

La venta de unidad productiva de la empresa en crisis

Especial referencia al mecanismo de prepack concursal

Juan Flaquer Riutort
Catedrático de Derecho
Mercantil
Universitat de les Illes Balears

Sumario

-
La venta de unidad productiva se ha convertido en una de las estrellas del procedimiento concursal y en uno de los mecanismos en los que se han depositado mayores esperanzas de cara al logro de una solución real y efectiva a las crisis empresariales. En el presente trabajo, el autor analiza las principales claves de la regulación de esta figura, prestando un especial interés a las consecuencias que genera la transmisión, particularmente, en lo referido a la sucesión de empresa, la subrogación en los contratos afectos a la continuidad de la actividad empresarial y los efectos sobre los créditos pendientes de pago. El estudio incluye una valoración crítica del nuevo mecanismo de prepack concursal, que se caracteriza por su preparación anterior a la propia declaración de concurso, y que trata de maximizar en la medida de lo posible el valor de los activos objeto de transmisión, generalmente deteriorado en etapas ya muy avanzadas del procedimiento concursal.

Abstract

-
The sale of the productive unit has become one of the stars of the insolvency procedure and one of the mechanisms in which the greatest hopes have been placed with a view to achieving a real and effective solution to business crises. In this article, the author analyses the main keys to the regulation of this figure, paying special attention to the consequences generated by the transfer, particularly with regard to the succession of the company, subrogation in contracts related to the continuity of the business activity and the effects on pending debts. The study includes a critical assessment of the new insolvency prepack mechanism, which is characterised by its preparation prior to the actual declaration of insolvency, and which seeks to maximise as far as possible the value of the assets to be transferred, which are generally deteriorated at very advanced stages of the insolvency proceedings.

Title: *The sale of the insolvent debtor's production unit. Special reference to the insolvency prepack mechanism*

-
Palabras clave: venta de unidad productiva, efectos de la transmisión, sucesión de empresa, subrogación contractual, prepack concursal, reestructuración preventiva.

Keywords: *sale of production unit, effects of the transfer, business transfer, contractual subrogation, insolvency prepack, preventive restructuring*

-
DOI: 10.31009/InDret.2023.i3.03

3.2023

Recepción
12/5/2023

-

Aceptación
3/7/2023

-

Índice

-

1. Introducción

2. El régimen general de enajenación de unidades productivas en el marco de un procedimiento concursal: aspectos claves de la reforma operada por la Ley 16/2022, de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal

2.1. Consideraciones previas sobre el concepto de unidad productiva en sede concursal

2.2. Iniciativa y publicidad del trámite

2.3. Modo de realización de las unidades productivas

2.4. Contenido de las ofertas y reglas de adjudicación

2.5. Efectos de la transmisión

a. El problema de la sucesión de empresa

b. La subrogación en los contratos afectos a la continuidad de la actividad empresarial

c. Los efectos sobre los créditos pendientes de pago

d. Breve referencia a la prohibición de hacer competencia a favor del adquirente

2.6. Aprobación de la propuesta u oferta

2.7. Cancelación de cargas

2.8. Especial referencia a la propuesta de convenio con asunción

3. Los mecanismos iniciados antes de la declaración de concurso para la enajenación de unidades productivas del deudor: el denominado prepack concursal

3.1. Consideraciones de tipo preliminar

3.2. La solicitud de concurso con presentación de oferta vinculante de adquisición de una o varias unidades productivas

3.3. La solicitud de nombramiento judicial de experto para recabar ofertas de adquisición de la unidad productiva

a. La solicitud del deudor

b. La resolución judicial: nombramiento, retribución y carácter reservado de la designación

c. La labor del experto y su resultado

d. La enajenación de unidad productiva por medio de oferta recabada por experto designado por el juez, efectuada sin declaración de concurso de acreedores

e. La oferta de adquisición de unidad productiva recabada por el experto y acompañada a la solicitud del deudor de declaración de concurso voluntario de acreedores

4. La enajenación de unidad productiva en el contexto de un plan de reestructuración

5. Especialidades de la enajenación concursal de una unidad productiva para microempresas

6. Bibliografía

-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional 

1. Introducción

Uno de los principales problemas que ha planteado la constante y continuada reforma del Derecho concursal en nuestro país ha venido constituido por la acreditada ineficacia de las soluciones tradicionales a la insolvencia empresarial. En efecto, ni el convenio con los acreedores, cuando esa actividad económica se considera aún viable, como mecanismo inicialmente apto para la continuación de la actividad empresarial y el mantenimiento de los puestos de trabajo; ni la apertura de la fase de liquidación, como herramienta diseñada para asegurar, en caso de ser imposible la solución anterior, un ordenado y equitativo reparto de la masa activa del concurso entre los acreedores, se han mostrado verdaderamente útiles a los efectos para los que fueron diseñados¹.

En el caso del convenio, la experiencia nos enseña las múltiples dificultades a las que se enfrenta el deudor para alcanzar un acuerdo con sus acreedores que le permita asegurar la continuidad y viabilidad de su actividad empresarial, siendo numerosos los supuestos en los que o bien no se consiguen las adhesiones necesarias al convenio, o bien, logradas estas, se acaba incumpliendo su contenido por el deudor, lo que conduce irremediamente a la reapertura del concurso y a la inevitable liquidación de sus bienes. Por su parte, en el caso de la liquidación, no es necesario insistir en la idea de que el transcurso del tiempo que acarrea ineludiblemente todo procedimiento concursal, acompañado del deterioro propio de la actividad que ello representa, minimiza, por lo general, el valor de los activos empresariales objeto de liquidación, con el consiguiente perjuicio que ello ocasiona tanto a los acreedores como al propio deudor.

Si a todo ello se le añade la natural desconfianza que genera en la sociedad el mero hecho de recurrir al concurso de acreedores, se comprende inmediatamente que los esfuerzos desplegados en la modernización de las instituciones concursales durante estos últimos años, no hayan alcanzado los resultados deseados o esperados, constituyendo, sin duda, uno de los verdaderos retos a los que se enfrenta cualquier política legislativa que pretenda procurar un marco adecuado y eficaz para la resolución de las crisis empresariales.

En este contexto, resulta verdaderamente lógico que el legislador haya tratado de fijar su atención en mecanismos que aseguren verdaderamente la conservación de la empresa o, en su defecto, maximizar, a los efectos de proteger los intereses de los acreedores, el valor de sus activos en situación de crisis o insolvencia. Es precisamente en este escenario en el que cabe inscribir la aprobación 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 (en adelante, Directiva sobre reestructuración), que como veremos, ha tenido una incidencia esencial en la reciente y enésima reforma del Derecho concursal acaecida en nuestro país, plasmada en la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal (en adelante, Ley 16/2022).

La Directiva en cuestión, cuyo título referido a la reestructuración preventiva nos aproxima ya a uno de los objetivos esenciales perseguidos por el legislador comunitario, apunta de modo muy expresivo e indicativo, en su considerando segundo, que *«...los marcos de reestructuración preventiva deben permitir, ante todo, la reestructuración efectiva de los deudores en un momento temprano y evitar la insolvencia, limitando así la liquidación innecesaria de empresas viables»*, así

¹ Puede verse, con carácter general, sobre dicha cuestión: ROJO FERNÁNDEZ, A.: «El Texto Refundido de la Ley Concursal», en *Anuario de Derecho Concursal*, nº51, septiembre-diciembre (2020), pp. RR1.1-RR1.12, en concreto, p. RR1.3.

como «... maximizar el valor total para los acreedores -en comparación con lo que habrían recibido en caso de liquidación de los activos de la empresa o en caso de aplicarse la mejor solución alternativa en ausencia de un plan de reestructuración-, así como para los propietarios y para la economía en su conjunto».

Es decir, se fija el centro de atención en el carácter temprano de la actuación ante una situación de probabilidad o inminencia de la insolvencia, puesto que se considera que, solo de este modo, se puede asegurar la evitación de un escenario de crisis empresarial o, cuando menos, maximizar el valor de los activos de esa empresa. En este sentido, la previsión de instrumentos preconcursales eficaces se ha manifestado como una solución óptima no solo para incrementar la eficiencia del sistema de insolvencia de forma directa, posibilitando una reestructuración rápida de la actividad empresarial, sino también de manera indirecta, por cuanto pueden contribuir a liberar recursos administrativos y descongestionar el procedimiento concursal en su conjunto².

En clara concordancia con lo anterior, cabe afirmar, a su vez, que la enajenación o venta de una o varias unidades productivas de la empresa en crisis ha venido erigiéndose, incluso en estadios ya avanzados del concurso o de su propia fase de liquidación, en un instrumento especialmente apto para, dentro de los principios básicos de universalidad y trato igualitario, conseguir los fines esenciales del procedimiento concursal, ya sean estos el asegurar un pago ordenado y lo más eficiente posible de los créditos concursales, ya sean, cuando sea posible, la conservación de la empresa o, al menos, de alguna o algunas de sus unidades productivas.

En este sentido, la figura en cuestión, que parte de la idea, si se permite el símil anatómico, de extirpar del cuerpo enfermo aquellas partes que aún pueden manifestarse útiles o de las que es esperable todavía algún provecho, puede asumir un destacado papel en la consecución del fin mixto, de pago a los acreedores y de conservación de la actividad empresarial, de todo procedimiento concursal, puesto que no solo permite la conservación de la empresa, aunque desligada de la del deudor concursado, sino que también favorece, en claro beneficio para los acreedores, el incremento del valor del patrimonio en comparación al que se obtendría por medio de su enajenación aislada³.

Con todo, conviene matizar que, pese a lo anterior, la redacción originaria de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en adelante, LC), tan solo preveía, en sus artículos 148 y 149, una regulación ciertamente exigua y fragmentaria de la figura, limitándola esencialmente a la fase de liquidación del concurso. Sin embargo, es menester reconocer que, en su Exposición de Motivos, se recogía ya la voluntad del legislador de procurar la conservación de las empresas o unidades productivas de bienes o servicios integradas en la masa, mediante su enajenación como un todo⁴. De ahí que, también en sede de convenio, se atisbara una referencia específica de la misma, al indicarse expresamente en el artículo 100.2 que «podrán incluirse en la propuesta

² Apartado I de la 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, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (Directiva sobre reestructuración e insolvencia).

³ Puede verse, en este sentido: RUBIO VICENTE, P. J.: «La problemática de la enajenación de la empresa en la fase de liquidación concursal», en *Revista de Derecho Mercantil*, nº292, 2014, pp. 185 y 186; y BRENES CORTÉS, J.: «Venta de unidades productivas y pre-pack concursal», en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, nº55, mayo-agosto (2021), pp. RR-2.1-RR-2.6, en concreto, p. RR-2.1.

⁴ Apartado VII de la Exposición de Motivos de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

de convenio proposiciones de enajenación, bien del conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a su actividad empresarial o profesional o de determinadas unidades productivas a favor de una persona natural o jurídica determinada»⁵.

Pese a ello, en realidad, su verdadera puesta en escena tuvo lugar con la promulgación del Real Decreto Ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal, que incorporó un nuevo precepto a la LC, el artículo 146 *bis*, en el que bajo el significativo título de «Especialidades de la transmisión de unidades productivas», se establecía ya una regulación unificada de la figura, de aplicación a cualquier tipo de transmisión de esta naturaleza que tuviera lugar en sede concursal, ya fuera preferentemente en fase de liquidación como hasta entonces, ya fuera en fase común o en sede de convenio.

A partir de ahí, la necesaria tarea de regularización, aclaración y armonización del sinfín de normas dictadas en desarrollo o modificación de nuestra legislación concursal a lo largo de estos últimos años, desembocó en la publicación de un Texto Refundido de Ley Concursal, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo (en adelante, TRLC), en cuyos artículos 215 a 225 se ofrece ya, a los efectos que ahora nos interesan, una regulación sistemática y completa de la enajenación de unidades productivas en el marco de un procedimiento concursal. Resulta especialmente interesante destacar esto último, por cuanto pone en evidencia que, ya con anterioridad a la reforma operada por la Ley 16/2022, la existencia de un plan de liquidación no resultaba indispensable para proceder a la realización de la masa activa del concurso, que debía seguir, en ausencia de aquel, las reglas de enajenación de bienes y derechos de la masa activa contenidas en los artículos 205 a 225 del TRLC.

Por su parte, la reciente Ley 16/2022 ha supuesto, a su vez, un importante avance en la materia, introduciendo nuevas normas (artículos 224 *bis* a *septies* del TRLC), que inciden, de manera muy especial, en ese propósito de priorizar la utilización de mecanismos preventivos de reestructuración empresarial, al tiempo que se ha aprovechado para efectuar algunas significativas modificaciones al régimen general previsto en los artículos 215 y siguientes del TRLC.

A todo ello cabe añadir, en un contexto aún más reciente, la publicación de una Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de fecha 7 de diciembre de 2022, relativa a la armonización de determinados aspectos de la legislación en materia de insolvencia (en adelante, Propuesta de Directiva sobre insolvencia)⁶, que incide también, como tendremos ocasión de comprobar más adelante, en alguno de los aspectos referidos a la enajenación de una unidad productiva y que, de llegar a buen puerto, exigirá nuevas y prontas respuestas por parte de nuestro legislador.

El objeto del presente trabajo no es profundizar de nuevo en los aspectos generales de la enajenación de unidades productivas, cuestión suficientemente tratada ya por nuestra mejor doctrina⁷, sino referirnos, de modo crítico, a las novedades introducidas en esta materia por la

⁵ Recibía dicha posibilidad el nombre de convenio de asunción del pasivo, que con antecedentes en el artículo 928 del Código de comercio, fue objeto de especial atención y estudio por nuestra mejor doctrina. Véase, en este sentido, ROJO, A.: «Artículo 100. Contenido de la propuesta de convenio», en ROJO, A. y BELTRÁN, E., *Comentario de la Ley Concursal*, tomo II, Madrid (2014), pp. 1864-1899.

⁶ 2022/0408 (COD).

⁷ Sobre la figura en general de la enajenación de unidad productiva en sede concursal, puede verse, entre otros, ALONSO LEDESMA, C.: «La transmisión de la empresa o de unidades productivas del empresario como contenido del convenio concursal», en E-Prints Complutense, nº40 (2011); VALPUESTA, E.: «Artículo 146 bis. Especialidades de la transmisión de unidades productivas», en *Comentario a la Ley Concursal*, obra colectiva dirigida por PULGAR, J. y otros, Madrid (2016), pp. 1582-1603; CORDÓN MORENO, F.: «La enajenación de unidad productiva de la que

Ley 16/2022. Muy particularmente, a lo que se ha venido en denominar prepack concursal, figura esta exportada de otros ordenamientos jurídicos⁸, asumida y auspiciada, como veremos más adelante, por nuestra jurisprudencia, y que se ha presentado como una verdadera solución práctica para los procesos concursales que se desarrollen en nuestro país, cuestión esta última que, en todo caso, queda aún pendiente de verificar, toda vez que el escudo protector que supuso la aprobación del Real Decreto Ley 5/2021, de 12 de marzo, de medidas extraordinarias de apoyo a la solvencia empresarial en respuesta a la pandemia de la COVID-19, ha impedido comprobar, hasta el momento, su verdadera eficacia.

A tales efectos, iniciaremos nuestro análisis con el estudio de la regulación contenida en los artículos 215 a 224 del TRLC, referida a las especialidades de la enajenación de una unidad productiva en el marco de un procedimiento concursal, prestando, como decíamos, particular atención a los elementos novedosos de la reforma. A continuación, nos ocuparemos de los aspectos más llamativos del nuevo régimen, que aparecen vinculados a la fase preconcursal del proceso de insolvencia, y que se incardinan en lo que se conoce como prepack concursal. De este modo, prestaremos atención, por un lado, a la facultad reconocida al deudor de presentar, juntamente con la solicitud de declaración de concurso, una oferta de adquisición de una o varias unidades productivas (artículo 224 *bis* del TRLC); y, por otro, a la solicitud de nombramiento de experto para recabar ofertas de adquisición de la unidad productiva (artículos 224 *ter* a 224 *septies* del TRLC), efectuando una valoración crítica de este nuevo régimen. Nuestro estudio concluirá con una referencia final a la enajenación de una unidad productiva en el contexto de un plan de reestructuración presentado por el deudor, así como a las especialidades de la enajenación de unidad productiva para el caso de microempresas, a las que, como es sabido, ha prestado una especial atención la Ley 16/2022.

2. El régimen general de enajenación de unidades productivas en el marco de un procedimiento concursal: aspectos claves de la reforma operada por la Ley 16/2022, de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal

Como decíamos con anterioridad, analizaremos en este primer apartado el régimen jurídico general de la enajenación de unidades productivas en el marco de un procedimiento concursal, prestando especial atención a aquellos aspectos que han sido reformados o introducidos con ocasión de la Ley 16/2022. Para ello, sin embargo, es preciso efectuar algunas consideraciones previas atinentes a su concepto, que incluirán también una referencia a su contenido y a su valoración.

2.1. Consideraciones previas sobre el concepto de unidad productiva en sede concursal

La enajenación de una unidad productiva del deudor insolvente se ha considerado normalmente como una opción preferente de liquidación concursal, ampliada como hemos

formen parte bienes o derechos afectos a créditos con privilegio especial», en *Anuario de Derecho Concursal*, nº34 (2015), pp. 91-100; FERNÁNDEZ SEIJO, J. M.: «La venta de unidades productivas en el procedimiento concursal abreviado», en *Estudios jurídicos en memoria del profesor Emilio Beltrán*, tomo 2º, obra colectiva dirigida por ROJO, A. y CAMPUZANO, A. B., Valencia (2015), pp. 2119-2253; GENTO CASTRO, Z.: «La venta de la unidad productiva en el concurso», en *El Derecho de la insolvencia. El concurso de acreedores*, obra colectiva dirigida por CAMPUZANO, A. B. y SANJUÁN MUÑOZ, E., Valencia (2015), pp. 676-701; y SANZ SANZ, A.: *La enajenación de la unidad productiva en el concurso de acreedores*, Editorial La Ley, 2022.

⁸ Puede verse específicamente sobre este particular: GILO GÓMEZ, C.: «Pre-pack concursal y Derecho comparado», en *Estudios de Deusto*, vol. 69/2, julio-diciembre 2021, pp. 111-121; y GALLEGO CÓRCOLES, A.: «Solicitud de concurso con oferta de adquisición de unidades productivas y ventas prepack en la proyectada reforma concursal», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, nº166, 2022, pp. RR-2.1-RR-2.7, en concreto, p. RR-2.2.

visto más adelante a cualquier fase o etapa del concurso, que descansa de modo muy especial en la delimitación previa de su perímetro, que no es otro que el de la existencia de un conjunto de bienes y derechos que forman parte de la empresa en cuestión, pero que presenta una unidad suficiente y apta para permitir su aprovechamiento empresarial independiente⁹. Desde esta perspectiva, la exigencia de funcionalidad propia deviene inexcusable, y nos permite alejar este mecanismo de lo que pueda ser una simple enajenación plural de bienes del deudor, que no permite la continuidad de la actividad empresarial hasta ese momento desarrollada.

Por lo que se refiere a su concepto legal, conviene recordar que ya el Estatuto de los Trabajadores, en su artículo 44.2, nos advierte, a la hora de referirse a la sucesión de empresa, que esta se dará «*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*». De hecho, este mismo concepto es el que aparecía ya en el artículo 149.2 de la LC. Sin embargo, cabe puntualizar que, en la actualidad, el artículo 200.2 del vigente TRLC, si bien presenta una notable coincidencia con la redacción anterior, elimina la referencia al mantenimiento de la identidad, lo que permite entender que no es necesario respetar la configuración que la unidad productiva tenía en su origen, con anterioridad a la declaración de concurso, de modo que, en el marco del procedimiento concursal, podrá establecerse una configuración distinta, siempre naturalmente que se mantenga la funcionalidad a la que nos referíamos anteriormente¹⁰.

Comprendida así la figura, la enajenación de la que hablamos adquiere su justificación en el mayor valor que se puede obtener de la misma puesta en relación con el de los bienes individualmente considerados, lo que puede redundar en una mejor satisfacción de los créditos de los acreedores, así como en la eventual continuidad de la empresa y de los puestos de trabajo. De ahí precisamente que sea esta una opción que tiende a ser favorecida por el legislador¹¹, que paulatinamente la ha ido incorporando a los procedimientos concursales, hasta el punto de situarla incluso, como veremos más adelante, en el marco de los instrumentos de reestructuración preventiva al alcance de todo deudor¹².

Una prueba evidente de lo anterior es la regla del conjunto, recogida hoy en el artículo 422 del TRLC, que en sede de liquidación concursal, establece que el conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes o servicios de la masa activa se enajenará como un todo, salvo aquellos casos en los que el juez, previo informe de la

⁹ ALONSO LEDESMA, C.: *op. cit.*, pp. 4 y 5.

¹⁰ BRENES CORTÉS, J.: *op. cit.*, pp. RR-2.3.

¹¹ Un buen ejemplo de ello lo hemos tenido con ocasión de la pandemia Covid-19, en cuyo escenario el Real Decreto Ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, dispuso en su artículo 14 la tramitación preferente hasta que transcurriera un año desde la declaración del estado de alarma de, entre otras, las actuaciones orientadas a la enajenación de unidades productivas o a la venta en globo de los elementos del activo. Puede verse, en particular, sobre dicha cuestión: COHEN BENCHETRIT, A.: «El pre-pack tras la reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre», en *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones*, n^o9 (2023), pp. 133-148, en concreto, p. 136, quien nos advierte que esta tramitación preferente de las actuaciones referidas a ventas de unidades productivas no hacía sino recoger en una disposición legal lo que venía siendo una práctica generalizada en los juzgados mercantiles, en los que se suele dar prioridad a estos procedimientos para evitar que se frustre la venta.

¹² De hecho, el artículo 4.1 de la Directiva 2019/1023, sobre marcos de reestructuración preventiva, indica expresamente que «*los Estados miembros se cerciorarán de que, cuando se hallen en un estado de insolvencia inminente, los deudores tengan acceso a un marco de reestructuración preventiva que les permita reestructurar, con el fin de evitar la insolvencia y garantizar su viabilidad, sin perjuicio de otras soluciones destinadas a evitar la insolvencia, protegiendo así el empleo y manteniendo la actividad empresarial*».

administración concursal, acuerde la enajenación individualizada por estimarla más conveniente para los intereses del concurso. En suma pues, se evidencia una preferencia clara del legislador por este modo de realización conjunto de los bienes del concursado, lo que obedece claramente a la maximización del valor de los bienes que representa este modo de enajenación¹³.

Por otra parte, esta regla del conjunto es propia y característica de la mayor parte de ordenamientos de nuestro entorno, en los que, como señala ALONSO LEDESMA, «*se distingue claramente la liquidación de la empresa de la liquidación del patrimonio que no implica necesariamente la primera; de ahí que con el fin de satisfacer mejor a los acreedores esta satisfacción se lleve a cabo mediante técnicas que, en la medida de lo posible, eviten la disolución, es decir, la liquidación de la empresa permitiendo la reorganización de la misma, con la sustitución del empresario, o mejor, y más en general, de aquel o de aquellos a los que, como los socios (de la sociedad concursada) está destinado el valor neto del patrimonio de la empresa*»¹⁴.

