concursal tenía que presentar al juez del concurso debía contemplar, siempre que fuera factible, *«la enajenación unitaria del conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes y servicios del concursado o de algunos de ellos»*. Preveía la intervención de la representación legal de las personas trabajadoras y se remitía al art. 64 LC/2003 —que regulaba el expediente laboral concursal— si las operaciones previstas en el plan de liquidación suponían la extinción o suspensión de contratos o la modificación de condiciones laborales de los trabajadores. Por su parte, el art. 149 LC/2003 establecía una serie de reglas supletorias para el caso de que no llegara a aprobarse el plan de liquidación y, en particular, en su apartado segundo, disponía que *«Cuando, como consecuencia de la enajenación a que se refiere la regla 1.ª del apartado anterior, una entidad económica mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesoria, se considerará, a los efectos laborales, que existe sucesión de em-*

de alguna de sus unidades productivas (arts. 220 y 342 TRLC); su participación en los procedimientos concursales de modificación sustancial de condiciones, suspensiones o extinciones (arts. 169-185 TRLC); o, en fin, se les reconoce legitimación para recurrir frente a los autos del juez del concurso en materia laboral (art. 551 TRLC).

presa. En tal caso, el juez podrá acordar 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 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».

En la versión inicial de la Ley Concursal, esta regulación de la transmisión de empresa en el concurso se incluía además en la regulación de la fase de liquidación de manera que estas especialidades estaban pensadas para aplicarse exclusivamente a las operaciones de venta o enajenación producidas en la fase de liquidación, y solo de forma supletoria, cuando no se hubiera aprobado el plan de liquidación. Fuera quedaban pues las transmisiones de empresa producidas en otras fases del concurso. Esta situación cambió, no obstante, cuando el RDL 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal, incorporó un nuevo art. 146 *bis* a la LC/2003 que, bajo el título de «especialidades de la transmisión de unidades productivas», abordaba una regulación unificada para todas las ventas producidas en el seno del concurso, tanto las producidas en la fase común como en la fase de convenio o liquidación.

Este marco normativo de la sucesión de empresa en el concurso ofrecía algunos aspectos cuya interpretación y aplicación fue, en general, pacífica. Pero, a la vez, incorporaba algunas previsiones que suscitaron no pocos problemas interpretativos y encendidos debates entre la doctrina mercantil y la laboral.

Entre los aspectos de interpretación uniforme y no controvertida estaba, por una parte, la propia noción de sucesión de empresa recogida en el art. 149.2 LC que coincidía sustancialmente con la definición que recoge el art. 44.2 ET. Por otra, la previsión de que el Juez del concurso podía exonerar al adquirente de la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por el Fondo de Garantía Salarial de conformidad con el artículo 33 ET era una medida que, sin duda, respondía a la finalidad de estimular o, al menos, no desincentivar la adquisición de empresas en concurso ofreciendo al adquirente un alivio de las deudas económicas laborales que debería asumir al trasladar parte de las mismas al Fondo de Garantía Salarial. Se trata, esta última, de una previsión que no planteó demasiadas controversias y que ha sobrevivido a las numerosas reformas y versiones de la legislación concursal.

Pero la regulación concursal suscitó, como ya se ha apuntado, profundas discrepancias en otros aspectos, referidos esencialmente al alcance de las deudas asumidas por el adquirente. Uno de los debates se planteó en relación con si la venta de empresa en el concurso llevaba aparejada necesariamente la transmisión de las deudas de Seguridad Social. El otro venía referido a si las deudas laborales y, en su caso, de Seguridad Social que el adquirente asumía al comprar la empresa en el concurso eran las referidas exclusivamente a los trabajadores en cuyos contratos quedaba subrogados o si podían extenderse a otros trabajadores. Ambos aspectos, precisamente por afectar a la extensión de las deudas asumidas por el adquirente, resultan decisivos a efectos de favorecer o no las operaciones de enajenación en el concurso y, por tanto, al efectivo cumplimiento de las finalidades a las que atiende el procedimiento concursal.

Problemas o discrepancias que, lejos de mantenerse en un plano puramente teórico, adquirieron una importante relevancia práctica desde el momento en que los tribunales del orden social reclamaron su competencia para pronunciarse sobre la existencia o no de una efectiva sucesión de empresa en el concurso y, en particular, para valorar sus efectos y consecuencias.

1. DUALIDAD DE JURISDICCIONES COMPETENTES PARA APRECIAR LA EXISTENCIA O NO DE TRANSMISIÓN DE EMPRESA

Con carácter general, el reparto competencial entre el orden social y el civil diseñado en la Ley 22/2003 residía en la atribución a los jueces de lo mercantil de la competencia en concretas y particulares materias y el mantenimiento de la mayoría de las cuestiones de carácter laboral

en la jurisdicción social. En principio, la declaración de existencia de sucesión de empresa correspondía al juez del concurso, en el Auto por el que se adjudicaba la empresa o una unidad productiva a un tercero. Y era ese juez, en esa misma resolución, el que fijaba la extensión de la sucesión —qué bienes incluía y a qué trabajadores afectaba— y determinaba el alcance de la responsabilidad que asumía el adquirente en relación con las deudas laborales y de Seguridad Social.

Ello no impedía, sin embargo, que los jueces del orden social pudieran pronunciarse posteriormente sobre la existencia o no de una efectiva sucesión de empresa y, en su caso, alterar la extensión de la subrogación y el alcance de la responsabilidad del adquirente. Así ocurría, por ejemplo, cuando se reclama la responsabilidad solidaria de empresas no concursadas, ya fuera en el caso de un despido o por deudas salariales, o cuando la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) extendía o derivaba la responsabilidad del deudor concursado al adquirente. En todos estos casos, el orden social de la jurisdicción, para resolver sobre la demanda, debía pronunciarse sobre la existencia de una sucesión de empresa. Y, a tales efectos, el Tribunal Supremo consideraba que los jueces de lo social no estaban vinculados por lo decidido por el juez de concurso en el Auto de adjudicación de la unidad productiva y podían pronunciarse sobre esta cuestión².

Esta situación permitió que ambos órdenes jurisdiccionales se reconocieran competencia para apreciar o no la existencia o no de sucesión de empresa en el marco del concurso y sobre sus efectos y consecuencias y brindó la ocasión para que se produjeran las conocidas discrepancias.

2. DIVERGENCIAS APLICATIVAS

Por lo que se refiere a la primera cuestión³ —esto es, si las deudas que se transmitían al adquirente en el concurso incluían o no las de la Seguridad Social—, el art. 149.2 LC, en su versión original, cuando se remitía a la sucesión de empresa, se refería exclusivamente a «efectos laborales», omitiendo cualquier referencia al ámbito de la Seguridad Social. Ello permitió a los jueces del concurso defender que el Auto judicial por el que se adjudicaba a un tercero la empresa o una unidad productiva del concursado podía excluir la transmisión de las deudas existentes en materia de Seguridad Social.