Naturalmente, es perfectamente posible que el patrimonio del deudor esté compuesto por una o varias unidades productivas, siempre lógicamente que cada una de ellas mantenga su propia funcionalidad y pueda ser considerada de modo independiente a las restantes. Este último rasgo, el de la funcionalidad, insistimos, se nos antoja esencial, por cuanto supone excluir del concepto de unidad productiva aquello que no deja de ser una mera conjunción o pluralidad de activos del inmovilizado, pero sin aptitud para su funcionamiento por separado. De hecho, como veremos más adelante, las normas específicas de la enajenación de unidades productivas se orientan precisamente a tratar de mantener esa funcionalidad, lo que se consigue muy particularmente por medio del mantenimiento de contratos, entre los que cobran un sentido muy especial los laborales, que suelen ser imprescindibles para la conservación o la reanudación de la actividad¹⁵.

Por lo que se refiere estrictamente a su contenido o delimitación, es importante comprender que abarcará no solo elementos materiales, sino que también puede comprender elementos personales y obligaciones contractuales que, valorados o apreciados en su conjunto, determinarán, en su caso, el precio final de su adquisición. Una cuestión de vital importancia en este último sentido es la denominada identificación o delimitación del perímetro de la unidad productiva, a cuyo efecto el artículo 218.2 del TRLC indica que cualquier oferta de adquisición deberá consignar «*la determinación precisa de los bienes, derechos, contratos y licencias o autorizaciones incluidos en la oferta*». A tales efectos, es necesario saber, desde este preciso instante, que la competencia para la delimitación del perímetro corresponde al juez del concurso (artículo 221.2 del TRLC), si bien es igualmente cierto que la administración

¹³ Puede verse, en este sentido: CORDERO LOBATO, E.: «La venta de unidad productiva con activos sujetos a garantía real», en *Diario La Ley*, nº8272 (2014).

¹⁴ ALONSO LEDESMA, C.: *op. cit.*, pp. 4 y 5.

¹⁵ MUÑOZ PAREDES, J. M^a y DÍAZ LLAVONA, C.: «Comentario al artículo 215», en *Comentarios al articulado del Texto Refundido de la Ley Concursal*, obra colectiva dirigida por PEINADO GRACIA y otros, Editorial Sepín, 2020, pp. 163-171, en concreto, p. 165, con cita del Auto del Juzgado de Primera Instancia nº4 y de lo Mercantil de Guadalajara, de 11 de mayo de 2016, en el que el juez declara que al haber cesado la actividad seis años atrás y sin la existencia de trabajadores, no hay unidad productiva, ni consiguientemente tampoco, sucesión de empresa.

concurstal, en su tarea de descripción de los componentes de la masa activa del inventario, habrá facilitado ya normalmente dicha tarea¹⁶.

En este último sentido, resulta importante destacar que los Acuerdos de los Jueces de lo Mercantil y Secretarios Judiciales de Cataluña, adoptados en el seminario celebrado el día 3 de julio de 2014, establecieron los parámetros de delimitación a los que se hace preciso atender, a saber: «(i) la identificación del establecimiento donde se realiza la actividad empresarial; (ii) la adecuación de la unidad productiva a la normativa vigente; y (iii) la identificación del número de puestos de trabajo, categoría, antigüedad y relación de salarios brutos»¹⁷. Con todo, se hace necesario reconocer que, por lo general, dicha tarea no será ni mucho menos sencilla, ya que nos encontraremos casi siempre con dificultades para determinar de forma precisa qué bienes están afectos a la actividad, cuáles de entre ellos no resultan imprescindibles y pueda resultar más beneficiosa su enajenación por separado, qué trabajadores se estiman indispensables para la continuación de la actividad, etc.

Lo que no indica, en todo caso, el artículo 200 del TRLC es si el concepto de unidad productiva exige o no la presencia de trabajadores en su seno, cuestión esta sobre la que los juzgados de lo Mercantil han venido sosteniendo criterios diversos¹⁸. No obstante lo anterior, entendemos que la regulación actual parece inclinarse decididamente por su no exigencia, pues no en vano el artículo 220.1, al referirse al trámite de audiencia que el juez debe conceder a los representantes de los trabajadores en casos de enajenación de la empresa o de una o varias de sus unidades productivas, indica que ese trámite se dará si existieran trabajadores, lo que permite entender que una determinada unidad productiva bien pudiera no tenerlos¹⁹.

Finalmente, por lo que se refiere a su valoración, cabe recordar que el artículo 75.2 de la LC exigía ya al administrador concursal incluir en su informe una valoración de la empresa en su conjunto y de las unidades productivas que la integrasen, lo que debía servir, entre otros fines, para que pudiera valorarse, con mayor conocimiento de causa, si era más interesante la venta conjunta o la venta de bienes y derechos de forma aislada. En parecido o igual sentido, el artículo 293.2 del TRLC vigente nos aclara también que, como documento anejo al informe, si una empresa forma parte de la masa activa, se deberá precisar la valoración de la empresa en su conjunto y de cada una de las unidades productivas que la integren, tanto en las hipótesis de continuidad de las actividades como de liquidación.

Recordemos, además, que con carácter previo a ello, el artículo 200.1 del TRLC, exige también a la administración concursal, ya en el momento de elaborar el inventario de la masa activa, describir en documento anejo al mismo la eventual existencia de esas unidades productivas de bienes o servicios. No obstante, cabe advertir que la delimitación de la unidad productiva, de

¹⁶ RIVAS URBINA, R.: «Enajenación de la unidad productiva y pre-pack concursal en el proyectado procedimiento especial para microempresas», en *Anuario de Derecho Concursal*, n°56, mayo-agosto 2022, pp. RR-5.1-RR-5.11, en concreto, p. RR-5.1.

¹⁷ Se puede acceder al contenido completo de estos acuerdos por medio del siguiente enlace: https://s01.s3c.es/imag/doc/2014-07-15/Acuerdo_Jueces_Mercantiles_Catalu%C3%B1a.pdf

¹⁸ Se han mostrado favorables a su exigencia, entre otros, los autos del Juzgado de lo Mercantil n°6 de Madrid, de 30 de enero de 2018; y del Juzgado de lo Mercantil n°2 de Pontevedra, de 15 de junio de 2017.

Por su parte, se han manifestados contrarios a su exigencia, entre otros, el auto del Juzgado de lo Mercantil n°9 de Barcelona, de 27 de septiembre de 2017 y el auto de la Audiencia Provincial de León, de 12 de diciembre de 2017.

¹⁹ Puede verse, en el mismo sentido, MUÑOZ PAREDES, J. M^a y DÍAZ LLAVONA, C.: «Comentario al artículo 218», *op. cit.*, pp. 190 y 191; y ETXARANDIO HERRERA, E.: «La enajenación concursal de unidad productiva», en *Anuario de Derecho Concursal*, n°43 (2018), pp. 147-185.

cara a su enajenación, no debe coincidir necesariamente con la que figura en el anejo del inventario, por cuanto este no es vinculante a tales efectos, dado su carácter eminentemente informativo²⁰.

De este modo, según hemos podido ver, se configuran los elementos clásicos y tradicionales de toda compraventa en el supuesto que estamos ahora analizando: por un lado, con la delimitación de su perímetro, cuya labor corresponderá al juez de lo mercantil, con la inestimable colaboración de la administración concursal, se determina el objeto de esa compraventa, es decir, lo que va a adquirir el comprador de esa unidad productiva; y, por otro, con la valoración, se fijan los criterios que servirán para determinar, en su momento, ya sea por medio de subasta, ya sea por medio de enajenación directa, el precio definitivo a pagar por su adquisición y, en última instancia, la salvaguarda de los intereses de los acreedores afectados por la insolvencia de su deudor. Se trata, en definitiva, de verificar que el valor obtenido por la enajenación supera la regla del interés superior de los acreedores, entendido este aquí como el mayor valor obtenido en comparación con el que se hubiera alcanzado por medio de la enajenación aislada de los elementos que componen la unidad productiva²¹.

Efectuadas estas necesarias consideraciones previas, procede seguidamente abordar la regulación contenida en los artículos 215 y siguientes del TRLC, ubicada en el capítulo correspondiente a la conservación y a la enajenación de la masa activa del deudor. Hacemos esta precisa ubicación sistemática para evidenciar que, aunque tradicionalmente esta operación ha tenido normalmente encaje en la fase de liquidación, el legislador contempla ahora ya su utilización en cualquier momento del procedimiento²², tratando incluso, como veremos a lo largo de este trabajo, de favorecer su utilización, o al menos su inicio, por razones ya explicadas, en un estadio o fase anterior a la propia declaración de concurso.

2.2. Iniciativa y publicidad del trámite

Más allá de los supuestos que analizaremos con mayor profundidad más adelante, en los que será el propio deudor, o un experto designado por el juez, quien impulse la enajenación de una o varias unidades productivas, lo normal será que ese impulso corresponda a la administración concursal, aunque es perfectamente posible que dicho trámite se inicie con la propuesta u oferta de adquisición de un tercero, siempre naturalmente que esta se estime adecuada o conveniente para los intereses generales del concurso.

A estos efectos, una cuestión particularmente relevante es la referida a la publicidad de esta enajenación, pues no puede ignorarse que cuanto mayor sea la repercusión o alcance de la noticia, mayor podrá ser también el número de ofertas de adquisición que se presenten, lo que a la postre permitirá maximizar el precio final de venta, además de facilitar a cualquier interesado la alegación de cuanto estime oportuno en defensa de sus derechos e intereses²³. En este sentido, cabe recordar que el artículo 423.2 del TRLC, al referirse a la subasta electrónica como medio ordinario de liquidación de la masa activa, indica expresamente que la misma debe realizarse mediante la inclusión de esos bienes o derechos, bien en el portal de subastas de la

²⁰ Véase, en dicho sentido: MUÑOZ PAREDES, J. M^a y DÍAZ LLAVONA, C.: «Comentario al artículo 215», *op. cit.*, p. 164.

²¹ Artículo 654.7º del TRLC.

²² FERNÁNDEZ-ACEYTUNO SÁENZ DE SANTA MARÍA, R.: «Comentario a los artículos 215 y siguientes», en *Comentario al Texto Refundido de la Ley Concursal*, tomo I, 2021, obra colectiva dirigida por VEIGA COPO, pp. 1239-1243, en concreto, p. 1244.

²³ ARGÜELLES MORA, A.: «La venta de unidades productivas en sede concursal como vía para la salvaguarda del tejido empresarial en la nueva Ley Concursal RDL 1/2020», en *Diario La Ley*, nº9826.

Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, bien en cualquier otro portal electrónico especializado en la liquidación de activos.

Pues bien, pese a que la norma citada se halla ubicada sistemáticamente entre las reglas destinadas a la liquidación concursal, no creemos que su aplicación deba reservarse a esta fase específica del procedimiento concursal, de manera que entendemos podrá también ser utilizada en una fase anterior y, naturalmente, dentro de ella, en un supuesto de enajenación de unidad productiva como el que estamos analizando²⁴. Tan solo deberemos exceptuar de dicha conclusión a la adquisición de unidad productiva ofrecida en el marco de un mecanismo de prepack concursal, por cuanto, en este caso, nos hallaremos aún en un estadio previo a la declaración de concurso, que no permite, por consiguiente, hacer uso del régimen de publicidad previsto para el mismo.

2.3. Modo de realización de las unidades productivas

El artículo 215 del TRLC muestra una indudable preferencia por la subasta como modo ordinario de enajenación de las unidades productivas, en línea con lo dispuesto también en el artículo 209 para la realización de los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial. Además, a diferencia de la redacción anterior a la reforma operada por la Ley 16/2022, en la que la forma electrónica se configuraba tan solo como una más de entre las posibles, se efectúa ahora una apuesta decidida por este sistema²⁵, lo que, en un contexto como el actual, debe servir para dotar de mayor agilidad y rapidez a este tipo de procedimientos²⁶. Se genera, no obstante, la duda de si esa preferencia alcanza tanto a las subastas judiciales como a las extrajudiciales, puesto que ha desaparecido la referencia específica a ambas que se contenía en la redacción anterior del artículo 215 del TRLC²⁷. Esta supresión no halla, a nuestro juicio, justificación alguna, y tan solo puede comprenderse si, como veremos más adelante, se entiende incorporada en la enajenación efectuada por medio de persona o entidad especializada.

En otro orden de cosas, no podemos ignorar que la idea de la subasta casa mal, en realidad, con la transmisión del conjunto de la empresa o de las unidades productivas, ya que si se permite al oferente, como veremos más adelante, la posibilidad de delimitar los activos, los pasivos y las relaciones contractuales que van a conformar el perímetro de lo que se transmite, ello determina que las ofertas pueden ser heterogéneas y no necesariamente homogéneas, que es lo que precisa normalmente la transmisión por medio de subasta²⁸. De hecho, cuando analicemos

²⁴ Puede verse, en igual sentido, GILO GÓMEZ, C.: «La venta de la unidad productiva como solución a la insolvencia», en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidades da Coruña*, vol. 25, 2021, pp. 38-49, en concreto, pp. 45 y 46; y CÓRDOBA ARDAO, B.: «Los retos futuros de las ventas de unidades productivas en sede concursal», en *Diario La Ley*, nº9617, de 21 de abril de 2020.

²⁵ Por subasta electrónica puede entenderse la llevada a cabo a través de un portal único de subastas judiciales y administrativas en el Portal de subastas del Boletín Oficial del Estado, conforme al procedimiento contemplado en la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil.

²⁶ En la legislación de emergencia Covid-19 para la enajenación de la masa activa, ya se evidenció esta preferencia por este tipo de subasta telemática. Puede verse, en este sentido, lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, y en el artículo 10.2 del Decreto-ley 5/2021, de medidas extraordinarias de apoyo a la solvencia empresarial en respuesta a la pandemia COVID-19.

²⁷ RUBIO VICENTE, P. J.: «Nuevas reglas de enajenación de unidades productivas en el Proyecto de Ley de reforma del TRLC», en *Diario La Ley*, nº10108, 12 de julio de 2022, p. 4.

²⁸ PÉREZ MOSTEIRO, A. M^a: «La venta de la unidad productiva en la reforma concursal de la Ley 16/2022», en *Boletín Mercantil*, Lefebvre, nº112, noviembre 2022.

el contenido de las ofertas, veremos que el artículo 218 TRLC parece estar pensando más en un supuesto de ofertas heterogéneas, que no en la existencia de un único producto empaquetado para su venta por medio de subasta.

Seguramente por ello, el juez puede autorizar también cualquier otro modo de realización distinto de la subasta (artículo 215 *in fine*) e, incluso, cuando esta quede desierta, podrá asimismo, mediante auto, ante el fracaso de este modo de venta, autorizar la enajenación directa del conjunto de la empresa o de una o varias unidades productivas, o la enajenación a través de persona o de entidad especializada (artículo 216 del TRLC)²⁹. De este modo, la autoridad judicial podrá valorar, en todo momento, aquello que considere más adecuado para salvaguardar los intereses del concurso.

Pensemos, además, que este modo preferente de adjudicación, la subasta, ha visto limitado su ámbito temporal de aplicación, puesto que el actual artículo 215 del TRLC ya no se refiere, como antes, a «*en cualquier estado del concurso*», sino tan solo «*hasta la aprobación del convenio o hasta la apertura de la fase de liquidación*», lo que, entre otras razones, no deja de ser coherente con la figura del convenio de asunción, en la que la necesaria predeterminación de la persona del adquirente, excluye por completo la idea de la subasta³⁰.

No se puede ignorar tampoco que, en no pocas ocasiones, las particularidades mismas de la unidad productiva que se pretende enajenar, nos alejarán necesariamente del mecanismo de subasta, para adentrarnos en la necesaria colaboración de personas o entidades especializadas en la venta o enajenación de determinados activos, cuya intervención será imprescindible a los efectos de identificar posibles interesados en su compra o adquisición. De ahí que, pese a que el artículo 215 del TRLC cite la subasta como modo ordinario de enajenación, en realidad, será la autoridad judicial quien en cada caso decida la elección del sistema que deberá seguirse para la identificación del potencial adquirente de la unidad productiva.

Naturalmente, para la toma de esta decisión judicial, pesará indudablemente la opinión del administrador concursal, que será quien deba justificar ante el juez la necesidad de recurrir a un modo de enajenación distinto a la subasta. En el caso particular de intervención de entidad especializada, deberá valorar en especial el beneficio directo o indirecto que representa para la masa, en comparación con los ineludibles gastos en los que se va a incurrir debido precisamente a esa intervención. No podemos desconocer, en este último sentido, que en determinados sectores, los honorarios a satisfacer por su intervención a determinados intermediarios, pueden desbaratar por completo el sentido último de la operación. Por su parte, en el supuesto de la enajenación directa, la administración concursal deberá razonar ante el juez los motivos de urgencia, oportunidad, mercado, deterioro de actividad e, incluso, riesgo de paralización de la misma, que aconsejan la utilización de este modo de transmisión no sujeta a concurrencia alguna.

En cualquier caso, sea cual sea el sistema escogido para la enajenación, la administración concursal deberá determinar el plazo para la presentación de ofertas y especificar, antes del inicio de ese plazo, los gastos realizados con cargo a la masa activa para la conservación en funcionamiento de la actividad del conjunto de la empresa o de la unidad o unidades productivas objeto de enajenación, así como los previsibles hasta la adjudicación definitiva

²⁹ La regulación de estas entidades especializadas se contiene en el artículo 641 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en el que se las define como personas o entidades conocedoras del mercado en que se compran y venden determinados bienes y que poseen los requisitos legalmente exigidos para operar en esos mercados.

³⁰ RUBIO VICENTE, P. J.: «Nuevas reglas de enajenación...», *op. cit.*, p. 4.

(artículo 217 del TRLC). Esto último debe servir como elemento de juicio para que el juez y demás interesados puedan valorar definitivamente si merece la pena proceder a la venta conjunta de la unidad.

Finalmente, respecto del contenido concreto de esta determinación a cargo de la administración concursal, se ha sostenido, con razón, que es notoriamente insuficiente, puesto que no solo deberá determinarse el plazo para ofertar, sino también todos los requisitos para participar en el proceso y las reglas que se seguirán para su realización (identificación del oferente si lo hay, consignación, precio de salida, puja mínima, plazos, etc.), así como, sobre todo, la delimitación precisa de lo que va a ser objeto de venta, es decir, el perímetro de la unidad productiva, con independencia de que, con posterioridad, cada uno de los oferentes pueda delimitar a su gusto, en su propuesta concreta de adquisición, los activos, pasivos y relaciones laborales que la componen³¹.

2.4. Contenido de las ofertas y reglas de adjudicación

El artículo 218 del TRLC, que no ha sufrido modificación alguna por efecto de la Ley 16/2022, nos define el contenido mínimo que deben incluir las ofertas, sea cual sea el modo o sistema de enajenación seguido, a saber:

- a) La identificación del oferente y la información sobre su solvencia económica y sobre los medios humanos y técnicos a su disposición. Esta información será especialmente necesaria y oportuna en aquellos casos en que la venta no se formalice por medio de subasta, ya que la misma permitirá al juez valorar y decidir mejor su elección por un modo distinto de selección del adquirente. Especialmente relevante puede ser, en este sentido, la presentación de un plan de viabilidad de la unidad productiva, o incluso la experiencia previa en la gestión de activos de naturaleza similar a los que van a ser transmitidos.
- b) El perímetro en cuestión de la unidad productiva cuya adquisición se oferta, esto es, la determinación precisa de los bienes, derechos, contratos y licencias o autorizaciones incluidos en la misma. Para ello, obviamente, deberá partirse, como advertíamos antes, de la delimitación previa que se haya efectuado en el inventario o en el instrumento posterior que ponga en marcha todo el proceso de enajenación. Sin embargo, como veremos más adelante, es perfectamente posible que el oferente no pretenda subrogarse en determinados contratos (artículo 223 del TRLC), por lo que es en este preciso instante en el que debe delimitar el perímetro concreto que abarca su oferta de adquisición. En definitiva, lo anterior evidencia que el oferente dispone de una cierta autonomía en la concreción de su oferta, siempre naturalmente que se respete la regla elemental de que el conjunto de los elementos que se pretenden adquirir conformen lo que legalmente se entiende como una unidad productiva, particularmente, en lo referido a su funcionalidad.
- c) El precio ofrecido, las modalidades de pago y las garantías aportadas, debiendo distinguirse en la oferta, en caso de que se transmitan bienes o derechos afectos a créditos con privilegio especial, el precio que se ofrece con o sin subsistencia de las garantías. Con relación a ello, se ha apuntado que esa referencia a las modalidades y las garantías aportadas no concuerda en exceso de nuevo con el sistema de enajenación

³¹ MUÑOZ PAREDES, J. M^a y DÍAZ LLAVONA, C.: «Comentario al artículo 217», *op. cit.*, pp. 182 y 183.

mediante subasta³², lo que evidencia, como decíamos en un momento previo, la admisibilidad de otros tipos de enajenación, siempre que sean debidamente autorizados por el juez en función de los intereses generales del concurso.

- d) La incidencia de la oferta sobre los trabajadores, lo que debe interpretarse sistemáticamente con la norma contenida en el artículo 219 del TRLC, en cuya virtud se prevé una regla de preferencia para el oferente de un precio inferior si *«garantiza en mayor medida la continuidad de la empresa en su conjunto o, en su caso, de la unidad productiva y de los puestos de trabajo, así como la mejor y más rápida satisfacción de los créditos de los acreedores»*.

En realidad, ese contenido de la oferta, referido a las modalidades de pago, las garantías aportadas y la incidencia sobre los trabajadores, no hace sino evidenciar que, incluso en el caso de enajenación por medio de subasta, es perfectamente posible que el juez se decida, a la hora de optar por una u otra oferta, por una inferior en precio, precisamente sobre la base de su mayor conveniencia u oportunidad para los intereses generales del concurso³³. De hecho, no podemos ignorar que el propio artículo 218 del TRLC se refiere expresamente al contenido mínimo de la oferta, por lo que resulta perfectamente posible que el oferente incluya en la misma otros datos adicionales que pueden servir de guía al Juez para la toma de su decisión, más allá del propio precio, elemento determinante de toda subasta³⁴.

Abundando en lo anterior, debe precisarse que el artículo 219 del TRLC establece expresamente que, en caso de subasta, el juez podrá, mediante auto, acordar la adjudicación de una oferta que no difiera en más del quince por ciento de la oferta superior, cuando considere que aquella garantiza en mayor medida la continuidad de la empresa en su conjunto o, en su caso, de la unidad productiva y de los puestos de trabajo, así como la mejor y más rápida satisfacción de los créditos de los acreedores. Es decir, se permite valorar de forma muy especial el ahorro que puede suponer para la masa activa la no extinción de los contratos de trabajo, conjuntamente con el precio que se oferta. Es lo que se denomina regla de preferencia, que solo entrará en juego en el mecanismo de enajenación mediante subasta, por cuanto si la venta es directa, en el propio Auto que la autoriza, el juez deberá incluir una justificación razonada y suficiente de las causas que llevan a atribuir la unidad productiva a uno u otros de los ofertantes, fijando cuáles fueron los criterios y reglas de valoración tenidos en cuenta para determinar la mejor oferta³⁵.

Un primer problema que plantea la aplicación de esta regla de preferencia es la determinación de lo que deba entenderse por precio a estos efectos. A este respecto, si bien los juzgados y tribunales han mantenido posturas diversas, parece que es mayoritaria la que entiende que, a tal fin, solo deben tenerse presentes las partidas del activo, no del pasivo, de manera que el precio a considerar será el importe realmente entregado, el que entra en la masa del concurso para pago de los acreedores. Sin embargo, ello solo es así a efectos de pago a los privilegiados, de modo que para determinar cuál de las ofertas presentadas es en verdad la mejor en precio,

³² ALCOVER GARAU, G.: «La enajenación concursal de unidades productivas, ¿otra oportunidad perdida?», en *La Ley Mercantil*, nº96, noviembre de 2022, p. 2.

³³ ALCOVER GARAU, G.: *op. cit.*

³⁴ Véase, en dicho sentido: FERNÁNDEZ-ACEYTUNO SÁENZ DE SANTA MARÍA, R.: *op. cit.*, p. 1251.

³⁵ PÉREZ MOSTEIRO, A. M^a: *op. cit.*

habrá que atender al importe global de la misma, es decir, al beneficio obtenido por la masa del concurso, sea por incremento de activo, sea por reducción de pasivo³⁶.

De conformidad con lo anterior, puede concluirse que por precio debe entenderse el total de la oferta, incluyendo como tal no solo el importe que efectivamente se ingrese en la cuenta del deudor concursado, sino también las obligaciones que asume el oferente o la renuncia a determinados derechos de crédito que el propio interesado en la adquisición pudiera tener a su favor³⁷. Es justamente la suma de todos estos conceptos la que deberá tomar en consideración el Juez y a la que deberá aplicar ese límite del quince por ciento como cifra de corte para la consideración de otras ofertas inferiores en precio. Naturalmente, todo ello con respeto al principio de la *par conditio creditorum*, de manera que aquella porción de la oferta que responda a intereses extraconcursoales del oferente, o que no se ajuste a las reglas generales de pago, no deberá ser tomada en consideración para su valoración de cara a su aceptación.

Con relación a este último aspecto, consideramos oportuno dejar consignadas aquí, por su especial significado y trascendencia en esta materia, las interesantes reflexiones contenidas en el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº1 de Sevilla, de 7 de septiembre de 2022, en el que reconociéndose que el TRLC no resuelve muchos de los problemas que suscita el precio y, en concreto, cómo debe hacer el juez la valoración del mismo para escoger la mejor oferta recibida -y si es admisible, a tales efectos, una oferta que, por los propios intereses del ofertante, altere las reglas legales de pago-, acaba concluyendo que el juez debe guiarse siempre por el interés del concurso, entendido este como el interés del conjunto de los acreedores, sin descartar el mantenimiento de los puestos de trabajo.

En este sentido, la resolución judicial afirma que la posibilidad de que el ofertante elija a quien se va a destinar el precio que oferta, repugna al principio de la *par conditio creditorum*. A este último respecto, se indica que solo en un caso podría tenerse en cuenta una oferta que propusiera unas reglas de pago distintas a las prevenidas legalmente: sería aquel en el que, existiendo dos o más ofertas que satisfacen, por su paridad, el interés del concurso, una de ellas efectuara, por encima de las demás, una propuesta que altera las reglas generales de pago. Solo en este supuesto, ese plus de precio, por mucho que fuera incorrecto desde la perspectiva de las reglas concursales de pago, debería tenerse en cuenta para decidir la oferta vencedora. La admisibilidad de esta asunción voluntaria del ofertante, que propone pagos selectivos, se sustentaría en este caso en el artículo 224.1.1º del TRLC, que señala que 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, entre otros supuestos, cuando el adquirente hubiera asumido expresamente esta obligación³⁸.

En otro orden de cosas, en lo referido a la aplicación de esta regla de preferencia en atención a la continuidad de la unidad productiva y de sus puestos de trabajo, así como de la mejor satisfacción de los acreedores, se plantean también algunos problemas referidos a que no siempre ambos intereses confluyen en una misma dirección. En efecto, se ha señalado acertadamente que, por lo que atañe a la segunda de las condiciones, esta preferencia ya está en realidad englobada dentro de la del precio, ya que a mayor importe, mayor satisfacción de

³⁶ Puede verse, sobre esta cuestión: MUÑOZ PAREDES, J. M^a y DÍAZ LLAVONA, C.: «Comentario al artículo 219», *op. cit.*, pp. 195 y 196 y jurisprudencia citada en nota 4.

³⁷ Véase, en dicho sentido: FERNÁNDEZ-ACEYTUNO SAENZ DE SANTA MARÍA, R.: *op. cit.*, p. 1255.

³⁸ Fuera de estos específicos supuestos, según afirma la sentencia de referencia, «la parte del precio que no se ajusta a las reglas legales de pago, no debe tenerse en cuenta para valorar si la oferta interesa al concurso y, en definitiva, si debe aprobarse. Es más, esa porción de la oferta responde a intereses extraconcursoales del oferente y, por tanto, ni siquiera, debería gestionarse por la AC si se acepta la propuesta».

los acreedores, mientras que, en lo que afecta a la primera condición, es incluso posible que la continuidad de la actividad pase precisamente por la desaparición de algunos puestos de trabajo³⁹. De ahí que no sea nada sencillo para el juez valorar la concurrencia de este segundo presupuesto de la regla de preferencia.

Cabe reseñar también que el apartado segundo de este artículo 219 extiende la aplicación de esta regla de preferencia, como excepción a la aplicación de las reglas propias de toda subasta, a las ofertas de personas trabajadoras interesadas en la sucesión de la empresa mediante la constitución de sociedad cooperativa o laboral. La incorporación de este apartado en la Ley 16/2022 nos permite presuponer que, en estos casos, dado el marcado carácter laboral o social de la propuesta, el juez puede preferirla frente a otras, siempre que se mantenga dentro de ese límite cuantitativo del quince por cierto inferior a la mejor, con independencia de que garantice, en mayor medida, la continuidad de la unidad productiva, así como la mejor y más rápida satisfacción de los acreedores. Y ello porque, si se requirieran también esos condicionantes, no hubiera sido preciso el añadido de este nuevo apartado, ya que cualquier oferta que cumpla los requisitos del apartado primero del artículo 219, puede ser preferida por la autoridad judicial, independientemente de las condiciones personales del ofertante.

Finalmente, conviene advertir que, pese a que la formulación y publicidad de la oferta pudiera parecer que solo es necesaria para el caso de enajenación por medio de subasta, es igualmente extensible a los otros modos de venta. Y ello porque, si bien es cierto que normalmente en estos últimos se parte de una sola oferta, un elemental respeto al principio de transparencia y al de obtención del mayor beneficio posible en la enajenación, obliga a concluir que debe respetarse siempre lo previsto en el artículo 210.4 del TRLC, que en caso de venta directa de bienes afectos a créditos con privilegio especial, exige a la autorización judicial para la venta directa la misma publicidad que en el caso de subasta, lo que permite la presentación de ofertas alternativas que mejoren la primera⁴⁰. A ello cabe añadir, además, la propia dicción literal del artículo 218 del TRLC, que al definir el contenido de las ofertas, se refiere expresamente a «*cualquiera que sea el sistema de enajenación*».

2.5. Efectos de la transmisión

Uno de los aspectos más interesantes que plantea la enajenación de una unidad productiva en el marco de un concurso de acreedores es, sin duda alguna, el de la delimitación precisa de los efectos que produce la transmisión, hasta el punto que buena parte de su éxito o utilización depende, en gran medida, de ello. A este respecto, cabe recordar que el TRLC, que ha experimentado muy pocas variaciones en este terreno en virtud de la aprobación de la Ley 16/2022, puso en su momento algo de luz en una serie de materias que generaron un intenso debate doctrinal y jurisprudencial bajo la vigencia de la anterior LC (artículo 149.2)⁴¹.

Con relación a ello, debemos referirnos a tres cuestiones distintas: la problemática referida a la sucesión de empresa, la subrogación en los contratos necesarios para la continuidad de la actividad empresarial y los efectos sobre los créditos pendientes de pago en el momento de la transmisión de la unidad productiva. Efectuaremos también, al final de este apartado, una breve referencia a la eventual existencia de una prohibición de hacer competencia a favor del adquirente de la unidad productiva.

³⁹ MUÑOZ PAREDES, J. M^a y DÍAZ LLAVONA, C.: *op. cit.*, p. 196.

⁴⁰ MUÑOZ PAREDES, J. M^a y DÍAZ LLAVONA, C.: *op. cit.*, p. 186.

⁴¹ Puede verse, en extenso, sobre dicha cuestión: VALPUESTA, E.: *op. cit.*, pp. 1582 y 1583; y GENTO CASTRO, Z.: *op. cit.*, pp. 715-718.

a. *El problema de la sucesión de empresa*

Como indicábamos con anterioridad, el TRLC ha efectuado una verdadera labor integradora de esta problemática, acogiendo prácticamente sin reservas la interpretación que venían haciendo sobre este particular la mayor parte de Juzgados de lo Mercantil⁴², contrariamente a lo sostenido por los órganos jurisdiccionales en el orden social⁴³. Con ello, se vino a solucionar la inseguridad jurídica que producía el hecho de que, pese a que el juez encargado del concurso era el único competente para autorizar la enajenación de una unidad productiva y para levantar todas sus cargas, incluidas las laborales⁴⁴, nos encontráramos después con decisiones de los Juzgados de lo Social en la que se derivaban este último tipo de cargas a los adquirentes de unidades productivas, lo que desincentivaba notablemente la presentación de ofertas o propuestas de adquisición.

En la actualidad, tras la reforma operada por la Ley 16/2022, el artículo 221 del TRLC, bajo el título expresivo de «*Sucesión de empresa*», indica ya claramente que, en caso de enajenación de unidad productiva, se considerará, a los efectos laborales y de seguridad social, que existe sucesión de empresa, estableciendo categóricamente, en su apartado segundo, que el juez del concurso será el único competente para declarar la existencia de esta situación, así como para delimitar los activos, pasivos y relaciones laborales que la componen⁴⁵. A ello debe añadirse, además, la previsión general contenida en el artículo 52.1. 4ª del TRLC, en el que se dispone que la jurisdicción del juez del concurso será exclusiva y excluyente, entre otros aspectos, para «*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*»⁴⁶.

⁴² Puede verse un amplio y detallado estado de la cuestión sobre este particular en: MUÑOZ PAREDES, A.: *Protocolo concursal*, 2ª edición, Cizur Menor, 2017, p. 905.

⁴³ En efecto, distintas sentencias de la Sala de lo Social de Tribunal Supremo habían establecido que correspondía a la jurisdicción social la competencia para decidir si hay o no sucesión de empresa en la venta o transmisión de una unidad productiva dentro de un procedimiento concursal. Pueden verse, al respecto, entre otras, las de 29 de octubre de 2014 (ROJ: STS 5228/2014), 11 de enero de 2017 (ROJ: STS 456/2017), 17 de enero de 2019 (ROJ: STS 367/2019) y 23 de enero de 2019 (ROJ: STS 418/2019). Una valoración crítica de esta posición jurisprudencial puede consultarse en: GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J. C.: «Comentario al artículo 149», en *Comentario a la Ley Concursal*, obra colectiva dirigida por PULGAR EZQUERRA, Madrid, 2016, pp. 1644-1683, en concreto, p. 1671.

⁴⁴ Artículo 149.2 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal: «*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 accesorio, se considerará, a los efectos laborales, que existe sucesión de empresa. En tal caso, el juez podrá acordar que el adquirente no se subrogue en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por el Fondo de Garantía Salarial de conformidad con el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores. Igualmente, para asegurar la viabilidad futura de la actividad y el mantenimiento del empleo, el cesionario y los representantes de los trabajadores podrán suscribir acuerdos para la modificación de las condiciones colectivas de trabajo*».

⁴⁵ Con ello, se han superado también las críticas que recibió el TRLC de 2020, centradas en el particular modo en que se había resuelto el conflicto por parte del legislador, puesto que se sirvió de una autorización para elaborar un texto refundido para efectuar, en realidad, una alteración del régimen de distribución de competencias contenido en la Ley Orgánica del Poder Judicial. Véase, en dicho sentido: MUÑOZ PAREDES, J. Mª y DÍAZ LLAVONA, C.: «Comentario al artículo 221», *op. cit.*, p. 210; y SANZ SANZ, A.: *op. cit.*, pp. 615-622.

⁴⁶ Como ejemplo claro de la aplicación de este nuevo régimen podemos traer a colación la sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº1 de Barcelona, de 2 de febrero de 2023 (ROJ: SJM B 155/2023), en la que categóricamente se afirma la competencia única del juez del concurso para pronunciarse sobre el principio de sucesión empresarial en la venta de una unidad productiva, que tan solo exigirá la acreditación por parte del deudor concursado del

Resulta necesario destacar que, como tendremos ocasión de recordar más adelante, esta solución resulta aplicable incluso a las transmisiones de unidades productivas llevadas a cabo mediante un sistema de venta “prepack”, es decir, preparado con anterioridad incluso a la declaración de concurso, y ello de conformidad con la línea jurisprudencial seguida por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 28 de abril de 2022, en el asunto C-237/20, *Heiploeg*, que otorga carta de naturaleza a la equiparación, en lo que a sus efectos laborales se refiere, entre transmisiones efectuadas bajo supervisión de la autoridad judicial y las que se efectúen, con anterioridad incluso al inicio del procedimiento concursal, bajo la tutela y preparación de un experto designado por el juez.

De este modo, se asegura un nivel razonable de tranquilidad para el adquirente, que sabrá con exactitud, en el momento de presentar su oferta de adquisición, el alcance real del pasivo laboral al que deberá hacer frente con posterioridad a la adjudicación. Pensemos que la respuesta a este interrogante puede determinar, en no pocas ocasiones, la viabilidad o inviabilidad de la operación misma. Y recordemos también, por otra parte, que la sucesión de empresa solo se dará en aquellos casos en los que en la unidad productiva que se transmite se integren trabajadores, puesto que ya hemos advertido que el legislador no exige indispensablemente su presencia. Seguramente por eso, el artículo 224.1. 3º del TRLC recurre a esa suerte de condicional al utilizar la expresión «*cuando se produzca sucesión de empresa*», precisamente para hacer hincapié en que esta bien pudiera no darse.

En previsión de un mayor y mejor conocimiento del Juez de lo Mercantil de todo lo referido a ese perímetro laboral, con todas sus consecuencias, de la unidad productiva, la Ley 16/2022 ha añadido un apartado tercero al artículo 221, en el que se prevé que el juez recabe informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, que deberá emitirse en el plazo improrrogable de diez días, relativo a las relaciones laborales afectas a la enajenación de la unidad productiva y las posibles deudas de seguridad social relativas a estos trabajadores. Con ello, se pretende que, sin demorar en exceso la tramitación del proceso de enajenación, el juez pueda acotar y delimitar, con el suficiente conocimiento de causa, el pasivo laboral que acompañará a la unidad productiva objeto de transmisión. Aun así, surgen ciertas dudas referidas al momento en que debe recabarse ese informe, así como, sobre todo, a su carácter o no vinculante⁴⁷.

Esta cuestión debe completarse con una referencia a la regla establecida en el artículo 224.1. 3ª, que se corresponde con una de las excepciones a la norma general de que la transmisión de una unidad productiva no llevará aparejada obligación de pago de los créditos no satisfechos por el concursado antes de la transmisión, sean concursales o contra la masa. En efecto, por virtud de esta regla, el adquirente deberá hacerse cargo del pago de los créditos laborales y de seguridad social correspondientes a los trabajadores de la unidad productiva adquirida en cuyos contratos hubiera quedado subrogado, con la posibilidad, eso sí, de que esta responsabilidad quede exonerada, por decisión del juez, 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 lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores.

Observemos que esta última regla resulta esencial, puesto que, en su virtud, la obligación de pago del adquirente queda limitada a los créditos laborales y de seguridad social correspondientes a los trabajadores de esa unidad productiva en cuyos contratos quede subrogado, no siendo extensiva, por tanto, a las restantes deudas laborales y de seguridad social del deudor concursado, lo que hace más liviana esa responsabilidad y, también, más interesante la operación en su conjunto. En todo caso, cabe matizar que esta limitación de

presupuesto subjetivo y objetivo del concurso, y que la administración concursal, en su informe, ponga de manifiesto la bondad de la oferta de adquisición y la satisfacción del interés superior del concurso.

⁴⁷ RUBIO VICENTE, P. J.: «Nuevas reglas de enajenación...», *op. cit.*, p. 5.

responsabilidad no será de aplicación, en virtud de lo dispuesto en el artículo 224.2 del TRLC, a los supuestos en los que el adquirente sea persona especialmente relacionada con el deudor, en cuyo caso se subrogará en todas las deudas laborales y de la seguridad social de este.

Estas notables particularidades de la sucesión de empresa en sede concursal son las que han llevado a ciertos autores a entender que su concepto y sus efectos se desvirtúan en el seno de este procedimiento, hasta el punto de dudar incluso de su existencia. Pensemos, a este último respecto, que no será necesario asumir todos los contratos laborales vigentes, que podrán modificarse las condiciones laborales de los trabajadores y que cabe incluso, como hemos visto, acordar una reducción significativa de la responsabilidad por deudas previas con cargo al Fondo de Garantía Salarial⁴⁸.

Una ulterior cuestión a la que conviene referirse en este campo es la eventual existencia de trabajadores que prestan sus servicios indistintamente para varias unidades de negocio, cuando la transmisión afecte solo a alguna o algunas de ellas. En estos casos, los tribunales han rechazado la aplicación de criterios de proporcionalidad, que implicarían el traspaso de un número proporcional de trabajadores a cada concreta unidad, sino que se inclinan por entender afectados por la sucesión solo a aquellos trabajadores que prestan sus servicios de forma exclusiva o prevalente en la unidad de negocio que se transmite⁴⁹.

b. La subrogación en los contratos afectos a la continuidad de la actividad empresarial

El artículo 222 del TRLC recoge una norma de suma importancia para la continuidad de la actividad empresarial, y que resulta de indiscutible interés para el adquirente de la unidad productiva, puesto que le permite subrogarse en los contratos afectos a la actividad empresarial o profesional que se desarrollen en esa unidad, sin necesidad de contar con el consentimiento de la contraparte⁵⁰. Se impide de este modo que esta última pueda entorpecer el buen éxito de la realización de esa unidad productiva⁵¹, al tiempo que se introduce un elemento de agilidad y sencillez verdaderamente loable. Esto último es ciertamente de agradecer, sobre todo si se toma en consideración que nuestro ordenamiento jurídico carece de un régimen general o común sobre la enajenación de la empresa o de sus unidades productivas⁵², lo que nos remite, en última instancia, a las reglas establecidas en los artículos 347 y 348 del Código de comercio, que no fueron pensadas precisamente para este tipo de situaciones⁵³.

Al propio tiempo, no está de más poner de manifiesto que esa subrogación determina asimismo una ventaja inmediata para los intereses generales del concurso, puesto que la extinción del contrato para el deudor implica, a su vez, que no se sigan incrementando de cara al futuro los créditos contra la masa que nacerían con arreglo a esos contratos en los que se subroga el

⁴⁸ MUÑOZ PAREDES, J. M^a y DÍAZ LLAVONA, C.: «Comentario al artículo 224», *op. cit.*, p. 222 y p. 227.

⁴⁹ BARROS GARCÍA, M.: «Comentario al artículo 221», en *Comentario al Texto Refundido de la Ley Concursal*, tomo I, 2021, obra colectiva dirigida por VEIGA COPO, pp. 1259-1266, en concreto, pp. 1261 y 1262.

⁵⁰ Se trata, por consiguiente, de una regla muy distinta a la recogida en el artículo 1205 del Código civil, según el cual la novación subjetiva de una obligación no puede hacerse sin el consentimiento del acreedor.

⁵¹ SANZ SANZ, A.: *op. cit.*, pp. 444 y 445.

⁵² Véase, en dicho sentido, RUBIO VICENTE, P. J.: «Nuevas reglas de enajenación de unidades productivas...», *op. cit.*, p. 2.

⁵³ De ahí que, incluso con anterioridad a su expresa previsión legal, nuestra jurisprudencia hubiera acogido esta regla de la subrogación contractual forzosa en algunos supuestos. Es el caso, por ejemplo, del auto del Juzgado de lo Mercantil nº12 de Madrid, de 4 de diciembre de 2012; y del auto del Juzgado de lo Mercantil nº8 de Madrid, de 20 de diciembre de 2013.

adquirente⁵⁴. Es importante aclarar asimismo que la subrogación de la que se habla no perjudica los posibles derechos que la contraparte pudiera tener con respecto al contrato en el que se va a subrogar el adquirente. Es el caso típico del arrendamiento de un local o inmueble en el que se desarrolla una determinada actividad económica. Si ese contrato tiene prevista, por ejemplo, en el caso de cesión del mismo, la elevación automática en un 20% de la renta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 32.2 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, no se podrá poner en cuestión dicho derecho a favor del tercero arrendador⁵⁵.

En el apartado tercero del artículo 222, se aclara también que cuando la actividad en cuestión se continúe en las mismas instalaciones en las que se desarrollaba hasta esa fecha, la subrogación se extenderá asimismo a las licencias o autorizaciones administrativas afectas a la continuidad de la actividad empresarial o profesional que formen parte de la unidad productiva. Pese a que la normativa concursal no recoge la obligación de comunicar a la contraparte cedida el hecho de la transmisión, con la subsiguiente subrogación por parte del adquirente, es recomendable que se proceda a dicha comunicación, ya sea por parte de la administración concursal, el concursado o el mismo adquirente, ya que ello contribuirá a dotar de mayor seguridad jurídica al buen fin de la operación en su conjunto⁵⁶.

Como excepciones a la regla general de subrogación en los contratos afectos a la continuidad de la actividad empresarial, deben tenerse en cuenta las siguientes previsiones legales:

- a) La cesión de contratos administrativos se llevará a cabo siempre con arreglo a lo establecido en la legislación sobre contratos del sector público (artículo 222.2 del TRLC). Conforme a dicha normativa, debe saberse que el artículo 98.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos de Sector Público, indica que *«en los supuestos de escisión, aportación o transmisión de empresas o ramas de actividad de las mismas, continuará el contrato con la entidad a la que se atribuya el contrato, que quedará subrogada en los derechos y obligaciones dimanantes del mismo, siempre que reúna las condiciones de capacidad, ausencia de prohibición de contratar, y la solvencia exigida al acordarse la adjudicación o que las diversas sociedades beneficiarias de las mencionadas operaciones y, en caso de subsistir, la sociedad de la que provengan el patrimonio, empresas o ramas segregadas, se responsabilicen solidariamente con aquellas de la ejecución del contrato»*⁵⁷. De ahí, por tanto, que para este tipo de contratos no rija la subrogación automática, sino que habrá que comprobar, en cada caso, que se siguen reuniendo las condiciones necesarias para su mantenimiento, lo que en ciertos supuestos puede implicar una demora considerable en la ejecución de la operación.
- b) El adquirente, en el momento de formular la oferta, puede haber manifestado expresamente su intención o voluntad de no subrogarse en determinadas licencias, autorizaciones o contratos no laborales (artículo 223 del TRLC), de manera que habrá que tener siempre en cuenta dicha eventual manifestación a la hora de precisar el alcance real de la subrogación. La referencia expresa a los contratos no laborales no

⁵⁴ FERNÁNDEZ ABELLA, J. M^a: «Novedades en la venta de la unidad productiva, a la luz del Texto Refundido de la Ley Concursal, expectativas y dudas que genera», en *Mercantil y Concursal: revista digital*, Editorial Sepin, n^o39 (2021).

⁵⁵ MUÑOZ PAREDES, J. M^a y DÍAZ LLAVONA, C.: «Comentario al artículo 222», *op. cit.*, p. 213.

⁵⁶ VERDUGO GARCÍA, J. y FARIÑAS PEÑA, J. M.: «Transmisiones de unidades productivas y cesiones de contratos: ¿deben comunicarse a las contrapartes cedidas?», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n^o34, enero de 2021, pp.259-268.