Para la doctrina mercantil, esta omisión expresaba, precisamente, la aplicación de la regla general fijada en el art. 5 de la Directiva 23/2001, y determinaba una especialidad del procedimiento concursal sustentada en la finalidad de favorecer el «mantenimiento productivo de la unidad de negocio transmitida, intentando evitar el mayor número de cargas posibles en bene-

² Por una parte, se consideraba que el juez mercantil, cuando se pronunciaba sobre la existencia de sucesión de empresa, así como sobre sus efectos y consecuencias, lo hacía exclusivamente con carácter prejudicial y eficacia limitada al procedimiento concursal. Por ello, los jueces de orden social no quedaban vinculados por lo decidido en el Auto de adjudicación de la unidad productiva y podían modificar el criterio del juez mercantil. El segundo argumento remitiría a que la acción que la TGSS o los trabajadores ejercían en el orden social se dirigía frente a un sujeto, el adquirente, cuya relación con el concurso se limitaba a la compra de un activo. En este sentido, SSTs 27 de enero de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:752); 5 de junio de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:2351) y 12 de julio de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:3199). La Sala Especial de Conflictos de Competencia del art. 42 LOPJ en sus Autos de 9 de diciembre de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:10642A) y de 9 de marzo de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:2647A) confirmó la competencia del orden social al señalar que cuando se acciona contra sociedades diferentes de la concursada en liquidación, sin que se encuentren en situación de concurso, la competencia corresponde a la jurisdicción social.

³ Un completo análisis de la controversia en ALTÉS TÁRREGA, J. A., «La sucesión de empresa en la fase de liquidación concursal: divergencias interpretativas y la necesaria unificación de criterios», *Derecho de las Relaciones Laborales*, Lefebvre/El Derecho, n.º 10, 2018, pp. 1101-1106.

ficio de los trabajadores y de la economía en general, por ello la Ley Concursal es más restrictiva con las deudas de la Seguridad Social, pues se parte de que la unidad productiva transmitida es viable económicamente, lo que podría no ocurrir si su balance tuviese que acoger como pasivo deudas provenientes de la Seguridad Social por un período anterior a la venta»⁴. La lógica del concurso, que no solo pretende la mejor realización de los bienes del concursado sino también el tratamiento paritario de los acreedores, evitando un tratamiento privilegiado de la Seguridad Social; la analogía con los créditos tributarios, cuya transferencia al adquirente está expresamente excluida; o, en fin, la naturaleza transaccional de la venta de empresa en sede concursal y la vis atractiva del concurso, se alegaban como argumentos para defender la no transmisión de tales deudas y obligaciones al adquirente de la empresa en sede concursal⁵.

Frente a esta interpretación, el Tribunal Supremo, Sala de lo Social, consideró que no podía excluirse la transmisión de deudas de Seguridad Social en las ventas o enajenaciones producidas en el concurso dejando, en muchos casos, sin efecto los Autos de los Juzgados del concurso que liberaban de estas deudas a los adquirentes, con el consiguiente impacto sobre el proyecto empresarial que estos habían diseñado confiando en la asunción de unas deudas que se veían incrementadas a posteriori, por decisión de los órganos judiciales del orden social.

La incertidumbre que generaba esta cuestión fue resuelta por el legislador que, mediante el art. Único 2.5 RDL 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal, modificó el art. 149 LC/2003 para incluir una expresa referencia a la Seguridad Social —de manera que la enajenación de una unidad productiva determina la existencia de una sucesión de empresa a efectos laborales y de Seguridad Social—. Con ello el legislador priorizaba el interés del acreedor público —la Tesorería General de la Seguridad Social— respecto de la finalidad de procurar la continuación y no la liquidación de la mercantil concursada⁶. El hecho además de que lo que en la redacción originaria de la LC/2003 eran reglas legales supletorias pasen a calificarse, tras la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, como «reglas legales de liquidación» (art. 149 LC) determinaba que esa transmisión de deudas y obligaciones de Seguridad Social no pudieran excluirse en ningún caso, al margen de la fase del concurso en la que se produjese la transmisión o venta de la empresa o unidad productiva. Se trataba, por lo demás, de una solución que tenía perfecto encaje no solo en la normativa nacional sobre transmisión de empresas sino también en la europea⁷.

El segundo debate manifestaba, de nuevo, una diferencia entre laboristas y mercantilistas. Para los primeros, la remisión del art. 149.4 LC a la normativa laboral permitía entender que también en el concurso las deudas que se transmiten al adquirente incluyen las referidas a contratos de trabajo respecto de los que no ha operado la subrogación. Y ello porque, aunque el art. 44 ET no lo prevé expresamente, la doctrina judicial del orden social ha reiterado en numerosas ocasiones que *«el legislador español, yendo más allá del comunitario, ha establecido que, en caso de sucesión empresarial no sólo se produce la subrogación de la nueva en los derechos y obligaciones del anterior respecto de los trabajadores cedidos, sino que ha mantenido la res-*

⁴ Auto de 20 de julio de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:8192A), de la Sala especial de Conflictos de Competencia.

⁵ PERDICES, A., «La no responsabilidad del adquirente por las deudas anteriores a la transmisión», *Anuario de Derecho Concursal*, n.º 34, 2015.

⁶ STS (CA) de 29 de enero de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:336).

⁷ Como señala el ATJUE 28-1-2015, Asunto C-688/13, Gimnasio Deportivo San Andrés, el derecho europeo (art. 5 Directiva 23/2001/CE) no impide que los Estados miembros dispongan que las cargas de Seguridad Social que deriven de los contratos o relaciones laborales no se transfieran al adquirente de una empresa en el marco de un procedimiento concursal pero tampoco se opone a que los Estados prevean que tales cargas deban ser soportadas por el cesionario. *Vid.* al respecto TRILLO GARCÍA, A. «A propósito de la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona relativa a la posible derivación de responsabilidad en materia de Seguridad Social en el marco de la transmisión de empresas en el concurso de acreedores», *Información Laboral*, n.º 2, 2014.

ponsabilidad solidaria de ambas empresas respecto de las deudas laborales que la empresa cedente tuviera pendientes de abonar»⁸. Ello permitía a la Sala IV del Tribunal Supremo afirmar que la empresa adquirente en virtud de adjudicación en el marco de un procedimiento concursal asume la responsabilidad por las deudas existentes respecto de trabajadores que fueron despedidos con anterioridad a la adquisición de la unidad productiva e, incluso, antes de la declaración del concurso⁹. De nuevo, esto suponía, en muchos casos, alterar el perímetro de responsabilidad que el Juez del concurso había identificado en su Auto.

3. Y SUS CONSECUENCIAS PRÁCTICAS

No son estas, desde luego, cuestiones menores cuando precisamente el alcance de las deudas que se transmiten al adquirente puede ser un factor decisivo para que los interesados decidan o no proceder a la operación de compra en el concurso. La distribución de competencias entre los jueces de lo mercantil y los de lo social determinaba que lo que el juez de concurso decidía en el Auto o resolución por el que declaraba la enajenación y sus condiciones podía ser revisado y rectificado por el orden social de la jurisdicción cambiando, después de que esta ya fuera efectiva, la extensión de las deudas asumidas por el adquirente.

Y es que, si al Juez del concurso le correspondía decidir/autorizar la venta o enajenación de la empresa o de alguna de sus unidades productivas, valorar si la misma constituía una sucesión de empresa a efectos laborales y delimitar el perímetro de las deudas transmitidas, eran los jueces de lo Social los que a la postre tenían atribuida la competencia para decidir si efectivamente la operación constituía una sucesión laboral y para fijar sus consecuencias.