⁵⁷ Véase también sobre este particular los artículos 214 y siguientes de la Ley de Contratos del Sector Público, referidos a la cesión del contrato.

debe interpretarse en el sentido de que la subrogación en los laborales es siempre obligatoria, puesto que ya hemos visto que, a la hora de delimitar el perímetro de la unidad productiva, el adquirente puede precisar, en el momento de formular su oferta, el número de contratos de trabajo en que se subroga y, por tanto, el número de trabajadores que asume⁵⁸.

En todo caso, esta particularidad evidencia que si bien, salvo contadas excepciones, la subrogación es obligatoria para la contraparte, no lo es para el adquirente, de manera que resulta aconsejable que se delimite claramente el perímetro de la unidad productiva, con identificación exacta de los contratos que han de ser objeto de traspaso, y que el adquirente manifieste claramente en su propuesta u oferta los contratos en los que no está dispuesto a subrogarse.

Finalmente, con respecto a esta cuestión, conviene dejar constancia de que la reciente Propuesta de Directiva sobre insolvencia, contiene normas específicas referidas a la cesión o resolución de los contratos vigentes al momento de la transmisión de la unidad productiva (artículo 27 de la Propuesta), siendo sus aspectos más relevantes los siguientes: (i) la subrogación automática, sin consentimiento de la contraparte, no será de aplicación si el adquirente de la unidad productiva es un competidor de esa contraparte; y (ii) que el Juez debe poder decidir la resolución de un contrato vigente al momento de la transmisión, siempre que ello redunde en beneficio de esa unidad productiva o se trate de un contrato público y el adquirente carezca de los requisitos técnicos y legales para prestar los servicios prestados en dicho contrato.

c. *Los efectos sobre los créditos pendientes de pago*

Uno de los principales inconvenientes que puede representar para el adquirente la adquisición de una unidad productiva que forma parte del activo de un deudor insolvente es, sin lugar a dudas, la delimitación precisa del pasivo que se asume con la misma. Parece claro, en este sentido, que la pervivencia de esa unidad productiva, y la de los puestos de trabajo a ella asociados, dependerá, en muchas ocasiones, de su capacidad para manifestarse útil y rentable en un futuro inmediato, a lo que no resulta ajena, por motivos bien comprensibles, la carga económica que sobre la misma pese.

En previsión de ello, el TRLC, en su artículo 224, nos ofrece un régimen legal que parte de un principio general, que no es otro que el de la exención de responsabilidad por el pago de los créditos no satisfechos por el concursado antes de la transmisión, ya sean concursales o contra la masa. De este modo, como principio general, la única obligación del adquirente se concreta en el pago de un precio que se integrará en la masa activa del concurso, sin que asuma obligación alguna por la existencia de deudas anteriores⁵⁹. En síntesis, y de modo expresivo, se adquiere, al modo de lo que es característico de la liquidación concursal, un activo exento, salvo algunas excepciones que veremos a continuación, de pasivo⁶⁰.

⁵⁸ MUÑOZ PAREDES, J. M^a y DÍAZ LLAVONA, C.: «Comentario al artículo 223», *op. cit.*, p. 218.

⁵⁹ En la reciente Propuesta de Directiva sobre insolvencia, se refleja también claramente esta regla general, al indicarse expresamente, en su artículo 28, que «los Estados miembros velarán por que el adquirente adquiera la empresa del deudor o parte de la misma libre de deudas y pasivos, a menos que el adquirente consienta expresamente asumir las deudas y los pasivos de la empresa o de parte de la misma».

⁶⁰ Véase, en dicho sentido, FACHAL NOGUER, N.: «El Texto Refundido de la Ley Concursal: una selección de sus principales novedades», en *Aranzadi Digital*, 2020, n^o1, p. 30.

Por consiguiente, con el objetivo de hacer más atractiva la venta, el adquirente parte de la relativa tranquilidad de saber que, tras la adquisición, se verá libre de hacer frente a esos pagos, aunque eso sí, con una serie de excepciones que analizaremos a continuación.

El propio artículo 224 del TRLC nos indica las excepciones a esa regla general, que son las siguientes:

- a) Cuando el adquirente hubiera asumido expresamente esta obligación, lo que deberá quedar reflejado de tal modo en la oferta o propuesta de adquisición. Esta asunción expresa puede justificar, como hemos visto en un momento anterior, que el juez tome la decisión de utilizar un modo de realización de la unidad productiva distinto a la subasta, en el que se valore precisamente este mayor valor que representa para los intereses del concurso la asunción de una mayor carga que la prevista legalmente (artículo 224.1. 1º del TRLC). En cualquier caso, lo que debe tenerse presente es que este pago por tercero que efectúa el adquirente, aunque admitido genéricamente sobre la base del artículo 1.158 del Código civil, presenta algunas particularidades en sede concursal, por cuanto ya hemos visto que por esta vía podría acabarse alterando el orden de prelación de créditos legalmente establecido. En este sentido, nada habría que objetar si se trata de un crédito con privilegio especial, puesto que su pago no alterará ese orden, pero sí para cualquier otro tipo de crédito, salvo que ese pago se materialice en el marco de un convenio de asunción (artículo 324 TRLC) y con las garantías previstas para los acreedores en los artículos 351 y siguientes⁶¹.
- b) Cuando una disposición legal establezca expresamente la asunción de determinados pasivos (artículo 224.1. 2º del TRLC). Como se ha evidenciado por algunos autores, no se encuentran hoy en nuestro ordenamiento jurídico disposiciones en tal sentido, por lo que solo puede entenderse esta excepción como una habilitación general a cualquier previsión futura en este sentido⁶².
- c) 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. Ya hemos visto también que, respecto de estos créditos, el juez puede 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 (artículo 224.1. 3º del TRLC). En todo caso, lo verdaderamente relevante es observar, como ya hemos reseñado, que la sucesión de empresa laboral solo afectará a los trabajadores de la unidad productiva en la que queda subrogado el adquirente, y no respecto de todos los trabajadores del concursado. Constituye esta una previsión, sin duda, valiente, además de oportuna⁶³, ya que existía una notable confusión en la jurisprudencia sobre este

⁶¹ MUÑOZ PAREDES, J. M^a y DÍAZ LLAVONA, C.: «Comentario al artículo 224», *op. cit.*, p. 222.

⁶² MUÑOZ PAREDES, J. M^a y DÍAZ LLAVONA, C.: «Comentario al artículo 224», *op. cit.*, p. 223.

⁶³ Véase, en este sentido: BRENES CORTÉS, J.: *op. cit.*, p. RR-2.3, quien señala 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 así ver mejoradas sus expectativas de cobro de sus créditos, a costa, sin embargo, de los trabajadores cuyos contratos se han extinguido con anterioridad, que verán rechazadas las pretensiones de cobro de sus créditos pendientes frente al adquirente».

particular, que parece ser ahora definitivamente resuelta⁶⁴. De este modo, se ha querido facilitar al máximo la transmisión, liberando al adquirente de la carga de esos créditos laborales y de seguridad social⁶⁵.

- d) Cuando el adquirente de la unidad productiva sea una persona especialmente relacionada con el concursado (artículo 224.2 del TRLC), lo que obedece a la necesidad de evitar situaciones de fraude, en las que la enajenación de la unidad productiva no tenga otro propósito que el de sanear las deudas de la misma, sin que se produzca verdaderamente un cambio real y efectivo de su titular. No se trata, por consiguiente, de prohibir que esas personas puedan concurrir a la adquisición, sino de excluirles del beneficio de la no responsabilidad por deudas anteriores.

No obstante, no podemos conducirnos a engaño, la regla a la que nos acabamos de referir constituye un freno indiscutible a este tipo de adquisiciones, ya que, en estos casos, la transmisión ya no será de una unidad productiva propiamente dicha, sino de un conjunto de activos y pasivos que normalmente la harán inviable. De ahí que exista cierta controversia doctrinal con respecto a esta cuestión: por un lado, existen autores que se muestran ciertamente críticos con la excepción, por cuanto muchas veces la opción de enajenación solo se plantea precisamente dentro de ese círculo de personas relacionadas con el concursado y, con esta estigmatización, pueden frenarse operaciones que no siempre revisten un carácter fraudulento⁶⁶; y, por otro, aquellos que sostienen que solo en el caso de que estemos ante un cambio efectivo y real de titular, se justifica el beneficio de la no responsabilidad por deudas anteriores⁶⁷.

Con relación a ello, se hace necesario consignar que la reciente Propuesta de Directiva sobre insolvencia parece optar por la posible concesión de esta exención de responsabilidad, incluso para las personas adquirentes especialmente relacionadas con el deudor concursado. En efecto, debemos tener presente, por un lado, que su artículo 28 indica que los Estados miembros velarán por que el adquirente adquiera la empresa del deudor o parte de la misma libre de deudas y pasivos, a menos que el adquirente consienta expresamente asumir las deudas y los pasivos de la empresa o de parte de la misma; y que, por otro, su artículo 32, al referirse a las partes estrechamente vinculadas al deudor en el proceso de venta, señala que los Estados podrán disponer que, cuando se incumplan determinadas obligaciones de transparencia informativa, referidas precisamente a la especial vinculación entre adquirente y oferente, podrá revocarse el beneficio de exoneración al que se refiere el artículo 28. De la interpretación conjunta de ambos preceptos se deduce, por consiguiente, que el legislador nacional puede perfectamente optar por la concesión de dicho beneficio a las personas especialmente relacionadas con el concursado.

⁶⁴ Puede verse sobre esta cuestión, con abundante cita jurisprudencial, BETHENCOURT-RODRÍGUEZ, G.: «Concurso de acreedores y venta de unidad productiva: análisis de los límites a la exoneración de responsabilidad», en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº37, 2018, pp. 85-103, en concreto, pp. 97 y 98; CÓRDOBA ARDAO, B.: *op. cit.*; CALERO GARCÍA, S.: *La venta de empresas y unidades productivas en la liquidación concursal*, Valencia (2017), pp. 96-100; y AZOFRA VEGAS, F.: «Enajenación de unidades productivas», en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, nº54 (2020), pp. 39-66, en concreto, p. 57.

⁶⁵ GILO GÓMEZ, C.: «La venta de la unidad productiva...», *op. cit.*, p. 42.

⁶⁶ GARNACHO CABANILLAS, L.: «La pretendida uniformidad legislativa en materia de enajenación de unidades productivas tras las últimas reformas concursales», en *Anuario de Derecho Concursal*, nº39 (2016), pp. 59-93; y FERNÁNDEZ-ACEYTUNO SÁENZ DE SANTA MARÍA, R.: *op. cit.*, p. 1280.

⁶⁷ PERDICES HUETOS, A.: «La no responsabilidad del adquirente por las deudas anteriores a la transmisión», en *Anuario de Derecho Concursal*, nº34 (2015), pp. 101-112.

La regla general a la que acabamos de hacer referencia, junto con sus excepciones, debe ser completada con la previsión contenida en el artículo 214 del TRLC, que trata de preservar, en este tipo de operaciones, los derechos que, sobre los bienes y derechos afectos a una determinada unidad productiva que se enajena en su conjunto, pudieran tener los titulares de créditos con privilegio especial⁶⁸. Se trata, en síntesis, de prevenir que las garantías que pesan sobre un determinado activo puedan ser burladas sencillamente por medio de su enajenación en el conjunto de una unidad productiva y del beneficio de no responsabilidad por deudas contemplado en el artículo 224 del TRLC.

De este modo, conforme a lo dispuesto en el artículo 214 del TRLC, deben distinguirse las siguientes situaciones:

- a) Si los bienes afectos a la unidad de explotación se transmiten sin subsistencia de la garantía, los acreedores privilegiados afectados tendrán derecho a la parte proporcional del precio obtenido equivalente al valor que el bien o derecho sobre el que se ha constituido la garantía tiene respecto al valor global de la unidad productiva transmitida. En este caso, si el precio a percibir no alcanza el valor de la garantía, la transmisión de la unidad productiva queda condicionada a su aceptación por los acreedores con privilegio especial que tengan derecho de ejecución separada, siempre que vote a favor, como mínimo, el setenta y cinco por ciento de la clase del pasivo privilegiado especial afectado por la transmisión. De ser así, la parte del crédito garantizado que no quede satisfecha será reconocida en el concurso con la calificación que corresponda (artículo 214.1. 1ª del TRLC).
- b) Si pese a que los bienes se transmiten sin subsistencia de garantía, el precio a percibir por la enajenación fuese igual o superior al valor de la garantía, no será preciso el consentimiento de los acreedores privilegiados afectados, por cuanto cabe presumir que su derecho queda suficientemente salvaguardado (artículo 214.1. 1ª *in fine*).
- c) Si los bienes se transmiten con subsistencia de la garantía, subrogándose el adquirente en la obligación de pago a cargo de la masa activa, no será necesario el consentimiento del acreedor privilegiado, quedando el crédito excluido de la masa pasiva del concurso. En estos supuestos, tan solo se aclara que el juez deberá velar por que el adquirente tenga la solvencia económica y los medios necesarios para asumir la obligación que se transmite (artículo 214.1.2ª del TRLC)⁶⁹. Se trata, por consiguiente, de una clara excepción al principio según el cual todo acreedor debe intervenir en el negocio jurídico que da lugar a la subrogación de un nuevo deudor, puesto que, en este caso, la modificación opera *ipso iure*, sin que el acreedor pueda oponerse a este cambio de deudor⁷⁰.

⁶⁸ Puede verse, con carácter general, sobre dicha cuestión: HERBOSA MARTÍNEZ, I.: «Comentario al artículo 214», en *Comentario al Texto Refundido de la Ley Concursal*, tomo I, 2021, obra colectiva dirigida por VEIGA COPO, pp. 1233-1239.

⁶⁹ Con respecto a esta última cuestión, se ha indicado que se hace difícil comprender en qué puede concretarse esta obligación del juez, afirmándose que, tal vez, puedan establecerse algunos requisitos a tener en cuenta, incluso por aplicación analógica de lo dispuesto en la legislación sobre contratos del sector público, como pueda ser el haber solicitado con anterioridad la declaración de concurso, haber sido declaradas insolventes en cualquier procedimiento, etc. Véase, en este sentido: SENENT MARTÍNEZ, S.: «La venta de la unidad productiva en el concurso a la luz de las últimas reformas», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº26, enero de 2017, pp. 95-116, en concreto, p. 105.

⁷⁰ RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E.: «Comentario al artículo 214», en *Comentario al texto refundido de la Ley Concursal*, tomo I, obra dirigida por PRENDES CARRIL y FACHAL NOGUER, 2021, pp. 1067-1074, en concreto, p. 1072.

- d) Cuando se trate de créditos tributarios y de seguridad social, no tendrá lugar la subrogación del adquirente a pesar de que subsista la garantía (artículo 214.1. 3ª del TRLC). Esta última regla implica la concesión de un claro privilegio a los titulares de este tipo de créditos, por cuanto mantienen sus posibilidades de cobro dentro del concurso por razón del privilegio general de sus créditos, manteniendo además fuera del concurso la garantía⁷¹.

De cuanto antecede puede colegirse que, en realidad, uno de los principales problemas con los que se encuentra en la práctica la enajenación en sede concursal de una unidad productiva viene constituido por el hecho de que, en demasiadas ocasiones, el porcentaje de precio a repartir entre los acreedores con privilegio especial no alcanza el valor de la garantía real de cada uno de ellos. En ese marco, si no se convence a esos acreedores, o como mínimo, a un 75% (calculado sobre el valor de los bienes afectos de la misma subclase), su necesidad de consentimiento se convierte en una suerte de derecho de veto que puede impedir la enajenación en sí y de los efectos que se persiguen. Aún así, es justo reconocer que el legislador, al valorar los diversos intereses en juego, ha optado por la regla de la conformidad de la mayoría reforzada del pasivo afectado (el 75%), mitigando con ello la exigencia del consentimiento unánime de los acreedores afectados⁷².

d. Breve referencia a la prohibición de hacer competencia a favor del adquirente

Con la enajenación de la unidad productiva, se va a hacer entrega al adquirente de todos los elementos materiales e inmateriales que, formando parte del perímetro delimitado en la propuesta de adquisición, resulten indispensables para el desarrollo o la continuación de la actividad empresarial. Ya hemos visto, a tal efecto, que el TRLC se cuida de ofrecernos, además, una detallada regulación atinente a la sucesión de empresa y sus efectos laborales y de seguridad social; a la subrogación en los contratos, licencias y autorizaciones afectos a la actividad empresarial; e incluso, a los efectos que la transmisión produce respecto de los créditos pendientes de pago a cargo del deudor concursado. Sin embargo, nada se prevé con respecto al eventual perjuicio que puede causarse al adquirente a consecuencia de una posterior incorporación al mercado de quien, pese a su previa situación de insolvencia patrimonial, conserva aún un cierto conocimiento o dominio del mismo, es decir, el propio deudor.

En este último sentido, algunos autores, pese a reconocer que ni el ordenamiento mercantil ni el TRLC prevén expresamente una regulación que determine la extensión de la prohibición de hacer competencia al adquirente tras la transmisión de la unidad productiva, inciden en la idea de que es posible hallar cierto fundamento en dicha exigencia⁷³. Desde luego, así será cuando ello derive de la existencia de un pacto expreso entre las partes, puesto que ello se ampara sin dificultad alguna en la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad (artículos 1.255 y 1.275 del Código civil y artículos 50 y 51 del Código de comercio).

Mayor problema presenta sustentar la presencia de este deber de no competencia en aquellos casos en los que las partes intervinientes en la enajenación no hayan alcanzado acuerdo alguno sobre este extremo, lo que, dado el silencio del TRLC, dificulta ciertamente su apreciación. A este respecto, los autores citados, efectuando un análisis doctrinal detallado acerca de la

⁷¹ Véase, en dicho sentido: HERBOSA MARTÍNEZ, I.: *op. cit.*, p. 1239.

⁷² Véase, en dicho sentido: VILATA MENADAS, S.: «Comentario al artículo 214», en *Comentarios al articulado del Texto Refundido de la Ley Concursal*, *op. cit.*, pp. 155-162, en concreto, p. 161.

⁷³ Puede verse, en dicho sentido: RUBIO VICENTE, P. J.: *La aportación de empresa en la sociedad anónima*, Madrid (2001), p. 631; y SANZ SANZ, A.: *op. cit.*, pp. 658 y 659.

prohibición de hacer competencia en general, aplicable por tanto a cualquier transmisión, y no solo a la de unidades productivas, descartan que su fundamento pueda hallarse en el entendimiento de la prohibición como algo similar o equivalente al saneamiento por evicción, a un acto de competencia desleal o, incluso, a una prohibición derivada de la propia obligación de entrega. A su juicio, la posición más adecuada es la que encuentra el fundamento de esta obligación de no hacer competencia en el principio general de la buena fe (artículo 1.258 del Código civil y artículo 57 del Código de comercio), que debe permitir al adquirente continuar la actividad empresarial sin sufrir la sustracción de parte de la clientela y de las expectativas de negocio⁷⁴. Con todo, los mismos autores nos advierten que esta obligación, al no reunir carácter esencial, puede no estar presente en la totalidad de los supuestos, particularmente en aquellos en los que su exigencia pueda suponer un daño para el concursado⁷⁵.

2.6. Aprobación de la propuesta u oferta

Por lo que se refiere a la aprobación de la propuesta de adquisición, debe tenerse en cuenta que el artículo 205 del TRLC dispone que *«hasta la aprobación del convenio o hasta la apertura de la fase de liquidación, los bienes y derechos que integran la masa activa no se podrán enajenar o gravar sin autorización del juez»*. Por consiguiente, hasta ese momento, la enajenación de una unidad productiva, en tanto que forma parte de la masa activa del concursado, debe ser siempre autorizada por el juez, en los términos expresados en el artículo 518 del TRLC, a cuyo efecto deberá recabar previamente audiencia, por plazo de quince días, a los representantes de los trabajadores, si existieran, y para el caso de que la enajenación supusiera la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, el traslado, el despido, la suspensión de contrato o la reducción de jornada de carácter colectivo, tomar en consideración las normas contenidas en los artículos 169 y siguientes del TRLC referidas a los efectos sobre los contratos de trabajo (artículo 220 del TRLC).

No obstante, debe tenerse presente que, cuando se recurre al modo ordinario de enajenación, esto es, la subasta, la enajenación no precisa, en realidad, de autorización judicial, pudiendo ser decidida en cualquier momento por la administración concursal. La autorización solo se requerirá en el caso del artículo 216.1 del TRLC, es decir, cuando la subasta quede desierta o cuando, en cualquier estado del concurso, se pretenda la venta directa o por medio de persona o entidad especializada⁷⁶.

Por su parte, si la enajenación se produce ya en fase de liquidación, habrá que aplicar las normas específicas existentes para esta concreta fase del procedimiento concursal, de entre las que destaca, a los efectos que interesan ahora, la contenida en el artículo 421 del TRLC, en cuya virtud, de no haber establecido el juez reglas especiales de liquidación, el administrador concursal realizará los bienes y derechos de la masa activa del modo más conveniente para el interés del concurso, debiendo respetar, en todo caso, la regla del conjunto (artículo 422) y la de la subasta como modo preferente de enajenación (artículo 423).

2.7. Cancelación de cargas

Ya hemos visto que la enajenación concursal de una unidad productiva del deudor se caracteriza por la exención de responsabilidad, a cargo del adquirente, por el pago de los

⁷⁴ Véase, en dicho sentido: RUBIO VICENTE, P. J.: «Reestructuración empresarial y enajenaciones de unidades productivas», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº22 (2015), pp. 149-162., en concreto, p. 161; y SANZ SANZ, A.: *op. cit.*, pp. 664-667.

⁷⁵ RUBIO VICENTE, P. J.: «*La aportación de empresa...*», *op. cit.*, p. 637; y SANZ SANZ, A.: *op. cit.*, pp. 666 y 667.

⁷⁶ RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E.: *op. cit.*, pp. 1078 y 1079.

créditos no satisfechos por el concursado antes de la transmisión, ya sean concursales o contra la masa, con la particular existencia de unas específicas reglas de aplicación a los bienes y derechos de la masa activa afectos a créditos con privilegio especial que estuviesen incluidos en esa unidad productiva (artículos 214 y 224 del TRLC).

Pues bien, en consonancia con lo anterior, el artículo 225.1 del TRLC cierra las subsecciones referidas a la enajenación de bienes y derechos de la masa activa, con una ineludible mención a que, en el auto del juez por el que se autorice la transmisión de los bienes o derechos que forman parte de una unidad productiva, se acordará la cancelación de todas las cargas anteriores al concurso constituidas a favor de créditos concursales, corriendo dichos gastos a cargo del adquirente. Se trata, como es natural, de una consecuencia directa de lo recordado en el párrafo anterior, orientada a proporcionar a ese tercero la adquisición de un patrimonio libre de cargas y gravámenes.

Naturalmente, nuevamente en clara adecuación con lo dispuesto en el artículo 214 del TRLC, el artículo 225.2 exceptúa de dicha cancelación de cargas la transmisión de bienes o derechos afectos a la satisfacción de créditos con privilegio especial, cuando esa enajenación se hubiera efectuado con subsistencia del gravamen. De ahí, como decíamos también en un momento anterior, que el respeto a esos derechos de ciertos acreedores privilegiados pueda constituir, en determinadas circunstancias, un freno a la realización de este tipo de operaciones.