La situación no favorecía a los intereses del concurso puesto que *«generaba incertidumbre y constituía un factor disuasorio muy importante para llevar a cabo operaciones de esta índole ante el riesgo de que los jueces y tribunales laborales no compartiesen la decisión del juez mercantil tanto en lo que respecta a la realidad del fenómeno sucesorio y a la delimitación del perímetro laboral de la unidad productiva como en lo relativo a los efectos laborales y de Seguridad Social de la transmisión»*¹⁰.

Los compradores se encontraron, en muchas ocasiones, en la situación de que los tribunales del orden social ampliaron sustancialmente el alcance de su responsabilidad, condenándoles al pago de deudas —con la Seguridad Social o con trabajadores no subrogados— de las que el Auto del juez de concurso expresamente les había exonerado. Los efectos de estas situaciones no favorecían desde luego la solución al concurso. Generaban un impacto directo sobre la entidad afectada en cada caso, que se veía obligada a asumir unas cargas laborales y/o de Seguridad Social con las que inicialmente no contaba, poniendo en riesgo en muchos casos la viabilidad de su proyecto empresarial. Pero también afectaban a la confianza que los posibles interesados en adquirir empresas o unidades productivas declaradas en concurso tenían en dichas operaciones puesto que la decisión del juez del concurso sobre el perímetro de lo transmitido y el alcance de las deudas podía quedar alterado por una posterior decisión del orden social de la jurisdicción.

⁸ STS de 15 de julio de 2003, R.º 1973/02, STS de 4 de octubre de 2003, R.º 585/03 y STS de 5 de junio de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:2351).

⁹ SSTs de 27 de febrero de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:752); de 3 de octubre de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:3856); de 17 de octubre de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:3742) y de 17 de enero de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:367).

¹⁰ PALOMO BALDA, E., «La sucesión de empresa tras la última reforma concursal (aspectos competenciales)», *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, n.º 471, 2022, pp. 100-104.

III. REFORMAS DE LA NORMATIVA CONCURSAL: UN RÉGIMEN, NUEVO Y ESPECIAL, PARA LA SUCESIÓN DE EMPRESAS EN EL CONCURSO

El RD Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal (TRLR) brindó la ocasión para abordar la compleja situación que generaba, desde la perspectiva laboral y de Seguridad Social, la venta o enajenación de empresas en el concurso y poner orden en su regulación jurídica. Ciertamente, los estrechos márgenes que ofrece la delegación del Parlamento para la refundición de textos legales limitaron el alcance y posibilidades de reforma del TRLR aunque no por ello dejaron de adoptarse algunas medidas novedosas. La posterior aprobación de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal¹¹, permitió resolver los problemas o dudas que planteó el TRLR y añadir medidas que han acabado de perfilar el régimen jurídico de la transmisión de empresas en el concurso, dotando a esta institución de reglas específicas, diferenciadas de las previstas en el art. 44 ET para el régimen común de la sucesión, y que por tanto configuran un régimen especial de sucesión laboral en el concurso.

1. LA ATRIBUCIÓN DE LA COMPETENCIA EN MATERIA DE SUCESIÓN DE EMPRESA AL JUEZ DE LO MERCANTIL. UNA REFORMA EN DOS FASES

Una de las medidas que incorpora el TRLR va dirigida a eliminar el origen de esa dualidad de interpretaciones sobre la existencia o no de una efectiva sucesión de empresas y, por lo tanto, a evitar la posibilidad de pronunciamientos contradictorios sobre el efectivo alcance de la responsabilidad del adquirente. Para ello se declara, sin ambages, que «el juez del concurso será el único competente para declarar la existencia de sucesión de empresa» (art. 221.2 TRLR).

Es significativo, y problemático como se verá, que esta importante novedad no fuera acompañada de una modificación de los arts. 52 y 53 TRLR que son los preceptos dedicados a delimitar la competencia del Juez de lo mercantil. Quizás ello se debe a que, en esta materia, el ejecutivo entendió que se estaba limitando a depurar el texto legal anterior para eliminar las dudas interpretativas que venía generando. El Preámbulo del TRLR insiste en la amplitud de la delegación al Gobierno para la elaboración del texto refundido y, aunque recuerda que tal delegación no alcanza a autorizar la modificación de fondo del marco legal refundido ni introducir mandatos jurídicos inexistentes con anterioridad o excluir mandatos jurídicos vigentes, advierte también que la refundición no puede ser una tarea mecánica «sino que requiere, a veces, ajustes importantes para mantener la unidad de las concepciones; para convertir en norma expresa principios implícitos; para completar las soluciones legales colmando lagunas cuando sea imprescindible; y, en fin, para rectificar las incongruencias, sean originarias, sean consecuencia de las sucesivas reformas, que se aprecien en las normas legales contenidas dentro de la misma Ley». De hecho, ni el Consejo de Estado ni el Consejo General del Poder Judicial apreciaron ninguna tacha en el contenido del art. 221.2 TRLR a pesar de que claramente contradecía lo que los tribunales de orden social y la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo habían declarado respecto de la competencia del orden social respecto de la declaración de sucesión de empresa. En su Informe sobre el Anteproyecto de TRLR, el Consejo General del Poder Judicial afirmó que la atribución de competencia al juez mercantil no excedía de las facultades conferidas al

¹¹ El nombre completo de la Ley es el siguiente: Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición 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, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132, del Parlamento Europeo y del Consejo, hoy sobre determinados aspectos del derecho de sociedades (Directiva sobre reestructuración e insolvencia).

Gobierno en la delegación legislativa. Algo similar sostuvo el Informe del Consejo de Estado señalando que el texto refundido colmaba una laguna que había dado lugar a posiciones encontradas entre el orden civil y el orden social.

A pesar de ello, las críticas al texto refundido por este exceso del ejecutivo fueron significativas, especialmente desde el ámbito de la doctrina científica y judicial social. Aunque el asunto no llegó a la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, en suplicación numerosos pronunciamientos cuestionaron la validez del art. 221.2 TRLC apelando a que, en este punto, el texto refundido había incurrido en *ultra vires*¹². Y en esa misma línea se manifestó una parte significativa de la doctrina jurídico-laboral¹³.

Sea como fuere, el eventual problema que producía esta situación se resolvió con la aprobación de la LO 7/2022, de 27 de julio, de modificación de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en materia de Juzgados de lo Mercantil, y de la Ley 16/2022. La primera modificó el art. 86 ter de la LOPJ para incluir expresamente, en el listado de materias en las que la jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente, «*la declaración de existencia de sucesión de empresa a efectos laborales y de Seguridad Social en los casos de transmisión de unidad o de unidades productivas y la determinación de los límites de esa declaración conforme a lo dispuesto en la legislación laboral y de Seguridad Social*». La segunda procedió a modificar el art. 52.1.4.º TRLC, con la misma finalidad, para incluir entre las competencias del Juez de lo mercantil «*la declaración de la existencia de sucesión de empresa a efectos laborales y de seguridad social en los casos de transmisión de unidad o de unidades productivas, así como la determinación en esos casos de los elementos que las integran*».