2.8. Especial referencia a la propuesta de convenio con asunción

Ya hemos visto con anterioridad que la enajenación de una unidad productiva no solo puede darse en sede de liquidación concursal, sino que, de hecho, la reforma operada por la Ley 16/2022 ha efectuado especial hincapié en la necesaria anticipación de este tipo de operaciones, al objeto de maximizar el valor de los activos que la integran y de evitar que el paso del tiempo, asociado al deterioro de imagen y de crédito empresarial que supone la declaración de insolvencia, acabe por convertir en poco eficaz o eficiente la venta conjunta de esos activos del deudor.

En este sentido, la enajenación de la unidad puede ser también planteada dentro de la propuesta de convenio que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 315 del TRLC, pueden presentar tanto el deudor como los acreedores cuyos créditos superen una quinta parte de la masa pasiva. Recordemos, a tales efectos, que el artículo 324, ubicado en una subsección que lleva por título «*de la propuesta de convenio con asunción*», contempla expresamente la posibilidad de que una persona, sea natural o jurídica, adquiera una o varias unidades productivas del deudor, en cuyo caso este adquirente deberá concretar en su propuesta el compromiso mínimo temporal que asume en punto a la continuidad de la actividad empresarial, así como respecto del pago, total o parcial, de todos o algunos de los créditos concursales⁷⁷. Este último matiz es ciertamente significativo, y permite alejar la figura del convenio con asunción de lo que pudiera suponer un simple maquillaje o encubrimiento de una liquidación de la masa activa, contenido este del convenio prohibido por mandato expreso del artículo 318.1.3º del TRLC⁷⁸.

Al tratarse de una propuesta para la que se prevé contar con los recursos que genere la continuación, total o parcial, de la actividad empresarial, la misma debe acompañarse de un plan de viabilidad en el que se especifiquen los recursos necesarios, los medios y condiciones de

⁷⁷ Sobre la figura en general del convenio de asunción, puede verse GARNACHO CABANILLAS, L.: *El convenio de asunción*, Madrid (2014).

⁷⁸ MARTÍNEZ MUÑOZ, M.: «Comentario al artículo 324», en *Comentario al Texto Refundido de la Ley Concursal*, tomo II, 2021, obra colectiva dirigida por VEIGA COPO, pp. 80-85, en concreto, p. 81.

su obtención y, en su caso, los compromisos de su prestación por terceros (artículo 332.1 del TRLC). En estos casos, es importante consignar también que la admisión a trámite de la propuesta de convenio estará siempre condicionada a la previa audiencia de los representantes de los trabajadores (artículo 342.2 del TRLC).

En cualquier caso, el artículo 324.2 del TRLC se cuida de aclarar expresamente que la transmisión de la unidad o de las unidades productivas al adquirente determinado en la propuesta de convenio con asunción estará sometida a las reglas especiales establecidas en esa misma ley para esta clase de transmisiones, es decir, a las reglas contenidas en los artículos 215 y siguientes del TRLC. Con respecto a ello, se ha puesto de relieve que la remisión lo es solo a determinados preceptos, por cuanto si contamos ya con el modo de transmisión, esto es, el convenio, y con el precio, concretado en ese pago, total o parcial, a algunos o todos los créditos concursales, sobra en realidad la remisión a los artículos 215 («*modo ordinario de enajenación de unidades productivas*»), 216 («*autorización judicial para la enajenación directa o a través de persona o entidad especializada*»), 217 («*determinaciones a cargo de la administración concursal*»), 218 («*contenido de las ofertas*»), 219 («*regla de la preferencia*») y 220 («*audiencia de los representantes de los trabajadores*»), este último, porque el carácter imperativo de la audiencia a los representantes de los trabajadores ya figura en el artículo 342 del TRLC.

Sin embargo, esa remisión alcanza sus plenos efectos en lo atinente a los aspectos más cruciales de estas especialidades en la transmisión de unidades productivas, esto es, la sucesión de empresa (artículo 221 del TRLC) y el alcance de la subrogación (artículo 222 del TRLC). Ahora bien, ¿qué sucede con los efectos sobre los créditos pendientes de pago (artículo 224 del TRLC)? No cabe otra conclusión posible que entender que la regla del artículo 224 debe ceder ante la regla especial del artículo 324, que se refiere a la «*obligación de pago, total o parcial, de todos o de algunos de los créditos concursales*»⁷⁹. De ahí que, en este particular extremo, habrá que estar al contenido efectivo de la propuesta, si bien habrá que tener siempre presente que la misma deberá contar, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 376.3 del TRLC, con el voto favorable del sesenta y cinco por ciento del pasivo ordinario⁸⁰.

Por lo demás, el texto legal, que no ha sido reformado con ocasión de la aprobación de la Ley 16/2022, sigue planteando algunas cuestiones que solo podrán ser resueltas también conforme al contenido de la propia propuesta del convenio de asunción, como es el caso de cuál sea el plazo mínimo al que se refiere ese compromiso de mantenimiento de la actividad, por cuanto la norma nada dice al respecto; la problemática referida a si con el deber de asunción, el proponente libera al deudor de su obligación de pago o si, sencillamente, se añade a la misma como obligado solidario⁸¹; y muy particularmente, la de las consecuencias del incumplimiento del compromiso de mantenimiento de la actividad al que nos hemos referido.

Con relación a esto último, se suscita la duda acerca de qué acción puede ejercitarse frente al incumplimiento de tal compromiso. El problema es que, aunque haya un incumplimiento de lo establecido en el convenio, no puede considerarse propiamente un incumplimiento del concursado, sino del tercero que ha incumplido sus obligaciones. Además, ¿quién va a denunciar ese incumplimiento? Pensemos que la administración concursal habrá cesado ya en

⁷⁹ MUÑOZ PAREDES, A.: «Las nieblas del convenio de asunción», en *Diario La Ley*, nº9677, 20 de julio de 2020.

⁸⁰ ESCOLÀ BESORA, M^a E.: «La venta de la unidad productiva en nuestro ordenamiento», en *La venta de la unidad productiva en sede concursal*, 2ª edición, Madrid (2021), obra colectiva dirigida por LLORET VILLOTA y MARQUÉS VILLALONGA, pp. 83-125, en concreto, p. 102.

⁸¹ Puede verse sobre estas cuestiones: ASENCIO PASCUAL, C.: «Aspectos de contenido innovador de la venta de unidad productiva a la luz del nuevo TRLC», en *Diario La Ley*, nº9660, 24 de junio de 2020; FERNÁNDEZ ABELLA, J. M^a: *op. cit.*; y SANZ SANZ, A.: *op. cit.*, pp. 169-171.

sus funciones (artículo 395 del TRLC) y que los acreedores no tendrán excesivo interés, pues a ellos se les ha pagado y no se ven afectados por el mismo, salvo el caso de que hubiesen aceptado un convenio por asunción del que se haya obtenido menos beneficio económico que si se hubiera recurrido a una liquidación separada de los bienes, lo que resultará ciertamente extraño. El único interés verdaderamente afectado será el de los trabajadores, de quienes será muy difícil calcular o precisar los perjuicios sufridos, más allá de las indemnizaciones que pudieran corresponderles por la finalización de su relación laboral y que, en todo caso, deberán ser efectivamente satisfechas.

Cuestión distinta es si el incumplimiento no va referido al compromiso de mantenimiento de la actividad, sino al pago mismo de los créditos contenidos en el convenio con asunción, en cuyo caso el interés de los acreedores en denunciar esa conducta del adquirente se vislumbra mucho más evidente. En estos casos, algunos autores consideran que los acreedores pueden proceder a la declaración de incumplimiento del convenio de asunción, de manera que el mismo quedaría sin efecto y se abriría la fase de liquidación, con la apertura de la sección de calificación pertinente, satisfaciéndose todos los créditos por parte del deudor concursado original y no por el adquirente, en tanto el convenio habría quedado sin efecto. Todo ello, naturalmente, dejando a salvo el derecho de los acreedores insatisfechos a solicitar la indemnización de los daños y perjuicios causados a consecuencia del incumplimiento del convenio⁸².

De este modo, hemos finalizado la exposición y análisis de lo que podríamos denominar régimen general de la enajenación de unidades productivas en sede concursal. A continuación, procede seguir con la explicación de dos procedimientos especiales (artículo 224 *bis* y 224 *ter a septies* del TRLC), que constituyen una auténtica novedad de la reforma del TRLC. Ambos presentan una característica común que las diferencia del régimen general ya expuesto: en efecto, tanto en uno como en otro caso, se exige al adquirente un compromiso de mantenimiento de actividad, de dos años en un caso y de tres en el otro, que no se exige en el régimen general de los artículos 215 a 224 del TRLC que acabamos justamente de analizar. Recordemos que este compromiso tan solo se exige en el caso del convenio de asunción, en el que ya hemos visto el proponente deberá incluir el compromiso mínimo temporal que asume en punto a la continuidad de la actividad empresarial.

3. Los mecanismos iniciados antes de la declaración de concurso para la enajenación de unidades productivas del deudor: el denominado prepack concursal

3.1. Consideraciones de tipo preliminar

Sin lugar a dudas, la principal novedad que ha representado la Ley 16/2022 en lo que atañe a la transmisión de unidades productivas del deudor insolvente, o en situación de probable insolvencia, es la referida al denominado prepack concursal, caracterizado, como anticipábamos en un momento previo, por su preparación anterior a la propia declaración judicial de concurso⁸³. Si bien es cierto que este tipo de medidas no se contemplan de modo

⁸² Véase, en dicho sentido: ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M.: «Comentario al artículo 324», en *Comentarios al articulado del Texto Refundido de la Ley Concursal*, tomo II, Madrid, 2020, obra colectiva dirigida por PEINADO GRACIA, pp. 891-897, en concreto, pp. 896 y 897; y MARTÍNEZ MUÑOZ, M.: *op. cit.*, p.84.

⁸³ Según puede leerse en la Exposición de Motivos de la Ley 16/2022, «especialmente importantes son las nuevas normas relativas a la solicitud de concurso con presentación de oferta de adquisición de una o varias unidades productivas. El deudor, junto con la solicitud de concurso, puede presentar una propuesta escrita vinculante de acreedor o de tercero para la adquisición de una o varias unidades productivas. De este modo, la ley da carta de naturaleza a instrumentos técnicos arraigados en otras experiencias jurídicas, como es el pre-pack administration».

expreso en la Directiva sobre reestructuración⁸⁴, no lo es menos que contribuyen a mejorar la eficiencia del procedimiento concursal en su conjunto, y se inscriben, en definitiva, en ese anhelo de fomentar la reestructuración preventiva y de reducir al máximo la duración y los costes del procedimiento concursal⁸⁵.

La idea que subyace bajo dicha previsión es, naturalmente, la necesidad de evitar la depreciación de los activos del deudor que se produce normalmente conforme va avanzando el procedimiento concursal, asociada en buena parte a la imagen negativa que toda situación de insolvencia genera en el mercado. De este modo, lo que se persigue es que, tan pronto como se declare el concurso, se esté ya en disposición de proceder a la enajenación de la unidad productiva. Además, no puede ignorarse que, en ese contexto preconcursal, la enajenación de una unidad productiva puede contribuir también a paliar la falta de liquidez del deudor, pudiendo incluso, en ocasiones, especialmente en el contexto de un plan de reestructuración, erigirse en la única solución viable para evitar la inminente o probable situación de insolvencia⁸⁶.

Expuesto de este modo, se comprenderá que el mecanismo al que nos referimos se coloque en una situación extramuros del procedimiento concursal, en la que se persiga incluso una cierta dosis de discreción, que evite precisamente la devaluación de los activos del deudor por mor de la proximidad de la insolvencia y la imagen negativa a ella asociada. De ahí que, contrariamente a lo que sucede en el caso de la enajenación de una unidad productiva en el marco de un procedimiento concursal ya declarado, el mecanismo de prepack tienda a huir de la publicidad propia de toda decisión concursal relevante. A lo sumo, se recurrirá al auxilio y a la colaboración de expertos que, además de valorar la unidad productiva, podrán poner en contacto al deudor con potenciales adquirentes de la misma, al efecto de ir configurando un cuaderno de venta de sus unidades productivas.

Antes de proceder a la explicación de este nuevo régimen, consideramos conveniente efectuar algunas precisiones iniciales. La primera de ellas para consignar que, ya con anterioridad a la reforma operada por la Ley 16/2022, algunos juzgados de lo Mercantil de nuestro país se anticiparon a la necesidad antes apuntada, ofreciendo algunas alternativas y mecanismos orientados precisamente a maximizar el precio de venta de los bienes y derechos de las empresas insolventes aún no declaradas en concurso, en clara línea con el objetivo previsto en la Directiva comunitaria sobre reestructuración de incrementar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas⁸⁷.

La trascendencia e importancia de ello se tradujo en la adopción de una serie de acuerdos colegiados, de entre los que destacan especialmente los siguientes: (i) las Directrices sobre el procedimiento de tramitación del prepack concursal, elaboradas por los Juzgados Mercantiles de Barcelona el 20 de enero de 2021; (ii) el Protocolo Pre-Pack concursal, aprobado por la Junta sectorial de Jueces de lo Mercantil de Baleares, de 28 de abril de 2021, y ratificado por acuerdo de pleno del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, de 5 de mayo de 2021; y (iii) la

⁸⁴ Cuestión distinta es la Propuesta de Directiva sobre insolvencia, que dedica ya todo un título, el IV, a la regulación de los procedimientos prepack (artículos 19 a 35).

⁸⁵ RUBIO VICENTE, P. J.: «Nuevas reglas de enajenación...», *op. cit.*, p. 3.

⁸⁶ GILO GÓMEZ, C.: «La venta de la unidad productiva...», *op. cit.*, p. 41.

⁸⁷ Se considera pionero en este terreno el auto del Juzgado de lo Mercantil nº10 de Barcelona, de 29 de julio de 2020 (ROJ: AJM B 373/2020).

Guía de buenas prácticas procesales en materia del artículo 530 del TRLC, aprobado por los Jueces Mercantiles de Madrid el 22 de enero de 2021⁸⁸.

Por elementales razones de espacio, no vamos a poder profundizar en su análisis y detalle, pero sí interesa cuando menos dejar constancia de los aspectos más relevantes a los que se hacía referencia en esos acuerdos, a saber: (i) el momento de la solicitud, ya fuera el escrito de comunicación de apertura de negociaciones, ya fuera un escrito posterior; (ii) la forma y contenido de la solicitud, previéndose en algunos casos la posibilidad de solicitar el nombramiento de un experto independiente o administrador en materia de reestructuración⁸⁹; (iii) el contenido de la fase preliminar de las operaciones de prepack concursal; (iv) las funciones a desarrollar por parte del experto, así como su estatuto y retribución, con especial referencia a la emisión de un informe sobre el resultado de la fase preliminar; (v) y la fase judicial de autorización e implementación de las operaciones de prepack concursal.

La segunda precisión va referida a que, también con anterioridad a la reciente reforma, existían ya en el TRLC algunos preceptos que se orientaban hacia un similar o parecido objetivo. Este era el caso, por ejemplo, del artículo 530, hoy suprimido, que en sede de liquidación, ya preveía la posibilidad de que el deudor, junto a la solicitud de concurso, presentara un plan de liquidación que contuviera una propuesta escrita vinculante de adquisición de la unidad productiva en funcionamiento, en cuyo caso el juez debía proceder de inmediato a la apertura de la fase de liquidación.

Por razones elementales y muy fáciles de comprender, esta previsión normativa amparaba que la negociación de la venta se produjera en un momento previo a la declaración del procedimiento concursal, con todo lo beneficioso que ello pudiera suponer tanto para el fin solutorio como conservativo del concurso. Del mismo modo, la previsión contenida en el artículo 215 del TRLC, al utilizar la expresión «*en cualquier estado del concurso*», podía también ser interpretada en el sentido de otorgar respaldo legal suficiente a la posible venta de la unidad productiva antes incluso de que el procedimiento concursal hubiese sido declarado⁹⁰.

Precisamente en línea con lo anterior, resulta de interés profundizar en la distinción entre ventas anticipadas de unidades productivas y ventas prepack propiamente dichas. Las primeras son aquellas que se llevan a cabo en un momento temprano tras la apertura del procedimiento de insolvencia, pero que no han sido objeto de preparación con anterioridad a la declaración de concurso. Son, en síntesis, las que hemos analizado en el apartado anterior, sobre todo cuando se anticipan a la fase de liquidación, y su finalidad es evidente: no demorar en exceso la enajenación del activo, puesto que ello contribuye a su deterioro. Por su parte, las ventas prepack vienen caracterizadas por un plus adicional, su preparación anterior a la solicitud de declaración de concurso, lo que implica una labor previa de comercialización e identificación de potenciales adquirentes, al objeto de que, una vez declarado el concurso, la venta sea prácticamente inmediata⁹¹.

Más allá de lo anterior, se hace necesario efectuar también una reflexión crítica acerca de la sistemática utilizada en la nueva regulación. En efecto, el artículo 224 *bis* del nuevo TRLC, destinado a regular la solicitud de concurso con presentación de oferta de adquisición de una o

⁸⁸ Puede verse un interesante y detallado estudio de estos documentos y de su incidencia y aplicación en los momentos previos a la reforma de la Ley 16/2022, en BRENES CORTÉS, J.: *op. cit.*, p. RR-2.4.

⁸⁹ Esta posibilidad quedó sin embargo excluida en la Guía aprobada por los Jueces Mercantiles de Madrid.

⁹⁰ Puede verse, con relación a estos aspectos, GILO GÓMEZ, C.: «La venta de la unidad productiva...», *op. cit.*, pp. 43 y 44; y GALLEGU CÓRCOLES, A.: *op. cit.*, p. RR-2.4.

⁹¹ Puede verse, con relación a esta distinción, GALLEGU CÓRCOLES, A.: *op. cit.*, p. RR-2.1.

varias unidades productivas, se ubica al final de una subsección destinada a regular las especialidades de la enajenación de unidades productivas. Sin embargo, sin razón aparente alguna, los artículos 224 *ter* a *septies*, cuyo objeto es la regulación de la solicitud de nombramiento de experto para recabar ofertas de adquisición de la unidad productiva, se ubican en una subsección siguiente distinta, fuera por tanto de esas especialidades atinentes a la enajenación de unidades productivas. Además, según se ha evidenciado por algún autor, estos artículos se suceden según un orden cronológico inverso al que sería normal en términos de venta prepack, ya que primero se regula la solicitud de concurso con su tramitación posterior, y solo después, aquello que debería aparecer en un estadio anterior a la presentación de esa solicitud, es decir, la designación del experto⁹².

Esta circunstancia, añadida a la supresión en la versión definitiva de la Ley 16/2022 del artículo 224 *octies* del Anteproyecto, en el que se declaraba la aplicación supletoria de las normas contenidas en la subsección sobre especialidades de la enajenación de unidades productivas, a la dedicada a la solicitud de nombramiento de experto, puede provocar dudas sobre la coherencia y coordinación normativa entre ambas subsecciones, sobre todo si las mismas se proyectan sobre aspectos tan trascendentes como la eficacia de la transmisión en todo lo referido a la sucesión de empresa y sus importantes efectos laborales y de seguridad social⁹³. En cualquier caso, y a tales efectos, resulta oportuno recordar que, conforme a la doctrina establecida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su sentencia de 28 de abril de 2022 (C-237/20), tanto en un supuesto como en otro serán igualmente de aplicación las reglas concursales sobre sucesión de empresa previstas para la transmisión de unidades productivas.

Sea como fuere, lo cierto es que la Ley 16/2022 ha venido a consagrar legalmente ese espíritu consistente en favorecer la anticipación de esas operaciones destinadas a obtener el mayor rendimiento posible de la enajenación de una o varias unidades productivas de la empresa en situación de crisis. En líneas generales, el juicio global que merece la reforma en este punto debe ser positivo, entre otras razones, porque contribuye a dotar de mayor seguridad jurídica un escenario en el que, hasta ahora, debíamos movernos con pies de plomo, y siempre con la natural inseguridad que generaba tener que depender de unas directrices judiciales que, pese a su indudable buena intención, no ofrecían las garantías adecuadas a este fin.

Ahora bien, este primer juicio no debe impedir una reflexión crítica del nuevo régimen, ya que, a nuestro entender, presenta aspectos manifiestamente mejorables. De hecho, como tendremos ocasión de comprobar más adelante, su aplicación ha generado ya notables e importantes controversias, en cuanto a su interpretación y significado, que han motivado nuevamente la aparición de guías y criterios aprobados por algunos juzgados de lo Mercantil, al objeto de procurar y facilitar una aplicación uniforme de sus reglas.

En cualquier caso, lo cierto es que este nuevo escenario plantea una serie de problemas y de cuestiones que precisan de una regulación específica y diferenciada de la enajenación que se efectúa en sede concursal. En las páginas que siguen, vamos a ocuparnos precisamente de ese nuevo régimen, diferenciando dos situaciones distintas: por un lado, la solicitud de concurso con presentación de oferta de adquisición de una o varias unidades productivas (artículo 224 *bis* del TRLC) y, por otro, la solicitud de nombramiento de experto para recabar ofertas de adquisición de la unidad productiva (artículos 224 *ter* a *septies* del TRLC). Como apunte final,

⁹² GALLEGO CÓRCOLES, A.: *op. cit.*, p. RR-2.5.

⁹³ Puede verse, en este sentido: RUBIO VICENTE, P. J.: «Nuevas reglas de enajenación...», *op. cit.*, quien advierte que aunque la concreción del perímetro de la sucesión se realiza antes de la declaración de concurso, su aprobación y ejecución se producirán en el marco del procedimiento concursal, por lo que es lógico que le afecten las mismas reglas y limitaciones.

efectuaremos una valoración crítica del nuevo régimen, así como algunas propuestas o reflexiones *de lege ferenda*, que pretenden básicamente ofrecer un marco de mayor seguridad jurídica al nuevo escenario concursal que se ha diseñado.

3.2. La solicitud de concurso con presentación de oferta vinculante de adquisición de una o varias unidades productivas

La aparición de este artículo 224 *bis* ha venido acompañada, como decíamos en un momento anterior, de la derogación del antiguo artículo 530 del TRLC. No en vano, ambos parten de una misma premisa: la presentación por parte del deudor, junto a la solicitud de declaración de concurso, de una propuesta escrita vinculante de acreedor o de tercero para la adquisición de una o varias unidades productivas. Desde este punto de vista, ambas regulaciones inciden esencialmente en lo mismo, esto es, en el curso que debe darse a esa solicitud o, si se prefiere, en el discurrir del procedimiento concursal a partir de la presentación de la misma.

La diferencia entre ambas radica, no obstante, en un matiz esencial: el artículo 530 del anterior TRLC exigía siempre para su aplicación la presentación de un plan de liquidación a cargo del deudor, de manera que esa venta de unidad productiva, preparada con antelación a la declaración de concurso, debía ir acompañada necesariamente de la liquidación subsiguiente del patrimonio del deudor. Sin embargo, el artículo 224 *bis* del nuevo TRLC permite ahora que el deudor no solicite la apertura de la fase de liquidación, siendo por consiguiente perfectamente posible que la venta se lleve a cabo en fase común⁹⁴, e incluso que se pretenda, con la otra u otras unidades productivas que resten en su patrimonio, la continuación de su actividad por medio de un convenio concursal con sus acreedores⁹⁵.

Veamos, a continuación, los rasgos más sobresalientes de este nuevo régimen, siguiendo ordenadamente el procedimiento contemplado en el artículo 224 *bis* del TRLC, que halla su razón de ser, a diferencia de la sencillez procedimental del trámite que analizaremos en el apartado siguiente, referido a la solicitud de nombramiento de un experto para recabar ofertas de adquisición de una o varias unidades productivas, en la ausencia precisamente de esa figura del experto como delegado del juez para la búsqueda y selección de ofertas ventajosas para los intereses generales del concurso, es decir, lo que se podría calificar estrictamente de *prepack* concursal.