Este cambio normativo tiene especial relevancia. Y ello porque la atribución de esta competencia al Juez del concurso en los términos que acaban de señalarse va acompañada de otras modificaciones en la norma concursal cuya finalidad es asegurar que el Juez de concurso será el que gobierne, en exclusiva, las consecuencias de la enajenación, sin dejar margen posible para la intervención del juez de lo social, que no podrá ya modificar la decisión de si hay o no sucesión de empresa ni alterar el alcance de la responsabilidad del adquirente. Con ello se gana en seguridad jurídica, porque se garantiza que la decisión del Juez del concurso no va a resultar modificada por los tribunales del orden social de la jurisdicción. Y se consigue que el adquirente disfrute de un nivel razonable de tranquilidad, en la medida en que podrá conocer con exactitud el alcance real del pasivo laboral al que deberá hacer frente¹⁴.

Pero, como contrapartida, se limitan los derechos de los trabajadores, en la medida en que, como se verá, las garantías que les ofrece el art. 44 ET ante la sucesión de empresa se reducen cuando la enajenación se produce en el concurso: ni toda la plantilla tendrá garantizada la subrogación ni se benefician de la extensión al adquirente de la responsabilidad por deudas laborales y de Seguridad Social de todos los trabajadores que hubieran estado adscritos a la unidad productiva que se enajena. Y han perdido, además, la posibilidad de que la jurisdicción social, la que de forma natural ejerce la tutela de los derechos laborales, pueda pronunciarse sobre el alcance laboral de las decisiones del juez del concurso en materia de sucesión de empresa.

¹² En este sentido, SSTSJ Madrid de 9 de junio de 2021 (ECLI:ES:TSJM:2021:5924), de 2 de julio de 2021 (ECLI:ES:TSJM:2021:7847), que afirman taxativamente que «la atribución exclusiva al juez del concurso contenida en el art. 221.2 TRLC, constituye un *ultra vires* y no puede ser aplicada por la Sala». También el TSJ Cataluña ha mantenido idéntica posición (STSJ Cataluña 21 de septiembre de 2023, (ECLI:ES:TSJCAT:2023:8104).

¹³ Vid. al respecto PALOMO BALDA, E., «Aspectos laborales del concurso, cuestiones prácticas a la luz de la nueva normativa: alcance y efectos de la sucesión de empresa; ERE concursal y control en suplicación; incidencia del grupo patológico; acciones de resolución del contrato», (texto original); TALÉNS VISCONTI, E., «La competencia judicial para conocer sobre la sucesión de empresa tras la reciente reforma concursal», *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, 14 de abril de 2023, n.º 56.

¹⁴ Vid. al respecto FLAQUER RIUTORT, J., «La venta de unidad productiva de la empresa en crisis», *InDret*, n.º 3, 2023, p. 118.

2. LA DELIMITACIÓN DE LA NOCIÓN DE «SUCESIÓN DE EMPRESA» EN EL CONCURSO Y LAS ESPECIALIDADES EN SU RÉGIMEN JURÍDICO

2.1. Una cuestión previa: legitimidad de las excepciones al régimen común de la sucesión laboral de empresa

El régimen de sucesión laboral de empresas que podríamos denominar común u ordinario es el contemplado en el art. 44 ET que, en líneas generales, acoge los derechos y garantías que la Directiva 23/2001 reconoce a los trabajadores en los traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresa o de centro de actividad. Tales garantías aseguran que el cambio de titularidad no es causa para la extinción de los contratos de trabajo y que los derechos y obligaciones derivados de tales contratos se transfieren al cesionario (arts. 4 y 3 Directiva).

Ese contenido mínimo, exigido por la norma europea, ha sido mejorado por el Estatuto de los Trabajadores en, al menos, los siguientes aspectos:

Por una parte, el art. 44 ET garantiza la subrogación y la conservación de los derechos de Seguridad Social, incluyendo los compromisos de pensiones y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente, lo que supone una opción expresa por ampliar la protección de los trabajadores en un ámbito que la Directiva no garantiza. Recuérdese que la norma comunitaria establece que, «Salvo disposición en contrario por parte de los Estados miembros, los apartados 1 y 3 no serán aplicables a los derechos de los trabajadores en materia de prestaciones de jubilación, invalidez o supervivencia al amparo de regímenes complementarios profesionales o interprofesionales fuera de los regímenes legales de seguridad social de los Estados miembros» (art. 3.4.a Directiva).

Por otra, el art. 44.3 ET impone la responsabilidad solidaria a las empresas cedente y cesionaria por las deudas laborales y de Seguridad Social nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas. Se hace uso, de este modo, de la posibilidad que el art. 3.1 de la Directiva ofrece cuando señala que «Los Estados miembros podrán establecer que, después de la fecha del traspaso, el cedente y el cesionario sean responsables solidariamente de las obligaciones que tuvieran su origen, antes de la fecha del traspaso, en un contrato de trabajo o en una relación laboral existentes en la fecha del traspaso».

Una tercera mejora de los derechos de los trabajadores, no prevista expresamente en el art. 44 ET pero sí acogida por la jurisprudencia, remite a la extensión de esa responsabilidad solidaria a las deudas derivadas no solo de los contratos de trabajo afectados por la sucesión sino también de relaciones laborales extinguidas con anterioridad a la transmisión, siempre que hubieran estado afectadas a la entidad económica transmitida.

Por lo que se refiere a las garantías que la Directiva contempla, la propia norma comunitaria prevé un marco regulador específico para los casos en que la empresa esté sometida a un procedimiento concursal: La regla general es que los arts. 3 y 4 —que, como ya se ha dicho, disponen la continuidad de los contratos de trabajo con el nuevo titular empresarial y la transferencia a éste de los derechos y obligaciones derivados de las relaciones laborales vigentes en el momento de la transmisión— no serán aplicables a los traspasos de empresas, centros de actividad, o partes de empresas o centros de actividad, cuando el cedente sea objeto de un procedimiento de quiebra o de un procedimiento de insolvencia análogo abierto con vistas a la liquidación de los bienes del cedente y éstos estén bajo la supervisión de una autoridad pública competente (que podrá ser un interventor de empresas autorizado por una autoridad pública competente). Sin embargo, la Directiva permite que los Estados pueden establecer disposiciones en contrario a esa previsión general, de modo que pueden prever en su normativa nacional la aplicación de las garantías señaladas. Para este caso, la norma comunitaria permite que la norma nacional, aun imponiendo la subrogación del nuevo titular empresarial en las relaciones laborales, excluya la transferencia de las obligaciones del cedente derivadas de los contratos o relaciones laborales.

La cuestión es, por tanto, si nuestro legislador ha previsto alguna regla específica para las transmisiones de empresas en el marco del concurso. En principio, el art. 57 ET señala que, en caso de concurso, a las transmisiones de empresa se les aplicará la Ley Concursal. Ello induce a pensar que la ley concursal habría hecho uso de estas posibilidades que la brinda la norma comunitaria, excepcionando el régimen de garantías que deriva de la norma europea y del art. 44 ET.

En realidad, inicialmente no fue así. Como antes se ha señalado, la LC/2003 se remitía a su vez al Estatuto de los Trabajadores —con la única excepción referida a las deudas salariales o indemnizatorias cubiertas por el FOGASA—, tanto para delimitar la noción de sucesión de empresa como para delimitar sus efectos y consecuencias (art. 146.bis.3 LC/2003), de modo que el círculo se cerraba donde había empezado: con la aplicación del régimen contemplado en el art. 44 ET también a la sucesión de empresas en el concurso. Es significativa, a estos efectos, la afirmación que la Sala IV del Tribunal Supremo ha reiterado en numerosos pronunciamientos cuando señala que *«toda la normativa sobre sucesión de empresas laboral, con su doctrina interpretativa, es aplicable a las empresas en situación de concurso, con la excepción de la posibilidad prevista en la Ley Concursal de eximir a la sucesora de las deudas laborales que hayan sido asumidas por el Fondo de Garantía Salarial puesto que, salvo en ese concreto punto, el legislador español no ha hecho uso de la posibilidad otorgada por el artículo 5 de la Directiva 2001/23/CE de excluir o limitar tal institución en el caso de transmisión de unidades productivas en el marco de procedimientos concursales»*¹⁵.

La situación ha cambiado sin embargo con la aprobación del TRLC y con las modificaciones que incorpora la Ley 16/2022. Como se verá con más detalle a continuación, la actual regulación de la sucesión de empresas en el concurso permite al juez mercantil delimitar el perímetro de la unidad productiva, y eso incluye, entre otras facultades, seleccionar de entre la plantilla a los trabajadores que van a ser subrogados. Pero también se prevé que la responsabilidad por deudas laborales y de Seguridad Social asumida por el adquirente se limita exclusivamente a los contratos de trabajo respecto de los que opera la subrogación. Ambas previsiones constituyen, sin duda, auténticas especialidades frente al régimen común de la sucesión laboral.

2.2. La noción de sucesión de empresa en el concurso y la delimitación por el juez del concurso del perímetro de la sucesión

El art. 149 LC/2003 acogía una definición de la sucesión de empresa que coincidía casi literalmente con la prevista en el art. 44 ET y en el art. 1.1.b) de la Directiva. Señalaba el precepto, en una literalidad que se mantendría invariable a lo largo de toda la vigencia de la LC/2003, que cuando *«una entidad económica mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesoria, se considerará, a los efectos laborales y de Seguridad Social, que existe sucesión de empresa»*.

En el TRLC, la definición de la sucesión de empresa se construye a través de los arts. 221.1 y 200.2. En el primero se dispone que *«en caso de enajenación de una unidad productiva se considerará a efectos laborales y de Seguridad Social que existe sucesión de empresa»* y el segundo que *«se considera unidad productiva el conjunto de medios organizados para el ejercicio de una actividad económica esencial o accesoria»*.

Es fácil advertir que esta última definición no incluye la referencia al mantenimiento de la identidad tras la transmisión que sí se recoge tanto en el art. 44 ET como en la Directiva o, en fin, se incluía en la LC /2003. Esa omisión ha suscitado el interrogante de si se trata de un olvido del legislador o si, por el contrario, la eliminación de esta exigencia está vinculada con la competencia del juez del concurso para delimitar el perímetro de la unidad productiva objeto de venta o enajenación.

¹⁵ SSTs de 29 de octubre de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:5228); 11 de enero de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:456); 18 de mayo de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:2207); 11 de enero de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:164), entre otras.

El concepto de identidad, tal y como ha recordado el TJUE, se define en el art. 1.1.b) de la Directiva cuando se refiere «a un «conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesoría», poniendo de relieve no sólo el elemento organizativo de la entidad transmitida, sino también la continuidad de su actividad económica». De este modo, el requisito relativo al mantenimiento de la identidad de una entidad económica ha de interpretarse teniendo en cuenta los dos elementos que, considerados conjuntamente, constituyen esa identidad. Lo relevante a estos efectos, no es por tanto la organización específica impuesta por el empresario a los diversos factores de producción transmitidos, sino el mantenimiento del vínculo funcional de interdependencia y de complementariedad entre esos factores. El hecho de que la unidad productiva que se transmite se integre, tras la transmisión, en una estructura organizativa diferente no impide la apreciación de que se mantiene la identidad¹⁶.

Como se deduce de esta interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la exigencia de mantenimiento de la identidad mira al futuro, en el sentido de que debe apreciarse después de producida la transmisión. Por ese motivo, no creo que la omisión de esta exigencia en el art. 200.2 TRLC deba necesariamente vincularse con la competencia reconocida al Juez del concurso para delimitar el perímetro de lo transmitido, esto es su ámbito objetivo —activo y pasivo— y subjetivo —trabajadores afectados por la subrogación—. En esa omisión no se encuentra pues un reconocimiento de la capacidad del juez para delimitar con libertad el perímetro de la unidad productiva, incluyendo o excluyendo con plena libertad los elementos organizativos que considere oportunos. Tal selección podrá hacerse teniendo en cuenta los intereses del concurso, lo que puede suponer la exclusión o separación de determinados activos, siempre que esas exclusiones no determinen que los activos restantes, los que sí se van a transmitir, pierdan la condición de ser un conjunto de medios organizados para ejercer una actividad económica.

Lo cierto es, además, que esa delimitación del perímetro de la transmisión no es una operación en manos exclusivas del juez del concurso, sino que viene normalmente predeterminada, en un primer momento, por la administración concursal, que en su Informe debe incluir el valor de la empresa en su conjunto y de sus unidades productivas, de modo que ya en ese momento pueden identificarse la o las unidades productivas existentes y los elementos que las componen (art. 293.2 TRLC). Posteriormente serán los interesados en la adquisición quienes presenten ofertas en las que terminan de perfilar la unidad productiva identificando, entre otros aspectos, el número de contratos de trabajo en los que están dispuestos a subrogarse (art. 218 TRLC). Es este proceso, por tanto, el que sirve para delimitar realmente lo que se va a transmitir y los contratos de trabajo que van a mantenerse¹⁷. En función de la oferta que finalmente se acepte será preciso adoptar, en relación con los trabajadores que presten servicios en la empresa o en la unidad productiva que se va a enajenar, las medidas de modificación de condiciones, de movilidad o de extinción que procedan. Pero ello requiere obviamente la tramitación simultánea de un expediente concursal al amparo de los arts. 169 y ss. TRLC. De este modo, cuando se adjudica la unidad productiva, el perímetro de la misma —en lo referido a las relaciones laborales afectadas— ya viene condicionado por las decisiones extintivas o de movilidad que se hayan adoptado en el expediente concursal.

2.3. Responsabilidades laborales y de Seguridad Social que se transmiten al adquirente: limitación de su extensión subjetiva y mantenimiento de la exoneración de las deudas asumidas por el FOGASA

Finalmente, el TRLC incorpora también especialidades en la extensión de la responsabilidad asumida por el adquirente en el concurso en línea con las propuestas que habían sostenido reiteradamente los juzgados de lo mercantil, que frecuentemente limitaban la responsabilidad del adquirente exclusivamente a las deudas laborales y de Seguridad Social de los trabajadores subrogados.

¹⁶ STJUE de 12 de febrero de 2009, (Asunto C-466/07, Klarenberg).

¹⁷ Vid. LÓPEZ CUMBRE, L. «Ley concursal y Ley procesal social: Interferencias y propuestas de (contra) reforma», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, n.º 474/2023.