Como ya hemos indicado, la iniciativa en este caso corresponde al deudor, quien con anterioridad a la solicitud de declaración de concurso, se habrá ocupado de delimitar el perímetro de la unidad productiva, con todos sus bienes, derechos, contratos y licencias o autorizaciones, y de identificar un tercero, que puede ser perfectamente un acreedor, dispuesto a presentar por escrito una propuesta vinculante para la adquisición de esa unidad productiva.

En esta tarea previa de delimitación del perímetro, que podrá alcanzar a una o a varias unidades productivas, el deudor podrá, como es natural, servirse del auxilio de entidades especializadas en este tipo de operaciones, a cuyo efecto las podrá escoger libremente, a diferencia del supuesto contemplado en el artículo 224 *ter* del TRLC, en el que, como veremos, el deudor solicita al juez el nombramiento de un experto para recabar las ofertas de adquisición. En todo caso, como bien se cuida de aclarar el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº3 de Sevilla, de 10 de noviembre de 2022 (ROJ: AJM SE 1911/2022), el juez puede, en el momento en que declare el concurso, requerir al oferente para que señale, de modo más preciso, el perímetro concreto de la unidad productiva que se pretende adquirir.

⁹⁴ GALLEGO CÓRCOLES, A.: *op. cit.*, p. RR-2.5.

⁹⁵ ALCOVER GARAU, G.: *op. cit.*, p. 3.

El mismo día en que se publique la declaración de concurso del deudor en el Registro público concursal, se publicará igualmente, en el portal de liquidaciones concursales de dicho Registro, la oferta de adquisición de una o varias unidades productivas de ese deudor (artículo 224 *bis* 9 del TRLC). Con respecto a esta cuestión, es necesario efectuar una serie de consideraciones. La primera, que este portal de liquidaciones concursales supone una herramienta de nueva creación en la Ley 16/2022, en cuya disposición adicional sexta se otorga un plazo de seis meses desde su entrada en vigor para su puesta en funcionamiento, al objeto de que puedan figurar en el mismo una relación de las empresas en fase de liquidación concursal y cuanta información resulte necesaria para facilitar la enajenación del conjunto de los establecimientos y unidades productivas.

La segunda, tiene aún mayor relevancia, y consiste en evidenciar, en línea con lo que comentábamos anteriormente, que el precepto vincula esa publicidad al momento en que se publique la propia declaración de concurso, de manera que resulta perfectamente posible que la confección de esa oferta no haya salido nunca del ámbito de control o conocimiento del propio deudor. Decimos esto porque, en la versión que figuraba en el artículo 224 *bis* del Anteproyecto de reforma del TRLC, la solicitud de concurso con presentación de oferta de adquisición de una o varias unidades productivas, requería literalmente que *«el deudor o el experto realice con carácter previo una publicación en el portal de liquidaciones concursales del Registro público concursal, al que se deberá remitir cuanta información resulte necesaria para facilitar la realización de ofertas por acreedores o terceros»*.

Es decir, a diferencia del texto finalmente aprobado, en el que se omite ya la referencia al experto, se buscaba facilitar un proceso de captación de ofertas en un momento previo al del propio inicio del procedimiento concursal, lo que resultaba inherente al mecanismo de venta anticipada prepack propiamente dicho⁹⁶. De este modo, el legislador ha parecido optar por reservar este tipo de operaciones al supuesto contemplado en los artículos 224 *terties* a *septies*, al que nos referiremos en un momento posterior. Así, a diferencia también de este último supuesto, es perfectamente posible que el deudor no haya desarrollado labor de prospección alguna y se haya limitado a alcanzar un acuerdo con un tercero para que este último presente esa propuesta vinculante de adquisición.

Con independencia de lo anterior, la obligación, a cargo del primer oferente, y no solo del deudor, de facilitar, a requerimiento del juez, cuanta información considere necesaria o conveniente para facilitar la presentación de otras ofertas por acreedores o terceros, y que será publicada en el portal de liquidaciones del Registro concursal (artículo 224 *bis* 9 *in fine* del TRLC), plantea aún una ulterior cuestión de indudable interés, cual es la de la situación de desventaja en la que se acaba situando a este primer oferente, que deberá compartir con eventuales competidores cierto tipo de información que ha manejado para presentar la oferta, que tal vez hubiese preferido mantener en reserva⁹⁷.

En cualquier caso, habrá que coincidir en que la puesta a disposición de esa información, al margen de respetar la normativa general sobre protección de datos o de tutela de los secretos empresariales, deberá preservar también el valor mismo de la unidad productiva objeto de enajenación, por lo que no dejará de ser siempre información agregada y de carácter muy general, reservando, a nuestro entender, en todo caso, la facilitación de información más

⁹⁶ Puede verse, en este sentido, GALLEGO CÓRCOLES, A.: *op. cit.*, p. RR-2.5.

⁹⁷ Véase, en dicho sentido, ALCOVER GARAU, G.: *op. cit.*, p. 4.

sensible y delicada a la previa firma de un acuerdo de confidencialidad por parte del tercer inversor interesado en la presentación de una oferta vinculante⁹⁸.

Por lo que se refiere estrictamente al contenido de la oferta o propuesta de adquisición, que tendrá carácter vinculante para quien la presente, deberá indicarse, como es natural y aunque nada se diga de ello en el texto, el precio de adquisición, así como la obligación de continuar o de reiniciar la actividad con la unidad o unidades productivas a las que se refiera por un mínimo de tres años. Se introduce así un requisito que pretende salvaguardar, en la medida de lo posible, la continuidad de la actividad empresarial, contemplando expresamente que el incumplimiento de este compromiso dará lugar a que cualquier afectado pueda reclamar al adquirente la indemnización de daños y perjuicios causados (artículo 224 *bis* 1 *in fine* del TRLC). Cabe consignar, en este punto, que dicho compromiso no aparecía en el Anteproyecto de Ley de reforma del TRLC, y su inclusión ha supuesto equiparar, en lo que se refiere a esta obligación, el mecanismo de este artículo 224 *bis* con el del 224 *ter*, en el que ya aparecía dicho compromiso en el texto del Anteproyecto de Ley.

Con relación a esta última cuestión, no se acaba de comprender, en realidad, la razón de que esta previsión no se contemple, con carácter general, para todas las enajenaciones de unidades productivas. De hecho, como se ha señalado acertadamente, no se recoge ni tan siquiera para el resto de ofertas alternativas que pudieran plantearse a la primera oferta presentada con la solicitud de declaración de concurso, si bien el sentido común no permite una interpretación distinta a la de su igual exigencia⁹⁹. En otro orden de cosas, tampoco se aclara quién será el juez competente para conocer de esta acción de responsabilidad, si el del concurso, lo que parece lo más razonable conforme al carácter exclusivo y excluyente de su jurisdicción *ex* artículo 52.1 del TRLC, o el juez de primera instancia que resultara competente de acuerdo a las normas procesales generales de atribución de competencia objetiva o material.

Con todo, respecto del juicio crítico que, con carácter general, merece la inclusión de esta obligación, se han efectuado también otras reflexiones ciertamente interesantes. Así, se señala que, en realidad, no obliga a casi nada, ya que no se precisa con exactitud qué significa realmente continuar o reanudar la actividad. En este sentido, al no exigirse que se mantenga igual, nada impide, en efecto, que se modifiquen determinados aspectos del negocio, incluida la posibilidad de despedir a algunos trabajadores. Pero es que, además, la indemnización a la que se anuda el incumplimiento de la obligación precisará de la justificación de unos daños y perjuicios de muy difícil acreditación, ya que, como indicábamos antes, si se puede modificar la actividad o algunos aspectos del negocio, las decisiones que se tomen (cambio de proveedores, despido de trabajadores, etc.) quedarán amparadas en el principio de libertad de empresa consagrado en el artículo 38 de la Constitución, excepción hecha, por descontado, de las indemnizaciones que se generen, legal o contractualmente, por la extinción de determinadas relaciones jurídicas¹⁰⁰. Por otro lado, cabe aún una reflexión ulterior, de difícil respuesta: ¿se mantiene la obligación aún en el caso de que la explotación de esa unidad productiva se manifieste claramente deficitaria?

Resulta interesante destacar en fin que, con respecto al plazo de tres años contenido en el artículo 224 *bis* 1 del TRLC, se aprecia una notable diferencia con relación al plazo de dos años

⁹⁸ GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J. C.: «Píldoras sobre la reforma concursal (XLV). El concurso de acreedores: solicitud de concurso con oferta vinculante de adquisición de unidad productiva (sin prepack)», accesible en <https://www.linkedin.com/pulse/pildoras-sobre-la-reforma-concursal-xlv-el-concurso-gonz%C3%A1lez-v%C3%A1zquez/?originalSubdomain=es>

⁹⁹ ALCOVER GARAU, G.: *op. cit.*, p. 4.

¹⁰⁰ GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J. C.: *op. cit.*

que se contempla en el supuesto del que nos ocuparemos en el apartado siguiente, esto es, el de las ofertas de adquisición recabadas por un experto nombrado por el juez a solicitud del deudor (artículo 224 *septies* 2 del TRLC). Al parecer, esta diferencia no obedece a lógica alguna, sino que se debe a un burdo error en la tramitación parlamentaria de la Ley 16/2022. De hecho, en el Proyecto de Ley Orgánica de eficiencia organizativa del servicio público de Justicia, se ha introducido ya una enmienda que, fundada en razones de simple mejora técnica, modifica el artículo 224 *bis* 1 del TRLC y unifica ambos plazos en dos años¹⁰¹.

En cualquier caso, una vez dictado el auto de declaración de concurso, y publicada la oferta de adquisición en el portal de liquidaciones, el juez concederá un plazo de quince días para que los acreedores que se personen puedan formular a la propuesta las observaciones que estimen convenientes, así como para que cualquier interesado, que puede ser también un acreedor, presente propuesta vinculante alternativa a la presentada junto a la solicitud de declaración de concurso. Dentro de ese mismo plazo de quince días, el juez requerirá a la administración concursal para que emita informe de evaluación de la oferta presentada (artículo 224 *bis* 2 del TRLC).

De nuevo, pueden efectuarse algunas reflexiones con respecto a la apertura de este plazo. En primer lugar, para constatar que la invitación a otros potenciales oferentes se produce ya en sede concursal, es decir, una vez que ha trascendido ya al mercado la situación de insolvencia del deudor, con los condicionantes indudables que ello representa en punto a un mayor o menor valor de la unidad productiva que pretende enajenarse aisladamente. Y, en segundo lugar, para dejar constancia que la brevedad del plazo de esos quince días coloca en una evidente situación de asimetría informativa a favor del primer oferente con respecto a los que pudieran postularse después¹⁰².

En el hipotético supuesto de que se presenten propuestas alternativas de adquisición, el juez deberá requerir a la administración concursal para que, en este caso un plazo de cinco días, emita informe de evaluación sobre las mismas (artículo 224 *bis* 4 del TRLC). En este informe, la valoración de cada una de las propuestas se efectuará atendiendo al interés del concurso, prestando especial atención a los efectos que pudieran tener en las masas activa y pasiva la resolución de los contratos que resultare de cada una de ellas (artículo 224 *bis* 5 del TRLC). Resulta destacable reseñar que, a diferencia de lo que sucede con la propuesta primera presentada por el deudor, no se contempla para estas subsiguientes el trámite de alegaciones sobre su contenido a favor de los acreedores.

Una vez cumplimentado o evacuado el trámite de informe a cargo de la administración concursal, pueden darse tres situaciones distintas:

- a) Que la única oferta presentada sea la que acompañó la solicitud de declaración de concurso por parte del deudor. En este caso, las alegaciones que, en su caso, hubieran formulado los acreedores y, sobre todo, el informe de la administración concursal, serán decisivos a la hora de su aceptación definitiva por parte del juez, quien deberá valorar, siempre y en todo momento, los intereses generales del concurso y, de modo particular, la incidencia que la propuesta pueda tener en orden a satisfacer la finalidad solutoria y conservativa del procedimiento concursal.

¹⁰¹ Enmienda n°212 presentada por el Grupo Parlamentario Socialista y por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidas Podemos-En Comú Podem-Galicia en Común.

¹⁰² GALLEGO CÓRCOLES, A.: *op. cit.*, p. RR-2.5.

- b) Que se hubieran presentado propuestas alternativas a la inicialmente presentada. En este supuesto, el juez concederá un plazo simultáneo de tres días a los oferentes para que, si lo desean, mejoren las que cada uno de ellos hubiera presentado (artículo 224 *bis* 6 del TRLC). Se abre, por consiguiente, un periodo que podríamos calificar de puja, cuyo objetivo no es otro que mejorar, en beneficio del interés general del concurso, la contraprestación obtenida a cambio de la enajenación de una determinada unidad productiva. En todo caso, lo relevante es que, dentro de los tres días siguientes al término de ese plazo, el juez procederá a la aprobación de la que resulte más ventajosa para el interés del concurso. Observemos pues que no se aplica en este caso la regla de la subasta, sino que el juez podrá decidir en función de aquello que considere más conveniente para el interés general del concurso, lo que no deja de ser, como se ha puesto de relieve, un concepto jurídico indeterminado de excesiva elasticidad¹⁰³.
- c) Que entre las propuestas presentadas figure una realizada por personas trabajadoras interesadas en la sucesión de la empresa mediante la constitución de sociedad cooperativa, laboral o participada, posibilidad esta admitida expresamente por el artículo 224 *bis* 3 del TRLC, aunque en realidad no hiciera falta, lo que solo puede obedecer a un guiño ideológico de claro signo social. En este caso, si la oferta en cuestión es igual o superior a la de las demás propuestas alternativas presentadas, el juez priorizará dicha propuesta siempre que ello atienda al interés del concurso, considerando la continuidad de la empresa, la unidad productiva y el mantenimiento de los puestos de trabajo, entre otros criterios (artículo 224 *bis* 6 *in fine* del TRLC).

Con respecto a esta regla, ALCOVER GARAU ha reflexionado sobre su carácter absurdo, ya que no se acaba de comprender esa referencia a si la oferta es superior a las otras, ya que de ser así, debe elegirse, sin necesidad de que se aclare en una regla adicional, mientras que si es igual, se puede optar por ella en interés del concurso, es decir, en virtud del mismo criterio por el que se ha llegado a la conclusión de que son iguales, lo que resulta, como decíamos, ciertamente absurdo¹⁰⁴. De hecho, no se garantiza en absoluto que, en igualdad de condiciones, la unidad productiva se adjudique a estos colectivos de trabajadores, ya que para ello será necesario siempre que dicha decisión «*atienda al interés del concurso, considerando en el mismo la continuidad de la empresa, la unidad productiva y los puestos de trabajo entre otros criterios*»¹⁰⁵.

Una vez adjudicada la enajenación de una determinada unidad productiva del deudor concursado, las reglas aplicables a esta transmisión serán las mismas que resultan de aplicación a cualquier enajenación de esta naturaleza, y que han sido analizadas con anterioridad (artículo 224 *bis* 8 del TRLC y, por efecto de su remisión, artículos 215 y siguientes del TRLC), de entre las que recordemos destacan las de subrogación del adquirente en los contratos, licencias o autorizaciones necesarios para la continuación de la actividad empresarial y la reducción del perímetro de la sucesión de empresa a efectos laborales y de seguridad social.

Tan solo se hace necesario precisar que, si la ejecución de la oferta vinculante aprobada estuviera sujeta al cumplimiento de determinadas condiciones suspensivas, entre las que se menciona expresamente la aprobación de la adquisición por parte de las autoridades de la competencia o supervisoras, o la realización de una modificación estructural que afecte a los activos a transmitir, el concursado y la administración concursal llevarán a cabo las actuaciones precisas para asegurar el pronto cumplimiento (artículo 224 *bis* 7 del TRLC). En el caso de la

¹⁰³ ALCOVER GARAU, G.: *op. cit.*, p. 3.

¹⁰⁴ ALCOVER GARAU, G.: *op. cit.*, p. 3; y en sentido similar, GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J. C.: *op. cit.*

¹⁰⁵ Véase, en idéntico sentido, GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J. C.: *op. cit.*

modificación estructural se plantea el problema de que lo que se debe obtener con la enajenación de la unidad productiva es numerario, mientras que, con ciertas modificaciones estructurales, como es el caso de la fusión o la escisión, no se obtiene tal cosa, de manera que quizá sea conveniente que se realice primero la modificación estructural y, justo después, el oferente adquiriera las acciones o participaciones sociales que corresponden al deudor concursado en virtud de esa operación de fusión o escisión¹⁰⁶.

En cualquier caso, debe indicarse que, en estos supuestos en los que la adquisición de la unidad productiva queda condicionada al cumplimiento de una condición suspensiva, se faculta además al juez para exigir al adjudicatario la prestación de caución o garantía suficiente de consumación de la adquisición, si las condiciones suspensivas se cumplieran en el plazo máximo para ello establecido en la oferta vinculante, o de resarcimiento de los gastos o costes incurridos por el concurso, para el caso de que la adquisición no se llevara a cabo finalmente (artículo 224 *bis* 7 del TRLC *in fine*).

En síntesis, como ha puesto en evidencia ya algún autor, la configuración legal del régimen que acabamos de describir, caracterizada fundamentalmente por la previsión de un procedimiento que, por sus plazos, raramente permitirá esperar la presentación de ofertas vinculantes de adquisición de unidad productiva, alternativas a la presentada por el deudor en su solicitud de declaración de concurso, permite concluir que más bien se trata de «*una coartada para bendecir la venta al oferente que presenta el propio concursado, que un procedimiento útil para que puedan realmente presentarse ofertas alternativas que garanticen que se ha obtenido el mejor precio posible*»¹⁰⁷. En verdad, y a nuestro entender, este propósito o finalidad se conseguirá mucho mejor por medio del recurso a la solicitud del deudor de nombramiento de experto para recabar ofertas de adquisición de unidades productivas, del que nos vamos a ocupar seguidamente.

3.3.La solicitud de nombramiento judicial de experto para recabar ofertas de adquisición de la unidad productiva

Corresponde en este punto proceder al análisis de la regulación contenida en los artículos 224 *ter* a *septies* del TRLC, que suponen la recepción legal, estrictamente hablando, del mecanismo de prepack concursal del que se ha venido hablando hasta este momento. Y ello porque, a diferencia del supuesto regulado en el artículo 224 *bis*, en el que la preparación de la oferta de adquisición no sale de la esfera de control del deudor, ni se prepara bajo la supervisión o tutela de un experto nombrado por el juez, el procedimiento al que nos vamos a referir a continuación se caracteriza, esencialmente, por la participación de un tercero, designado por el juez a solicitud del deudor, que será justamente la persona encargada de efectuar una labor de prospección en el mercado, encaminada a recabar ofertas de adquisición, con pago al contado, de una o varias unidades productivas de las que sea titular el solicitante.

De ahí precisamente que esa intervención o tutela judicial, manifestada por medio de la designación del experto, justifique un tratamiento legal en el que no se contemple necesariamente un trámite procedimental de naturaleza concursal como el que hemos visto anteriormente, en el que a la propuesta vinculante presentada por el deudor se sucede la apertura de un plazo para la presentación de nuevas ofertas y contraofertas, y ello porque, en

¹⁰⁶ ALCOVER GARAU, G.: *op. cit.*, p. 4.

¹⁰⁷ GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J. C.: *op. cit.*

teoría, todo ese procedimiento habrá sido realizado previamente, extramuros del concurso, con la participación y liderazgo del experto nombrado por la autoridad judicial¹⁰⁸.

a. *La solicitud del deudor*

El mecanismo al que nos referimos se inicia nuevamente a instancias del deudor, de quien el artículo 224 *ter* del TRLC precisa que puede ser persona natural o jurídica, cualquiera que sea la actividad a la que se dedique. Esta precisión subjetiva y objetiva de la persona del deudor no se efectúa en el supuesto contemplado en el artículo 224 *bis*, si bien cabe considerar, por sentido común, que le es igualmente aplicable, ya que no existen razones que justifiquen un tratamiento distinto o separado en función de su naturaleza personal o de la actividad a la que se dedique.

Sin embargo, a diferencia del supuesto anterior, en el que la solicitud solo puede formularse en supuestos de insolvencia inminente o de insolvencia actual, que constituyen el presupuesto objetivo sobre el que descansará la solicitud de concurso voluntario de acreedores (artículo 2 del TRLC), a la que se acompañará la propuesta vinculante de adquisición de unidad productiva formulada por tercero, en el caso que analizamos ahora, el presupuesto objetivo se conforma de un modo más amplio, abarcando incluso el supuesto de probabilidad de insolvencia, lo que explicita aún más el carácter preconcursal del mecanismo al que nos estamos refiriendo.

Respecto de lo que deba entenderse por esta situación de probabilidad de insolvencia, debemos remitirnos, como es natural, a las normas contenidas en el Libro segundo del TRLC, reservado a la regulación del Derecho preconcursal, en cuyo artículo 584.2, al referirse al presupuesto objetivo del precurso, señala que «*se considera que existe probabilidad de insolvencia cuando sea objetivamente previsible que, de no alcanzarse un plan de reestructuración, el deudor no podrá cumplir regularmente sus obligaciones que venzan en los próximos dos años*»¹⁰⁹. Se observa aquí claramente el deseo del legislador de que la actuación se manifieste en una fase temprana, con el consabido objetivo de reducir la pérdida de valor empresarial y el consiguiente perjuicio para los acreedores y el propio deudor¹¹⁰.

El TRLC guarda silencio acerca del contenido de esta solicitud, si bien cabe consignar que la Guía de buenas prácticas, de carácter orientativo y no vinculante, para el nombramiento de experto en fase preconcursal («*prepack*»), aprobada recientemente por los magistrados/as de los juzgados mercantiles de Madrid, en junta reunida el día 21 de febrero de 2023¹¹¹, ha precisado ya el alcance de la misma. Entre su contenido, destacan los siguientes extremos: la identificación del deudor; si se halla en situación de insolvencia actual, inminente o en probabilidad de insolvencia; una exposición razonada de la petición; la rama de actividad o sector al que se dedica; la identificación del perímetro de la unidad productiva y su valoración; si la empresa se halla en funcionamiento o ha cesado en su actividad; la cifra de negocio y el número de trabajadores; el nombramiento de experto independiente y su preferencia o interés

¹⁰⁸ Ya hemos advertido en un momento anterior que la reciente Propuesta de Directiva sobre insolvencia incorpora ya previsiones específicas para los procedimientos de *prepack*, definidos en la Exposición de Motivos de dicho proyecto normativo, como aquellos en los que «*la empresa del deudor o parte de la misma se vende como empresa en funcionamiento en virtud de un contrato negociado de forma confidencial antes del inicio de un procedimiento de insolvencia bajo la supervisión de un supervisor designado por un órgano jurisdiccional y seguido de un breve procedimiento de insolvencia, en el que la venta prenegociada se autoriza y ejecuta formalmente*».

¹⁰⁹ Sobre dicho concepto en particular, puede verse CAMPUZANO LAGUILLO, A. B.: «Los estados de insolvencia», en *Anuario de Derecho Concursal*, n°58, enero-abril (2023), pp. RR-1.1-RR-1.7, en concreto, pp. RR-1.4.

¹¹⁰ Apartado III de la Exposición de Motivos de la Ley 16/2022.