Como ya se ha apuntado, aunque el art. 44 ET no lo prevé expresamente, la doctrina de la Sala IV del Tribunal Supremo extiende la responsabilidad de la empresa cesionaria por las deudas laborales y de Seguridad Social de todos los trabajadores adscritos a la entidad económica transmitida aunque respecto de ellos no hubiera operado la subrogación contractual por cualesquiera motivos. En el mismo sentido se pronunciaba también la Sala III del Tribunal Supremo. Y así se había declarado también respecto de adquisiciones producidas en el marco de un concurso incluso cuando el Juez mercantil expresamente había declarado la limitación de la responsabilidad a las deudas referidas a los trabajadores en cuyos contratos se subrogaba el adquirente¹⁸.

Es en este punto donde el TRLC incorpora una auténtica especialidad frente al régimen laboral común de la sucesión de empresa. El art. 224.1.3.º TRLC, cuando identifica los casos en los que la transmisión de una unidad productiva lleva aparejada la obligación de pago de los créditos no satisfechos por el concursado antes de la transmisión, se refiere a *«los créditos laborales y de Seguridad Social correspondientes a los trabajadores de esa unidad productiva en cuyos contratos quede subrogado el adquirente»*. Por si hubiera alguna duda de que esa responsabilidad se refiere exclusivamente a los trabajadores subrogados y de que no cabe que los jueces de orden social declaren su extensión a trabajadores no subrogados, la Ley 16/2022 modificó, como ya se ha señalado, el art. 221.2 TRLC para hacerle decir que el juez del concurso es el único competente *«para delimitar los activos, pasivos y relaciones laborales»* que componen la empresa.

No se trata pues de que el juez del concurso pueda delimitar sobre qué contratos de trabajo operará la subrogación y cuáles quedarán fuera de la misma, una decisión que, se insiste en ello, no responde a su libre decisión, sino que requiere la concurrencia de causas suficientes que permitan adoptar las medidas correspondientes a través del correspondiente expediente concursal de empleo. La especialidad del régimen jurídico de la sucesión de empresas en el concurso que incorpora el TRLC consiste, frente al régimen común derivado de la interpretación judicial del art. 44 ET, en la exclusión de cualquier responsabilidad por deudas laborales o de Seguridad Social respecto de trabajadores que no han sido subrogados, bien porque sus contratos se extinguieron por cualquier causa, con anterioridad al concurso, bien porque la extinción se produjo, ya declarado el concurso, por ERE concursal, o por cualquier otro motivo. Se resuelven así las controversias que generaban los autos de los jueces del concurso cuando excluían expresamente la responsabilidad del adquirente por deudas laborales y/o de Seguridad Social de trabajadores no subrogados.

La doctrina mercantil ha calificado esta previsión legal como «valiente» señalando que *«la limitación de la extensión de las obligaciones laborales y de Seguridad Social del adquirente a los trabajadores afectos a la unidad productiva es una forma perfectamente razonable y adecuada de potenciar este tipo de operaciones y de proteger los distintos intereses en juego, los del adquirente, los de los acreedores del concursado, los de los trabajadores afectos a la unidad productiva y también los de los demás trabajadores que podrán ver así mejoradas sus expectativas de cobro de sus créditos a costa, sin embargo, de los trabajadores cuyos contratos se*

¹⁸ Así ocurrió, entre otros supuestos, en la STS (Cont-adm) de 17 de mayo de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:20640). En este caso, el Auto de juez de concurso había declarado que la sucesión de empresas se limitaba únicamente a los contratos de trabajo en los que subrogaba la adquirente, no a los anteriores, y a las deudas por cuotas de la Seguridad Social de los referidos trabajadores, no a las deudas con la Seguridad Social anteriores a la venta de la unidad productiva correspondientes a trabajadores en los que no se subrogó. A pesar de ello, la TGSS reclamó al adquirente, por vía de derivación de responsabilidad ex arts. 18.3, 142.1 y 168.2 LGS, las deudas referidas a contratos de trabajo en los que este no se había subrogado. El Tribunal Supremo declara que «el adquirente está obligado a responder de las deudas contraídas con la Seguridad Social con anterioridad respecto de las cuotas debidas del conjunto de trabajadores que prestan sus servicios en la unidad económica, y no solo de aquellos trabajadores que forman parte de la unidad productiva».

han extinguido con anterioridad, que verán rechazadas las pretensiones de cobro de sus créditos pendientes frente al adquirente»¹⁹.

Se mantiene, por lo demás, la posibilidad de que el Juez del concurso exonere al adquirente de subrogarse 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 Estatuto de los Trabajadores (art. 224.1.3.º TRLC). Lógicamente, dicha posibilidad se aplicará, en caso de disponerlo así el juez, a las deudas respecto de los trabajadores que han sido subrogados. Estos deberán reclamar al FOGASA el abono de la prestación que le corresponde conforme al art. 33 ET. Si el FOGASA les deniega la prestación o les abona en menor cuantía que la que el adquirente ha aplicado, deberán ponerlo en conocimiento de esta para que les satisfaga la cantidad pendiente de cubrir hasta el total del crédito laboral adeudado por la empresa que estaba en concurso y se puedan ejercitar las acciones que consideren procedente. Por tanto, la empresa recurrente, adquirente de la unidad productiva, responderá solidariamente de la parte de deuda no asumida por el FOGASA²⁰. Y la institución de garantía, por su parte, deberá personarse en el concurso para recuperar las prestaciones que haya abonado.

3. APLICACIÓN DE LAS ESPECIALIDADES DE LA SUCESIÓN DE EMPRESA EN EL PRE-CONCURSO

Las normas sobre venta o enajenación de la empresa o de unidades productivas recogidas en el TRLC tienen una vocación de generalidad. Las especialidades que acaban de analizarse se aplican a las sucesiones de empresa producidas en cualesquiera de las fases del concurso: ya sea en la fase común, como en la fase de convenio o de liquidación²¹.

Cuestión más controvertida ha sido la de si tales especialidades son también aplicables a las ventas y enajenaciones de empresas en situación preconcursal. Se trata, además, de una cuestión de especial relevancia dado que la Ley 16/2022 ha introducido en el TRLC numerosas normas que inciden de manera especial en el propósito de priorizar mecanismos preventivos de reestructuración empresarial.

Inicialmente²², y a falta de una previsión normativa expresa, la conclusión había sido que las especialidades del concurso no resultaban aplicables cuando este todavía no había sido declarado. En este sentido se pronunció el Tribunal Supremo en una de las escasas ocasiones en las que, hasta donde conocemos, ha tenido que resolver un conflicto referido a la posibilidad de aplicar las ventajas económicas que la normativa ofrece cuando se produce un despido colectivo en el seno del procedimiento concursal a extinciones colectivas producidas en el marco de un acuerdo de reestructuración preventiva, previa al concurso. Se trata de la STS (Sala de lo contencioso-administrativo) de 15 de febrero de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:601), en la que se

¹⁹ BRENES CORTÉS, J., «Venta de unidades productivas y pre-pack concursal», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, n.º 55, mayo-agosto 2021, RR-2.3.

²⁰ *Vid.* al respecto SSTSJ Madrid de 10 de octubre de 2022 (ECLI:ES:TSJM:2022:12234).

²¹ Como explica muy didácticamente el Preámbulo de la Ley 16/2022, el concurso se compone de dos fases sucesivas: la primera, que la ley denomina fase común, destinada básicamente a la determinación de las masas activa y pasiva, y una segunda, de contenido alternativo, que puede ser bien la fase de convenio, bien la fase de liquidación. Esta fase común se extiende desde el auto de declaración de concurso hasta la consolidación de los textos definitivos del inventario y de la lista de acreedores. Como la experiencia enseña, la «paralización» de la solución del concurso en tanto esos textos no devengan definitivos constituye un grave inconveniente para alcanzar esos postulados de rapidez y eficiencia. Cuando es elevado el número de impugnaciones del inventario o cuando se tramitan a ritmo lento las que se hayan presentado, la fase común puede durar varios años.

²² *Vid.*, sobre esta cuestión, PUEBLA PINILLA, A. DE LA «Los costes laborales en el concurso y en las reestructuraciones preventivas», en AA.VV. (Dir. Bermejo, N.; Martínez, A. y Recalde, A.) *Las reestructuraciones de las sociedades de capital en crisis*, Civitas, Thomson Reuters, 2019, pp. 347-380.

cuestionaba si la empresa estaba obligada o no a suscribir convenio especial con la Seguridad Social. Recuérdese que, conforme al art. 51.9 ET, tal obligación, aplicable cuando el despido incluye a mayores de 55 años, no opera en los despidos colectivos tramitados en el marco del concurso. Se trataba, en definitiva, de determinar desde cuando opera esta exclusión, esto es si la referencia a que «las empresas no estén incurso en procedimiento concursal» se refiere o identifica con la declaración formal del concurso o con el procedimiento concursal en su conjunto, desde la solicitud —o, al menos, desde la declaración— hasta el convenio o si, por el contrario, comprende también la fase de precurso.

El Tribunal Supremo resolvió esta cuestión rechazando que «*esa fase del precurso regulada en el art. 5 bis LC implique —como su propio nombre indica— ya el inicio del procedimiento concursal*». La finalidad de esta fase, continua la sentencia, es «*que quien se sabe en una situación de insolvencia negocie con sus acreedores un acuerdo de refinanciación que o bien evite el concurso o bien procure un buen fin del procedimiento concursal*». Así pues, la expresión «estar incurso en procedimiento concursal» se refiere a la declaración formal de concursado, sin que las actuaciones anteriores puedan incluirse en tal concepto. Por ese motivo, la tramitación de un despido colectivo con antelación a la declaración formal del concurso, aunque la empresa hubiera activado la vía precurso contemplada en el art. 5 bis) LC, no exime a la empresa de su obligación de suscribir convenio especial para los trabajadores²³.

En principio, las mismas conclusiones pueden aplicarse al supuesto de venta o transmisión de empresa, cuando esta medida se adopta en fase precurso, como parte de las condiciones de la reestructuración preventiva. De hecho, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha resuelto en este sentido, en sus Sentencias de 22 de junio de 2017 (Asunto C-126/16) y de 16 de mayo de 2019 (Asunto C-509/17). Brevemente, puede recordarse que, en la primera de ellas, la cuestión prejudicial se plantea en torno a una empresa que, para afrontar sus problemas de insolvencia, acometió un plan de reestructuración que incluía la venta de parte de sus centros de trabajo. La entidad adquirente se comprometió a mantener el empleo de una parte de los trabajadores que prestaban servicios para la vendedora, procediéndose al despido del resto de la plantilla. Cuatro de los trabajadores que no fueron contratados por la adquirente presentaron demanda solicitando que se declarase la aplicación de los arts. 3 y 4 de la Directiva 2001/23 al pre-pack celebrado entre su empleador y el adquirente de la empresa y que, por tanto, se les considerase trabajadores de pleno derecho de la adquirente. El Tribunal de Justicia declaró que en este caso no procedía la aplicación de las especialidades concursales entre otras razones porque el procedimiento no estaba dirigido a la liquidación del patrimonio del deudor²⁴.

²³ En similares términos STS 19 de octubre de 2016 (R.º 2291/15).

²⁴ La cuestión a resolver residía, en definitiva, en decidir si el art. 5 de la Directiva, que fija la regla general de que las obligaciones de mantenimiento de los contratos y de subrogación del nuevo titular de la empresa en los derechos y obligaciones de los trabajadores (arts. 3 y 4 Directiva 2001/23) no se aplican en determinados casos, es aplicable a una operación de pre-pack o refinanciación como la señalada, en la que el acuerdo de venta de la empresa se produce con anterioridad a la declaración de quiebra. El Tribunal europeo resuelve la cuestión planteada recordando que la Directiva pretende proteger a los trabajadores garantizándoles el mantenimiento de sus derechos en caso de cambio de empresario. Por ello, en la medida en que el art. 5 excluye dicha protección, la interpretación de las condiciones para que opere esta exclusión deben interpretarse de forma estricta. En particular, el art. 5 exige tres condiciones: a) que el cedente debe ser objeto de un procedimiento de quiebra o insolvencia análogo, b) que este procedimiento se haya abierto con vistas a la liquidación de los bienes del cedente, y c) que el procedimiento se halle bajo supervisión de una autoridad pública competente. El TJUE entiende que, en este caso, no se cumplen ni el segundo ni el tercer requisito y, por tanto, declara que las especialidades concursales de la sucesión de empresa no resultan aplicables a un procedimiento precurso como el analizado. Por una parte, porque un procedimiento que tenga por objeto la prosecución de la actividad de la empresa no cumple el requisito de que el procedimiento se haya abierto «con vistas a la liquidación de los bienes del cedente». En cuanto a las diferencias entre estos dos tipos de procedimientos, afirma la sentencia que «un procedimiento persigue la continuación de la actividad cuando tiene como objetivo salvaguardar el carácter operativo de la empresa o de sus partes viables. En cambio, un procedimiento que tiene por objeto la liquidación de los bienes pre-

Poco después, la STJUE de 16 de mayo de 2019 resolvió en idéntico sentido, y con la misma fundamentación, en un caso referido a una transmisión de empresa efectuada en el marco de un procedimiento de reestructuración preconcursal sujeta a supervisión judicial. También en este caso el Tribunal europeo apreció que el procedimiento de reestructuración judicial se ordenó con el objetivo de mantener la totalidad o una parte de las actividades de la empresa en situación de dificultades financieras y, en consecuencia, que no se cumplían las condiciones para aplicar la regla del art. 5 de la Directiva 2011/23.

Se trata, ciertamente, de una interpretación estricta de la regla del art. 5.1 de la Directiva en la medida en que impide al adquirente beneficiarse de la excepción que este precepto contempla —consistente en la no transferencia entre cedente y adquirente de los contratos de trabajo ni de los derechos y obligaciones derivados de las relaciones laborales— cuando la operación de compra de la empresa en concurso o de una parte de ella se produce en un proceso que no persigue la liquidación del patrimonio del concursado, sino precisamente su continuidad. Pero es una interpretación que sorprende, al menos en lo que se refiere a la exigencia de que el procedimiento vaya dirigido a la liquidación del patrimonio del deudor. Y es que, si bien se mira, cualquier operación de venta en el concurso persigue precisamente todo lo contrario: permitir la continuidad de la actividad empresarial mediante la transmisión de la empresa o de las partes viables de la misma a un tercero que permita la satisfacción de los acreedores y el mantenimiento del empleo.