¹¹¹ <https://www.cemad.es/wp-content/uploads/2023/02/Guia-de-Buenas-Practicas-de-Venta-de-Unidades-Productivas.pdf>

por la designa de un experto en reestructuraciones o administración concursal, debiendo justificar su petición, a fin de dotar al juez de los elementos de juicio necesarios para designar al profesional que resulte más idóneo para el cargo; y una propuesta justificada de duración de las operaciones de venta¹¹².

En definitiva, en la solicitud en cuestión, el deudor reclamará del juzgado competente para la declaración de concurso el nombramiento de un experto que recabe ofertas de tercero para la adquisición, con pago al contado como decíamos, de una o de varias unidades productivas de las que sea titular, aunque hubieran cesado en la actividad. Formulada la solicitud de referencia, se le dará trámite en el juzgado y el juez competente dictará resolución en la que, además del nombramiento del experto, determinará la duración del encargo y la retribución que considere procedente atendiendo al valor de la unidad o unidades productivas (artículo 224 *quater* 2 del TRLC).

b. La resolución judicial: nombramiento, retribución y carácter reservado de la designación

Con respecto a esta resolución, son varias las cuestiones a destacar. En primer lugar, la referida a las condiciones que debe reunir el experto designado por el juez. El artículo 224 *quater* 1 del TRLC nos aclara que el nombramiento puede recaer en persona natural o jurídica que reúna las condiciones para ser nombrado experto en reestructuraciones o administrador concursal, por lo que habrá que estar a lo dispuesto en los artículos 60 y siguientes y 674 y siguientes del TRLC, a cuyo contenido nos remitimos. A nuestro entender, es un acierto que se utilice la palabra «*experto*» y que se huya del término «*administrador*», por cuanto no se puede ignorar que todavía no estamos en una fase de intervención o disposición en las facultades de administración y disposición del patrimonio del deudor¹¹³.

En una de las primeras resoluciones judiciales que se han dictado en aplicación de esta nueva normativa, el auto del Juzgado de lo Mercantil nº10 de Barcelona, de 13 de diciembre de 2022, el juez decide nombrar como experto a la persona propuesta por el propio deudor en su solicitud, razonando, a tal efecto, que la sociedad profesional en cuestión cumple los requisitos subjetivos del artículo 224 *quater* y que, habiéndose ya negociado un plazo de ejecución del encargo y un precio, no existe motivo para que la resolución judicial se aparte del acuerdo alcanzado entre el deudor y la sociedad profesional propuesta por este. En igual sentido, el auto del Juzgado de lo Mercantil nº1 de Gerona, de 17 de noviembre de 2022 (ROJ: AJM GI 5473/2022), basándose en este caso en la normativa sobre nombramiento de experto en reestructuración (artículo 676.1 del TRLC), a la que no remite en absoluto el artículo 224 *ter*, salvo en lo referido a las condiciones que debe reunir (artículo 674), admite que el nombramiento puede recaer en la misma persona propuesta por el deudor en su solicitud.

No acabamos de estar del todo convencidos de que dicha opción se acomode realmente al espíritu contenido en la norma, que más bien parece pensar en una figura de carácter independiente a la del propio deudor, algo que puede no quedar suficientemente asegurado si es este último quien propone su identidad, especialmente, si como tendremos ocasión de analizar más adelante, apostamos por una función esencialmente de supervisión por parte del experto, en línea con lo que se recoge sobre esta institución en el artículo 22 de la reciente

¹¹² La misma Guía se cuida de precisar que esa documentación mínima no será necesaria cuando quien solicite el nombramiento de experto sea una microempresa, sin perjuicio del deber del deudor de colaborar con el experto designado por el juzgado y de proporcionarle la información que este le requiera para poder monitorizar el proceso.

¹¹³ Véase, en dicho sentido: GALLEGO CÓRCOLES, A.: *op. cit.*, pp. RR-2.5., nota 50.

Propuesta de Directiva sobre insolvencia¹¹⁴. En cualquier caso, eso sí, cabe presuponer que la persona designada, si ha sido propuesta por el propio deudor, no se halla incurso en ninguna de las incompatibilidades previstas en el artículo 64 del TRLC para los administradores concursales, de entre las que destaca, a estos efectos, la que afecta a «*quienes hayan prestado cualquier clase de servicios profesionales al deudor o a personas especialmente relacionadas con este en los últimos tres años, así como quienes durante ese plazo hubieran compartido con aquel el ejercicio de actividades profesionales de la misma o diferente naturaleza*». E, igualmente, habrá que tener en cuenta también las que prevé el artículo 675 del TRLC, en este caso, para los expertos en reestructuración¹¹⁵.

En segundo lugar, a diferencia de lo que sucede con el nombramiento de administrador concursal, en el que el artículo 66 establece el deber de aceptación, en el caso que estamos analizando ahora el tercero podrá rehusar el ofrecimiento efectuado por el juez (artículo 224 *quater* 1 *in fine* del TRLC), sin que ello implique las consecuencias que se producen en caso de no aceptación de la designación por el administrador concursal (artículo 70 TRLC). Parece que ello puede obedecer a una justa correspondencia con el carácter facultativo y no necesario de esta solicitud por parte del deudor¹¹⁶.

En cuanto a la retribución, el juez deberá fijarla en atención al valor de la unidad o unidades productivas objeto de adquisición, lo que nos plantea el problema de quién se encarga de efectuar dicha valoración, puesto que debemos insistir en que nos hallamos ante un escenario extramuros del procedimiento concursal, en el que no queda más remedio que concluir que esa tarea solo podrá llevarse a cabo por el propio deudor, ya que el juez va a carecer de elementos suficientes para poder determinarla por su propia cuenta.

Sea como fuere, lo que parece evidente es que el legislador se ha apartado de la regla seguida en otros casos, como el del administrador concursal, en los que la retribución se determina de forma objetiva, lo que, entre otras consecuencias, puede representar un considerable aumento de la carga de trabajo para el juez derivado de su concreción¹¹⁷. En otro orden de cosas, será el deudor, como no puede ser de otro modo, quien deba hacerse cargo de la retribución, con la particularidad de que, si finalmente es declarado en concurso de acreedores, aquella parte de la retribución que no hubiera sido percibida aún, tendrá la consideración de crédito contra la masa (artículo 224 *sexies* 3 del TRLC).

¹¹⁴ En el auto del Juzgado de lo Mercantil nº1 de Cantabria, de 14 de octubre de 2022 (ROJ: AJM S 2233/2022), es el juez quien decide libremente la identidad del experto, si bien es cierto que no consta la existencia de propuesta alguna en este sentido por parte del deudor.

¹¹⁵ «*No podrán ser propuestos ni nombrados expertos en la reestructuración y, en caso de ser nombrados, no podrán aceptar las siguientes personas: 1. ° Quienes hayan prestado servicios profesionales relacionados con la reestructuración al deudor o a personas especialmente relacionadas con esta en los últimos dos años, salvo que se prestaran como consecuencia de haber sido nombrado experto en una reestructuración previa. 2. ° Quienes se encuentren en alguna de las situaciones de incompatibilidad previstas en la legislación en materia de auditoría de cuentas en relación con el deudor o las personas especialmente relacionadas con este*».

¹¹⁶ RUBIO VICENTE, P. J.: «Nuevas reglas de enajenación de unidades productivas...», *op. cit.*, p. 11.

¹¹⁷ La reciente Guía de buenas prácticas, de carácter orientativo y no vinculante, para el nombramiento de experto en fase preconcursal («prepack»), aprobada por los magistrados/as de los juzgados mercantiles de Madrid, en junta reunida el día 21 de febrero de 2023, establece ya una serie de criterios al respecto.

Del mismo modo, el Acuerdo nº2/2022, de 25 de octubre de 2022, adoptado por los Jueces de lo Mercantil de Sevilla, ha precisado que la retribución del experto se fijará de acuerdo con lo dispuesto para la fase de liquidación en el arancel de retribución de la administración concursal (<https://www.icas.es/wp-content/uploads/ACUERDO-2.22.pdf>).

Ahora bien, ¿qué sucede con esta retribución si, como resulta posible, el experto cumple sus funciones y la venta o la declaración de concurso no llegan a producirse? La cuestión no es nada sencilla de esclarecer y solo podemos presumir que si no se declara el concurso, el experto debería percibir la retribución a cargo del precio obtenido por la venta, ya que su actuación ha sido imprescindible para lograr la transmisión¹¹⁸. Y, si la venta no se produce, habrá que entender también que corre a cargo del deudor, siguiendo ello las reglas concursales o generales en función de que se haya declarado finalmente o no el concurso¹¹⁹.

Por lo demás, según indica el artículo 224 *quater* 2 *in fine*, este derecho a la retribución puede o no vincularse, de modo total o parcial, a la obtención de resultados. Nuevamente, esta previsión nos plantea algunas cuestiones interesantes, como pueden ser los criterios que debe utilizar el juez para condicionar o no la retribución, que no aparecen explicados ni detallados en la norma, o lo que deba entenderse por resultado como elemento condicionante de la retribución, ya que no se aclara si con ello se refiere a la simple culminación de la venta o a su enajenación por encima de un determinado valor. A la vista de ello, no cabe otra conclusión que la de dejar de nuevo en manos del juez la decisión final sobre estos extremos.

En el auto, ya reseñado, del Juzgado de lo Mercantil nº10 de Barcelona, de 13 de diciembre de 2022, el juez se inclina por determinar la retribución por medio de una cantidad fija, pactada previamente entre el deudor concursado y la sociedad profesional, a la que se añade una prima adicional de éxito del 2% del precio de venta en caso de conseguirse la enajenación de la unidad productiva. En este último sentido, la propia resolución se encarga de aclarar que «*el encargo del experto se agota bien por expiración del plazo, bien con la presentación de las ofertas recabadas al solicitante, sin que sea necesaria la perfección ni ejecución de la compraventa*», lo que implica que la retribución inicial no está condicionada a la obtención de éxito alguno.

Con todo, cabe consignar la existencia de opiniones que critican abiertamente la indefinición con la que el TRLC ha resuelto el tema de la retribución del experto, particularmente, en lo referido a la prima de éxito. Se argumenta, en este sentido, que si la retribución solo se vincula al buen fin de la operación, se puede minar la credibilidad e independencia del experto, cuya ganancia queda solo asegurada en caso de que se realice la venta, al margen de su mayor o menor conveniencia para los intereses generales del concurso. De ahí que se afirme que, en realidad, el cobro de los eventuales honorarios, o de una prima de éxito, no debiera nunca depender de que se produzca o no la enajenación, sino de que el precio obtenido por la misma sea superior al valor estimado inicialmente, alineando de este modo los intereses del experto con los del juez y los de la masa¹²⁰.

Sobre esta misma cuestión, en el auto del Juzgado de lo Mercantil nº1 de Cantabria, de 14 de octubre de 2022 (ROJ: AJM S 2233/2022), el resultado se identifica con la obtención de ofertas, no con la efectiva transmisión de la unidad productiva, ya que esto último depende, en primera instancia, de la voluntad del deudor y, posteriormente, de la autorización judicial de venta. De este modo, la retribución del experto, cuya labor se centra, según el juez, en la obtención de información, comprobación y delimitación del perímetro de la unidad productiva, para

¹¹⁸ Véase, en dicho sentido: RÍOS LÓPEZ, Y.: «Pre-pack concursal: una solución para la venta de empresas en crisis», en *Boletín Mercantil*, Lefebvre, nº 93.

¹¹⁹ Sobre este particular, en la reciente Propuesta de Directiva sobre insolvencia se advierte expresamente que «*los Estados miembros velarán por que la remuneración del supervisor sea abonada: a) por el deudor en caso de que no se produzca la fase de liquidación posterior; b) por la masa del concurso como gasto administrativo preferente cuando se produzca la fase de liquidación posterior*».

¹²⁰ THERY MARTÍ, A.: «El pre-pack en la Propuesta de Directiva de 7 de diciembre de 2022», en *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones*, nº9 (2023), pp. 93-131, en concreto, pp. 106 y 107.

posteriormente dar publicidad y recabar a posibles interesados con el objeto de valorar sus eventuales ofertas, no puede quedar condicionada única y exclusivamente a la materialización efectiva de la venta. Además, para fijar el parámetro de cálculo de la retribución, no debe considerarse solo el eventual ingreso efectivo de numerario como parte de la contraprestación del comprador, ya que suele ser habitual también que esta se satisfaga en parte mediante la asunción de pasivos de la transmitente. De ahí que el parámetro de cálculo deba ser siempre el valor de la unidad productiva.

Por último, el artículo 224 *quater in fine* del TRLC nos indica que la resolución por la que se acuerda el nombramiento del experto se mantendrá reservada, lo que, sin duda, es consecuencia directa de ese carácter preconcursal del mecanismo al que nos estamos refiriendo, en el que todavía no habrá lugar a la publicidad propia y característica del procedimiento concursal. Con ello, además, se evita dar publicidad o conocimiento a una situación que, por el descrédito que puede suponer para el deudor, solo puede contribuir a minimizar el valor de venta de esa unidad o unidades productivas.

c. *La labor del experto y su resultado*

Una vez efectuado el nombramiento y aceptado, en su caso, el encargo, el experto deberá llevar a cabo la actividad para la que ha sido designado, para lo cual precisará contar con la colaboración del deudor, quien deberá facilitarle toda la información y documentación necesarias para llevar a cabo esta tarea de prospección, encaminada a la identificación de posibles terceros interesados en la adquisición de una o varias unidades productivas. Lo cierto es, sin embargo, que el nuevo TRLC no precisa mucho más, ni tan siquiera precisa la duración del encargo¹²¹.

En realidad, el artículo 224 *septies* del TRLC tan solo nos aclara que el tercero que efectúe la oferta no puede actuar por cuenta del propio deudor y, aunque a diferencia del supuesto del artículo 224 *bis* del TRLC no se mencione expresamente la posibilidad de que ese tercero sea un acreedor, no se perciben motivos o razones suficientes que permitan sostener lo contrario. Del mismo modo que tampoco los existen para entender también incluidas en ese ámbito a las personas especialmente relacionadas con el deudor¹²².

Con relación a esta última cuestión, tal vez sea interesante consignar que la Propuesta de Directiva sobre insolvencia, en su artículo 31, contempla expresamente dicha posibilidad, advirtiendo tan solo que, en tales supuestos, deberán cumplirse las siguientes condiciones: (i) que se haya declarado al experto y al juez esa especial relación con el deudor; (ii) que los demás potenciales oferentes reciban información adecuada sobre la existencia de esa relación; y (iii) que se conceda a esos otros potenciales oferentes tiempo suficiente para la presentación de su oferta. Además, si la oferta de esa persona especialmente relacionada con el deudor es la única existente, tanto el juez como el administrador concursal deberán rechazarla si no supera la prueba del interés superior de los acreedores, entendiéndose como tal, según la propia Propuesta

¹²¹ De nuevo, la Guía aprobada por los jueces de lo Mercantil de Madrid nos ofrece algunos criterios al respecto, a saber: (i) en insolvencia actual, la duración del cargo del experto independiente no podrá ser superior a dos meses, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 224 *quinquies* del TRLC; (ii) en insolvencia inminente, la duración del cargo no podrá ser superior a tres meses, prorrogables excepcionalmente por otros dos meses más, por aplicación analógica de lo dispuesto en los artículos 224 *quinquies*, 607, 683.3 y 690 del TRLC; y (iii) en probabilidad de insolvencia, la duración del cargo no podrá ser superior a tres meses, prorrogables excepcionalmente por otros tres meses más, por aplicación analógica de lo dispuesto en los artículos 224 *quinquies*, 607, 683.3 y 690 del TRLC.

¹²² Véase, en el mismo sentido: RUBIO VICENTE, P. J.: «Nuevas reglas de enajenación de unidades productivas...», *op. cit.*, p. 11.

(artículo 2, letra h), aquella según la cual «ningún acreedor se vería perjudicado en caso de liquidación en un procedimiento de pre-pack en comparación con su situación si se aplicara el orden normal de prelación de la liquidación en caso de liquidación fragmentaria».

Sea como fuere, habría sido de agradecer una mayor precisión en cuanto al alcance del cometido o de las funciones del experto, en línea con los protocolos prepack judiciales anteriores a la reforma de la Ley 16/2022, en los que, entre otras cuestiones, se contemplaba, al menos, la emisión de un informe final valorando el proceso de venta y la oferta u ofertas propuestas¹²³, y del cual no se efectúa mención alguna en el texto legal finalmente aprobado. De hecho, el tenor literal del artículo 224 *ter* del TRLC, al limitarse a decir que su función es la de recabar ofertas de adquisición, plantea legítimamente la cuestión de si ello implica una labor meramente pasiva o si, por el contrario, le es exigible una función de carácter más proactivo¹²⁴.

A los efectos anteriores, la reciente Guía aprobada por los jueces de lo Mercantil de Madrid ha venido a precisar algo dicho extremo, al indicarnos, sin ánimo exhaustivo, que la labor del experto se extenderá a los siguientes extremos: (i) asistir al deudor en la preparación de las operaciones de delimitación del perímetro de la unidad productiva; (ii) comprobar que el valor de la unidad productiva supera el valor de mercado de los activos individuales integrados dentro del perímetro; (iii) conocer y familiarizarse con la actividad y negocio en funcionamiento; (iv) verificar y supervisar que el proceso de venta es abierto, objetivo, concurrente y transparente, pudiendo emitir recomendaciones a tal fin; (v) asistir en la búsqueda y selección de ofertas; (vi) para el caso de que dentro de la unidad productiva haya bienes afectos al pago de un privilegio especial, es recomendable que el experto verifique que se ha informado de ese proceso de venta a los acreedores privilegiados (artículo del 224 TRLC), así como a los representantes legales de los trabajadores (artículo 220 del TRLC); (vii) presentar al Juzgado de lo Mercantil un informe en el que documente cómo se ha desarrollado ese proceso de venta y cuál ha sido su resultado, indicando, en su caso, la oferta seleccionada y si la misma es acorde al valor de mercado y al interés de los acreedores; y (viii) emitir cuantos informes le sean requeridos por el Juzgado de lo Mercantil.

Con relación a ello, debemos traer nuevamente a colación el contenido de la reciente Propuesta de Directiva sobre insolvencia, por cuanto su artículo 22 nos ofrece una regulación de esta figura, bajo la denominación de «supervisor», que genera ciertas dudas con respecto a si nuestro TRLC vigente se acomoda, en este concreto aspecto, al texto comunitario proyectado. Muy en particular, el apartado segundo del citado artículo dispone que los Estados miembros velarán por que el supervisor (experto) documente cada fase del proceso de venta e informe acerca de ellas; justifique por qué considera que el proceso de venta es competitivo, transparente y equitativo y cumple las normas del mercado; recomiende al mejor licitador como adquirente del prepack; e indique, finalmente, si considera que la mejor oferta no constituye una violación manifiesta del criterio de la prueba del interés superior de los acreedores.

De la lectura de estas funciones, se ha concluido que la labor del supervisor, como su propio nombre indica, es la de supervisar el proceso competitivo de venta realizado por iniciativa del

¹²³ Especialmente relevante, en este sentido, fue el Acuerdo de los Jueces de Mercantil de Barcelona, de 20 de enero de 2021, en el que se detallan las siguientes funciones: «a) asistir y supervisar al deudor en la preparación de operaciones; b) familiarizarse con el negocio; c) informar a los acreedores del proceso, participando, en su caso, en las negociaciones, especialmente, con los acreedores privilegiados y públicos, así como con los representantes de los trabajadores; d) verificar y supervisar la regularidad, publicidad y transparencia en la preparación de operaciones sobre los activos de la empresa, especialmente garantizando la igualdad de acceso a la misma información y oportunidades entre los potenciales interesados o postores y la justa competencia; y e) emitir un informe final de la gestión realizada y, en particular, de las ventas preparadas sobre los activos de la empresa».

¹²⁴ COHEN BENCHETRIT, A.: *op. cit.*, p. 140.

deudor, pero es importante recalcar que ese supervisor no es quien lleva a cabo el proceso de selección, sino solo quien lo supervisa, pudiendo amonestar al deudor o a sus asesores para que su labor no pueda quedar en entredicho en su informe final que entregará al juez. En este sentido, se argumenta, no sin razón, que solo podrá informar de manera eficaz y objetiva quien no haya llevado a cabo en primera persona aquello que va a ser objeto de supervisión¹²⁵. Esta cuestión pone de relieve las incógnitas que plantea nuestro TRLC vigente en tan importante materia, que a buen seguro obligarán en un futuro próximo a precisar y aclarar, de modo más exacto, las funciones que debe desarrollar el experto (supervisor) y también, cómo no, toda la temática referida a su responsabilidad, de la que, a diferencia de la Propuesta de Directiva sobre insolvencia, se guarda un elocuente silencio¹²⁶.

Por lo que se refiere ya propiamente al contenido de la oferta de adquisición recabada por el experto, más allá del compromiso de pago al contado (artículo 224 *ter* del TRLC) -exigencia esta que no acaba de comprenderse y que supone, por consiguiente, la exclusión de posibles ofertas con pago aplazado¹²⁷-, el oferente deberá asumir la obligación de continuar o de reiniciar la actividad con la unidad o unidades productivas a las que se refiera la oferta por un mínimo de dos años¹²⁸, dando igualmente lugar el incumplimiento de este compromiso a la posibilidad de que cualquier afectado pueda reclamar al adquirente la indemnización de los daños y perjuicios causados.

Una vez que hemos explicado en sus líneas generales este nuevo régimen legal, contenido en los artículos 224 *ter* a *septies* del TRLC, consideramos conveniente distinguir los distintos supuestos o escenarios en los que entendemos se puede desenvolver la labor de este experto o, si se prefiere, en los que puede desembocar esa labor de prospección de posibles interesados en la adquisición de una o varias unidades productivas del deudor. De este modo, podemos diferenciar, a nuestro juicio, dos situaciones distintas.

d. La enajenación de unidad productiva por medio de oferta recabada por experto designado por el juez, efectuada sin declaración de concurso de acreedores

La hipótesis a la que nos vamos a referir a continuación se enmarca en una fase o estadio anterior a la declaración de concurso, y halla su justificación en el hecho de que el artículo 224 *ter* del TRLC no vincula, en ningún momento, la solicitud de nombramiento de un experto, ni tan siquiera su designación posterior, a la necesaria solicitud de declaración de concurso por parte del deudor. De hecho, como hemos visto anteriormente, uno de los presupuestos objetivos de esta hipótesis en cuestión descansa precisamente en la probabilidad de insolvencia de ese deudor, situación esta que no ampara la declaración de concurso, al no ser presupuesto objetivo de esta¹²⁹.

¹²⁵ Puede verse, en este sentido: THERY MARTÍ, A.: *op. cit.*, pp. 103 y 104.

¹²⁶ El artículo 31 de la Propuesta, en sede de responsabilidad del supervisor, señala que «*los Estados miembros velarán por que el supervisor y el administrador concursal sean responsables de los daños que el incumplimiento de sus obligaciones en virtud del presente título cause a los acreedores y terceros afectados por el procedimiento de pre-pack*».

¹²⁷ Véase, en parecido sentido: ALCOVER GARAU, G.: *op. cit.*, p. 5; y RUBIO VICENTE, P. J.: «Nuevas reglas de enajenación de unidades productivas...», *op. cit.*, p. 13.

¹²⁸ Repárese aquí la diferencia con el plazo mínimo de tres años contemplado en el artículo 224 *bis* 1 del TRLC, pendiente de homogeneizar por medio del Proyecto de Ley Orgánica de eficiencia organizativa del servicio público de Justicia.