Quizás por ello, en algún pronunciamiento reciente el TJUE ha flexibilizado su interpretación. La STJUE de 28 de abril de 2022 (Asunto C-237/20, FNV) afirma, en este sentido, que los procedimientos *pre-pack* o previos a la declaración del concurso persiguen una finalidad similar a la del concurso en la medida en que el objetivo principal del *pre-pack* «*consiste en posibilitar que en el procedimiento de quiebra se proceda a una liquidación de la empresa en funcionamiento que satisfaga al máximo los intereses del conjunto de los acreedores y que permita conservar en la medida de lo posible los puestos de trabajo, siempre que dicho procedimiento de pre-pack se rija por disposiciones legales o reglamentarias*».

Así estaban las cosas cuando, como se ha apuntado más arriba, la Ley 16/2022 incorpora al TRLC una regulación más completa y exhaustiva de mecanismos preventivos de concurso. En ellos, la enajenación de la empresa o de alguna/s de sus unidades productivas aparece como una solución adecuada para obtener liquidez y evitar el concurso o favorecer su gestión.

tende maximizar la satisfacción colectiva de los intereses de los acreedores. Aunque no cabe excluir la posibilidad de que exista un cierto solapamiento entre estos dos objetivos en un procedimiento dado, la finalidad principal de un procedimiento que tiene por objeto la prosecución de la actividad de la empresa sigue siendo, en cualquier caso, la salvaguardia de la empresa de que se trate. En el presente asunto, de la resolución de remisión se desprende que una operación de *pre-pack*, como la controvertida en el litigio principal, tiene por objeto la preparación de la cesión de la empresa en sus más mínimos detalles, a fin de permitir la rápida reactivación de las partes viables de la empresa una vez que haya sido declarada en quiebra, con el fin de evitar así la ruptura que resultaría del cese abrupto de las actividades de esta empresa en la fecha de la declaración de quiebra, de modo que se preserven el valor de dicha empresa y los puestos de trabajo». En estas circunstancias, es preciso considerar que como tal operación no tiende, en definitiva, a la liquidación de la empresa, el objetivo económico y social que persigue no puede explicar ni justificar que, cuando la empresa de que se trate sea objeto de una transmisión total o parcial, sus trabajadores se vean privados de los derechos que la Directiva 2001/23 les reconoce. Tampoco se cumplía, en opinión del TJUE, la tercera condición en la medida en que, como aprecia el Tribunal de Justicia, la operación cuestionada no se llevó a cabo bajo la supervisión de un tribunal u otra autoridad pública. Por todo ello, en definitiva, se concluye la plena aplicación de los arts. 3 y 4 de la Directiva, lo que, a la postre, supone el derecho de los trabajadores a mantener su relación laboral con el adquirente que, además, deberá respetar sus condiciones laborales.

Actualmente, el TRLC contempla, por una parte, el denominado pre-pack concursal, caracterizado por su preparación anterior a la propia declaración del concurso. En estos casos, la venta de la empresa o de unidades productivas se prepara antes de la solicitud del concurso con la finalidad de que, una vez declarado el concurso, la venta sea inmediata (art. 224 bis TRLC). Se trata de fórmulas que fomentan la reestructuración preventiva y la reducción al máximo de la duración y los costes del procedimiento concursal. La idea que subyace bajo esta previsión es la necesidad de evitar la depreciación de los activos del deudor que se produce conforme va avanzando el procedimiento concursal. Lo que se persigue es que, cuando se declara el concurso, se esté ya en disposición de proceder a la enajenación de la unidad productiva. En estos casos, dado que, aunque la concreción del perímetro de la sucesión se realiza antes de la declaración del concurso, su aprobación y ejecución se producen en el marco del procedimiento concursal, lo lógico es que resulten aplicables a estas enajenaciones los mismos límites y las mismas reglas²⁵.

Distinto es el caso de enajenación de la unidad productiva en el contexto de un plan de reestructuración. Debe tenerse en cuenta que, en la medida en que la empresa sea viable, la opción por la que se decanta preferentemente el legislador es precisamente la reestructuración temprana. En este contexto, el deudor que se encuentre en probabilidad de insolvencia puede solicitar la homologación de un plan de reestructuración (art. 548.1 TRLC) pudiendo incluir en el mismo la transmisión de activos, unidades productivas o de la totalidad de la empresa en funcionamiento. En relación con estas operaciones, el TRLC no prevé nada sobre la delimitación del perímetro de la unidad productiva, sobre la sucesión de empresa a efectos laborales o de Seguridad Social, sobre la situación de los trabajadores... En estos casos, se ha entendido que el régimen aplicable a la transmisión de empresa será en general previsto en la normativa mercantil y laboral, sin que resulten aplicables por tanto las especialidades previstas en el TRLC²⁶.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALTÉS TÁRREGA, J. A., «La sucesión de empresa en la fase de liquidación concursal: divergencias interpretativas y la necesaria unificación de criterios», *Derecho de las Relaciones Laborales*, Lefebvre/El Derecho, n.º 10, 2018.
- BRENES CORTÉS, J., «Venta de unidades productivas y pre-pack concursal», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, n.º 55, mayo-agosto 2021.
- FLAQUER RIUTORT, J., «La venta de unidad productiva de la empresa en crisis», *InDret*, n.º 3, 2023.
- LÓPEZ CUMBRE, L. «Ley concursal y Ley procesal social: Interferencias y propuestas de (contra) reforma», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, n.º 474/2023.
- PALOMO BALDA, E., «La sucesión de empresa tras la última reforma concursal. (aspectos competenciales)», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, n.º 471, 2022.
- PALOMO BALDA, E., «Aspectos laborales del concurso, cuestiones prácticas a la luz de la nueva normativa: alcance y efectos de la sucesión de empresa; ERE concursal y control en suplicación; incidencia del grupo patológico; acciones de resolución del contrato», (texto original).
- PERDICES, A., «La no responsabilidad del adquirente por las deudas anteriores a la transmisión», *Anuario de Derecho Concursal*, n.º 34, 2015.
- PUEBLA PINILLA, A., DE LA «Los costes laborales en el concurso y en las reestructuraciones preventivas», en AA.VV. (Dir. Bermejo, N.; Martínez, A. y Recalde, A.) *Las reestructuraciones de las sociedades de capital en crisis*, Civitas, Thomson Reuters, 2019.

²⁵ RUBIO VICENTE, P. J., «Nuevas reglas de enajenación de unidades productivas en el Proyecto de Ley de reforma del TRLC», *Diario La Ley*, n.º 10108, 12 de julio de 2022. También, FLAQUER RIUTORT, J., «La venta de unidad productiva de la empresa en crisis», cit., p. 137.

²⁶ FLAQUER RIUTORT, J., «La venta de unidad productiva de la empresa en crisis», cit., p. 157.

- RUBIO VICENTE, P. J., «Nuevas reglas de enajenación de unidades productivas en el Proyecto de Ley de reforma del TRLC», *Diario La Ley*, n.º 10108, 12 de julio de 2022.
- TALÉNS VISCONTI, E., «La competencia judicial para conocer sobre la sucesión de empresa tras la reciente reforma concursal», *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, 14 de abril de 2023, n.º 56.
- TRILLO GARCÍA, A. «A propósito de la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona relativa a la posible derivación de responsabilidad en materia de Seguridad Social en el marco de la transmisión de empresas en el concurso de acreedores», *Información Laboral*, n.º 2, 2014.