¹²⁹ Véase, en el mismo sentido. GALLEGO CÓRCOLES, A.: *op. cit.*, p. RR-2.5.

Siendo ello así, resulta perfectamente posible que aquel deudor que prevea que, de no alcanzarse un plan de reestructuración, no podrá cumplir regularmente sus obligaciones que venzan en los próximos dos años –concepto legal de la probabilidad de insolvencia recogido en el artículo 584.2 del TRLC-, presente una solicitud ante el juez de lo Mercantil en la que solicite el nombramiento de un experto para recabar ofertas de adquisición de una o varias de sus unidades productivas.

Sin embargo, llegados a este punto, es necesario convenir que, una vez efectuada dicha solicitud y logrado el nombramiento del experto, la norma no establece en ningún momento tampoco la obligación del deudor de presentar un plan de reestructuración para su homologación ante el juez. Cierto es que el artículo 224 *quinquies* señala que el nombramiento del experto no exime a ese deudor del deber de solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer el estado de insolvencia actual, pero, insistimos, nada impide que esa situación no se acabe dando y que, por consiguiente, el deudor siga situado extramuros del procedimiento concursal.

Por consiguiente, es verdaderamente factible que el experto designado por el juez haya recabado ofertas de adquisición de esa unidad o unidades productivas y que, valoradas convenientemente y aceptada o aceptadas una o varias de ellas, esa enajenación o enajenaciones en particular se produzca, como decíamos, no solo en una fase anterior al concurso, sino incluso sin la presentación previa de un plan de reestructuración. Si se observa con atención, el supuesto que estamos describiendo se aproxima mucho al mecanismo de prepack concursal auspiciado por nuestra jurisprudencia con anterioridad a la reforma del TRLC, con la particularidad, eso sí, de que antes se enmarcaba mayoritariamente en el contexto de un plan de liquidación, sobre la base del anterior artículo 530 del TRLC¹³⁰.

De ser ello así, lo relevante es tener en cuenta que habremos asistido a la venta de una parte del patrimonio del deudor que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 224 *septies* 2 del TRLC, supondrá para su adquirente la obligación de continuar o de reiniciar la actividad con la unidad o unidades productivas a las que se refiera su oferta por un mínimo de dos años. Sabemos también que el incumplimiento de este compromiso dará lugar a cualquier afectado pueda reclamar al adquirente la indemnización de los daños y perjuicios causados, lo que puede resultar un desincentivo considerable para potenciales adquirentes de esos activos.

Sin embargo, lo verdaderamente relevante es que la venta de la unidad productiva en esta fase abiertamente extramuros del concurso, queda plenamente sometida a las reglas generales mercantiles, administrativas, tributarias, laborales y de seguridad social, aplicables a cualquier otro tipo de enajenación, y particularmente, siendo ello lo más relevante, a las reglas de la sucesión de empresa y a la responsabilidad solidaria del adquirente por deudas tributarias, laborales y de seguridad social. Un argumento que sostiene esta importante conclusión es la eliminación del texto del Anteproyecto de Ley de reforma del TRLC, del artículo 224 *octies*, que explícitamente indicaba que, «*en todo lo no previsto en este Título (sic) serán de aplicación las normas contenidas en la subsección anterior sobre enajenación de unidades productivas*»¹³¹.

¹³⁰ Constituyen un buen ejemplo de esta línea jurisprudencial los autos de 29 de julio de 2020, dictados por los Juzgados de lo Mercantil nº7 y nº10 de Barcelona, en dos preconcursos coordinados, a los que siguieron sendos autos de 30 de octubre de 2020, por los que la venta preparada en un escenario preconcursal con participación del administrador interino, posterior administrador concursal, fue autorizada a los tres días de la solicitud de concurso.

¹³¹ Como advierte GALLEGO CÓRCOLES (*op. cit.*, p. RR-2.5) la mención al «Título» era, sin duda, un error, puesto que debía referirse a la «subsección».

Esta supresión expresa y consciente del legislador es la que nos permite concluir que no se ampara una transmisión de unidad productiva fuera del concurso, pero con los mismos efectos que si hubiera tenido lugar en sede concursal, ya que si así se hubiera querido, así se hubiera dispuesto, como en tantos otros casos en los que se prevé una remisión expresa a un determinado régimen¹³². De hecho, en el reciente auto del Juzgado de lo Mercantil nº10 de Barcelona, de 13 de diciembre de 2022, se vislumbra ya claramente esta posición, al indicarnos que el solicitante, mientras no sea declarado en concurso, mantendrá intactas sus facultades de gestión y administración, también obviamente para la venta de unidades productivas, que solo gozarán de los efectos de los artículos 215 y siguientes del TRLC si son efectuadas una vez declarado ya el concurso¹³³.

Situados en este contexto, avanzando un paso más, lo que podemos plantearnos es qué ocurrirá si, en los dos años siguientes a esa adquisición, el deudor es finalmente declarado en concurso de acreedores. En particular, la cuestión fundamental que se suscita es si la adquisición de referencia puede ser objeto de rescisión al amparo de lo dispuesto en el artículo 226 del TRLC, cuyo contenido, tras la significativa reforma de la Ley 16/2022 en este aspecto, conviene recordar. En efecto, dicho precepto contempla dos situaciones distintas:

- a) Por un lado, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la solicitud de declaración de concurso, así como los realizados desde esa fecha a la de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta (artículo 226.1 del TRLC).
- b) Y, por otro, serán igualmente rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la comunicación de la existencia de negociaciones con los acreedores o la intención de iniciarlas, para alcanzar un plan de reestructuración, así como los realizados desde esa fecha a la de la declaración de concurso, aunque no hubiere existido intención fraudulenta, siempre que no se hubiera aprobado y homologado judicialmente un plan de reestructuración y que, además, el concurso se declare dentro del año siguiente a la finalización de los efectos de esa comunicación o de la prórroga que hubiera sido concedida (artículo 226.2 del TRLC).

Pues bien, en este escenario, si la enajenación se considera perjudicial para la masa activa, aunque no haya existido intención fraudulenta, no queda otra conclusión posible que la de entenderla rescindible, como cualquier otro acto realizado por el deudor en ese mismo contexto, sin que la intervención o participación de un experto designado por el juez tenga valor suficiente para determinar su inmunidad frente a los acreedores que se estimen

¹³² A la misma conclusión llegan AZOFRA VEGAS, F.: *op. cit.*, p. 50; GALLEGO CÓRCOLES, A.: *op. cit.*, p. RR-2.5; y LÓPEZ BARRAU, P.: «La unidad productiva tras la reforma del texto refundido de la Ley Concursal», en *Actualidad profesional. Dictum Abogados*, 16 de noviembre de 2022, enlace disponible en: <https://dictumabogados.com/e-dictum-publicaciones-derecho-mercantil/la-unidad-productiva-tras-la-reforma-del-texto-refundido-de-la-ley-concursal/30444/>

¹³³ En efecto, indica literalmente el auto citado que «*el solicitante, mientras no sea declarado en concurso, mantendrá sus facultades (sin intervención ni suspensión) también para la venta de activos esenciales (sin blindaje legal frente un examen de posible perjuicio rescisorio), pero la venta solo gozará de los efectos previstos en los artículos 221 a 224 TRLC si se realiza una vez declarado el concurso*».

En sentido similar se expresa la Guía aprobada por los magistrados/as de los juzgados mercantiles de Madrid, en junta reunida el día 21 de febrero de 2023, en cuyo apartado octavo se señala que, fuera del escenario concursal, si el deudor quiere vender la unidad o unidades productivas a favor de la mejor de las ofertas recibidas, podrá hacerlo, al estar en el pleno ejercicio de sus facultades de administración y disposición, pero no podrá apelar a los efectos previstos en los artículos 221 y 224 del TRLC.

perjudicados por la misma¹³⁴. Esta conclusión ha sido refrendada recientemente por el ya citado auto del Juzgado de lo Mercantil nº10 de Barcelona, de 13 de diciembre de 2022, en el que claramente se sostiene que la venta de la unidad productiva, efectuada antes de la declaración de concurso, carece de blindaje legal frente a un examen de posible perjuicio rescisorio.

De cuanto antecede podemos concluir pues que el supuesto de venta de unidad productiva gestionada por experto designado por el juez, en aquellos casos en los que no derive, como veremos a continuación, en su acompañamiento junto a una solicitud de declaración de concurso, será una hipótesis que, aunque posible desde el punto de vista legal, será verdaderamente improbable en la realidad económica en la que vivimos. La aplicación a dicha venta de las reglas generales mercantiles propias de toda enajenación, así como su posible rescisión dentro de los dos años siguientes en las circunstancias comentadas, obligan a pensar que carecerá del atractivo suficiente para su utilización práctica.

e. La oferta de adquisición de unidad productiva recabada por el experto y acompañada a la solicitud del deudor de declaración de concurso voluntario de acreedores

Este mecanismo al que nos vamos a referir ahora parece ser realmente la respuesta de nuestro legislador a la práctica judicial desarrollada con anterioridad a la reforma de la Ley 16/2022, y que dio lugar, como hemos visto, a la aprobación de una serie de protocolos que se englobaron, de modo más o menos genérico, bajo el término de prepack concursal. En efecto, se trata de prever la realización de una tarea previa de prospección del mercado, llevada a cabo por un experto nombrado por el juez, cuya finalidad última es la de recabar ofertas de adquisición de una o varias unidades de productivas, con el objeto de seleccionar una de ellas, la más beneficiosa o conveniente para los intereses generales del futuro concurso, y acompañarla con la correspondiente solicitud de concurso por parte del deudor. De hecho, no podemos olvidar que el mismo artículo 224 *quinquies* aclara expresamente que la designación del experto no exime al deudor, en su caso, del deber de solicitar la declaración de concurso dentro de los plazos establecidos en la normativa concursal.

Por lo que se refiere al contenido de estas ofertas, ya hemos visto al iniciar el estudio de esta intervención de un experto, que el artículo 224 *septies* indica que el oferente deberá asumir la obligación de continuar o de reiniciar la actividad con la unidad o unidades productivas a las que se refiera la oferta por un mínimo de dos años, contrariamente a lo que sucede en el caso del artículo 224 *bis* en el que el plazo de vigencia de ese compromiso de continuidad es de tres años.

Con la previsión de este mecanismo, según han puesto en evidencia algunos autores, en realidad se contemplan dos sistemas de enajenación de la unidad productiva preparados con anterioridad a la declaración de concurso: por un lado, el del artículo 224 *bis* del TRLC, en cuya virtud ya hemos visto que hay una sola propuesta, sin intervención previa de experto, y varios posibles ofertantes en el seno de una subasta llevada a cabo dentro del procedimiento concursal; y, por otro, un sistema especial, en el que un experto lleva a cabo la labor previa antes comentada con el fin de presentar la oferta más adecuada a los intereses generales del concurso¹³⁵.

Con relación a esta última cuestión, se ha señalado también que no se advierte la razón de ser de esta dualidad de soluciones, ya que, «*a fin de agilizar el proceso, hubiera sido más adecuado que se pujase en subasta exclusivamente sobre la oferta ya valorada y que no se admitiesen ofertas*

¹³⁴ Véase, en igual sentido: LÓPEZ BARRAU, P.: *op. cit.*

¹³⁵ Véase, en dicho sentido: ALCOVER GARAU, G.: *op. cit.*, p. 5.

alternativas»¹³⁶. Sin embargo, entendemos que la misma halla su esencia precisamente en las diferencias que se contemplan legalmente para cada una de ellas. Así, para la recogida en el artículo 224 *bis* se contempla, en efecto, ese procedimiento con posibilidad de ofertas alternativas, mientras que en la prevista en el artículo 224 *ter*, al haberse suprimido el numeral *octies* que figuraba en el Anteproyecto de reforma del TRLC, y por consiguiente, la remisión a las normas contenidas en las otras subsecciones de esa sección, puede igualmente concluirse la inadmisibilidad de esas ofertas alternativas y la simplificación de todo el procedimiento.

No obstante, lo cierto es que el nuevo TRLC guarda silencio sobre los efectos y el procedimiento en el que se habrá de dar curso, dentro del procedimiento concursal, a la oferta recabada por un experto en los términos del artículo 224 *ter* y siguientes de dicho texto legal, y ello porque no existe una remisión expresa ni al régimen general de los artículos 215 y siguientes, ni al específico del artículo 224 *bis*, además de situarse en una subsección distinta y separada de la de estos. En base a ello, se hace inevitable plantearse qué sucederá cuando nos encontremos ante una de estas situaciones¹³⁷.

Pues bien, conviene reseñar que este silencio legal ha sido ya abordado, pese a lo reciente de la reforma, por alguna resolución judicial de nuestros juzgados de lo Mercantil. Así, el Acuerdo n°2/2022, de 25 de octubre, de los Juzgados de lo Mercantil de Granada, sobre articulación procesal del prepack y la solicitud de concurso con presentación de oferta de adquisición de una o varias unidades productivas, al cuestionarse cómo debe tramitarse esta oferta dentro del concurso, plantea dos posibles situaciones. La primera, que el deudor presente junto a la solicitud de concurso la oferta que le parezca preferible de entre las recabadas por el experto, en cuyo caso a esa oferta se le dará la tramitación prevista en el artículo 224 *bis*; y la segunda, que la oferta se hubiera obtenido ya bajo los requisitos de publicidad, contradicción y posibilidad de mejora sucesiva, en cuyo caso a dicha oferta se le dará el trámite prevenido en el artículo 518 del TRLC, para las autorizaciones judiciales. La diferencia entre ambas consiste en la aplicación de un distinto plazo de dos o tres años de compromiso de mantenimiento de la actividad por parte del adquirente, según hemos visto en un momento anterior.

Según el propio Acuerdo, la conclusión a la que se llega tiene a su favor los siguientes argumentos: (i) si el mecanismo de los artículos 224 *ter* y siguientes tuviera que canalizarse imperativamente a través del artículo 224 *bis*, lo lógico hubiera sido que, desde un punto de vista de sistemática legal, el mecanismo estrictamente de prepack (artículo 224 *ter* y siguientes) se hubiera situado antes que el mecanismo del artículo 224 *bis*; y (ii) parece lógico, por mera economía procesal, que si el experto ha recabado ofertas con publicidad, contradicción y posibilidad de mejora sucesiva, no deba reiterarse el procedimiento de búsqueda en los términos del artículo 224 *bis*.

Sobre la base de lo anterior, el Acuerdo, que cita a tal efecto otra decisión previa de la Junta de jueces de lo Mercantil de Sevilla¹³⁸, entiende que si el deudor presenta, junto a la solicitud de concurso una oferta obtenida conforme a los artículos 224 *ter* a 224 *septies*, no se seguirá el trámite del artículo 224 *bis*, sino que se sujetará al trámite de la autorización judicial previsto en el artículo 518 del TRLC, permitiéndose exclusivamente alegaciones a todas las partes que deban ser oídas y al administrador concursal, sin que se admitan ofertas nuevas.

¹³⁶ Véase, nuevamente: ALCOVER GARAU, G.: *op. cit.*, p. 5.

¹³⁷ Pueden verse, sobre este particular, las interesantes reflexiones contenidas en ALCOVER GARAU, G.: «La guía de buenas prácticas concursales para el nombramiento de experto en fase preconcursal (prepack): una mala práctica», en *Diario La Ley*, n°10238, 1 de marzo de 2023, pp. 1-4; y LÓPEZ BARRAU, P.: *op. cit.*, pp. 4-6.

¹³⁸ Acuerdo n°2/2022, de 25 de octubre de 2022, sobre articulación procesal del prepack (art. 224 *ter* a 224 *septies*) y la solicitud de concurso con presentación de oferta de adquisición de una o varias unidades productivas.

En síntesis, si el administrador concursal, anteriormente nombrado como experto¹³⁹, y el deudor demuestran que el proceso previo ha sido transparente, concurrente y en igualdad de condiciones, es decir, acreditan que en la fase previa al concurso, se han respetado esos principios, que son los que caracterizan el procedimiento del artículo 224 *bis*, no será necesario respetar de nuevo todo ese proceso, acudiéndose directamente a la vía mucho más sencilla del artículo 518 del TRLC. Ahora bien, si no se demuestra dicho cumplimiento, parece que la conclusión a la que ha de llegarse es la de pasar por el procedimiento del artículo 224 *bis* del TRLC. Con todo, habrá que esperar a ver si el resto de juzgados de lo Mercantil comparten o no este mismo criterio, puesto que ni la sistemática utilizada, ni el tenor literal de los artículos permiten alcanzar una conclusión irrefutable¹⁴⁰.

En este último sentido, la Guía de los magistrados/as de los juzgados mercantiles de Madrid, ya citada, de fecha 21 de febrero de 2023, parece alinearse asimismo en la misma dirección, al considerar que, solicitado ya el concurso, a la oferta de compra de unidad productiva obtenida con motivo de la intervención del experto, no deberá dársele ya el trámite previsto en el artículo 224 *bis* del TRLC, en todos aquellos supuestos en que el informe del experto sea favorable a la operación, por entender en tal caso que la oferta resulta de interés para el concurso. A estos efectos, la Guía razona que, desde la experiencia acumulada a lo largo de la vigencia de la ley concursal, se puede afirmar que si los potenciales interesados saben que, declarado el concurso, se dará una nueva oportunidad de licitar, se abstendrán de participar en el proceso de concurrencia previo, tutelado por el experto, con el fin de no hacer públicas las condiciones de su oferta en ese momento anterior¹⁴¹.

No obstante, la Guía de referencia afirma también que, si el informe del experto es negativo, ya sea porque la oferta no es acorde al valor de mercado, o el valor que se obtiene con la venta de la unidad productiva es inferior a lo que se obtendría con la venta fragmentada de los activos, o sencillamente el deudor no ha seguido un proceso de concurrencia, abierto y transparente, desoyendo las sugerencias que en este sentido le formuló el experto, lo procedente es que el juez inadmita directamente la operación, puesto que el único legitimado para solicitar la autorización judicial a la que se refiere el artículo 518 del TRLC es la administración concursal (anteriormente, el experto), quien con total seguridad se opondrá a solicitar dicha autorización¹⁴². Todo ello, naturalmente, sin perjuicio de que pueda iniciarse, en su caso, un proceso concurrente de venta de unidad productiva, en el seno del concurso, con las debidas garantías.

¹³⁹ De hecho, en el auto del Juzgado de lo Mercantil nº10 de Barcelona, de 13 de diciembre de 2022, se exige que si se acaba declarando el concurso, el experto deberá emitir un informe en el que, entre otros extremos, detalle si la publicidad del proceso ha sido suficiente para garantizar la máxima participación de todos los interesados, así como si la información suministrada a todos los interesados durante el proceso se ha realizado en términos que han garantizado la igualdad de oportunidades. Es decir, debe reflejar ese informe si, a juicio del experto, ha quedado garantizada la libre y justa competencia entre los interesados.

¹⁴⁰ El auto del Juzgado de lo Mercantil nº10 de Barcelona, de 13 de diciembre de 2022, parece decantarse por este mismo criterio, al prever que, en caso de que se declare finalmente el concurso, el experto deberá emitir un informe en el que, entre otros extremos, explique si se han respetado o no esos principios de concurrencia y transparencia, lo que parece obedecer a la necesidad de seguir un procedimiento u otro según el caso.

¹⁴¹ Véase, en sentido similar al expuesto en el texto: THERY MARTÍ, A.: *op. cit.*, p. 108, quien advierte que si los potenciales postores «saben que pueden prescindir de participar en dicho proceso competitivo porque siempre tendrán la oportunidad de reengancharse en la subastilla post-concursal posterior, entonces el proceso competitivo en cuestión está llamado a fracasar y con él todo el sistema».

¹⁴² Coincidimos en este sentido con ALCOVER GARAU, G. («La guía de buenas prácticas...», *op. cit.*, p. 4), quien afirma que, en realidad, este caso es irreal, ya que «no se comprende el porqué el deudor y un tercero presentarán una oferta de adquisición de unidad productiva que directamente se inadmita».

Expuestos estos primeros pronunciamientos judiciales sobre la materia, se hace necesario dejar constancia aquí de la existencia de autorizadas opiniones doctrinales que parecen discrepar abiertamente de esta interpretación del mecanismo contemplado en los artículos 224 *ter* a *septies* del TRLC. Este es el caso, por ejemplo, del profesor ALCOVER GARAU, quien refiriéndose a la Guía antes citada, afirma expresamente que lo que se contiene en ella es un procedimiento nuevo, sin base legal, en el que los jueces de lo mercantil asumen, en realidad, el papel de legisladores, de modo muy similar a lo sucedido con anterioridad a la reforma operada por la Ley 16/2022¹⁴³.

En defensa de su opinión, el autor citado sostiene que, en realidad, la duda acerca del trámite a seguir con la oferta de compra recabada por el experto, y adjuntada a la solicitud de concurso, no existe, ya que tanto si se ha nombrado un experto como si no, debe seguirse siempre el procedimiento regulado en el artículo 224 bis del TRLC, y ello porque, en verdad, no existen dos procedimientos distintos, sino solo uno, al que la Exposición de Motivos de la Ley 16/2022 se refiere con el nombre de «*pre-pack administration*». En este sentido, la razón por la cual el nombramiento del experto se regula en una subsección distinta a la del artículo 224 bis es clara: el nombramiento de experto puede acabar, bien sin solicitud de concurso posterior, haya habido o no oferta y, si la habido, con o sin eventual informe favorable del experto; bien con solicitud de concurso, con o sin oferta¹⁴⁴.

A este último respecto, conviene tener presente, sin embargo, que la reciente Propuesta de Directiva sobre insolvencia, ya citada en un momento anterior, parece decantarse por un sistema de tramitación de la oferta recabada por el experto muy similar al acogido por los jueces de lo Mercantil de Madrid, Sevilla y Granada, que como hemos indicado anteriormente, prescinden del procedimiento del artículo 224 bis del TRLC, si el experto, en su informe, manifiesta que el proceso de selección de la oferta ha sido competitivo, transparente y equitativo¹⁴⁵.

De hecho, en la propia Exposición de Motivos de la Propuesta, en sus páginas 17 y 18, se nos indica claramente que el propósito de la misma es el de prever una serie de salvaguardias para garantizar que se llegue a los compradores potenciales y que se logre el mejor valor del mercado posible como resultado de un proceso de venta competitivo. Y, a tales efectos, estas salvaguardias se configuran de tal modo que los Estados miembros pueden elegir entre garantizar la competitividad, la transparencia y la equidad del proceso de venta llevado a cabo en la fase de preparación, normalmente, de carácter confidencial, o bien organizar una subasta pública rápida tras la apertura del procedimiento concursal propiamente dicho. Es decir, parece

¹⁴³ ALCOVER GARAU, G.: «La guía de buenas prácticas concursales...», *op. cit.*, p. 1.

¹⁴⁴ ALCOVER GARAU, G.: «La guía de buenas prácticas concursales...», *op. cit.*, p. 2.

¹⁴⁵ En efecto, el artículo 26 de la Propuesta dispone expresamente que «*los Estados miembros velarán por que, cuando se abra la fase de liquidación, el órgano jurisdiccional autorice la venta de la empresa del deudor o de parte de la misma al adquirente propuesto por el supervisor, siempre que este último haya emitido un dictamen que confirme que el proceso de venta desarrollado durante la fase de preparación se llevó a cabo con arreglo a los requisitos establecidos en el artículo 22, apartados 2 y 3, y en el artículo 24, apartados 1 y 2*». Por su parte, el artículo 24.1 señala que «*los Estados miembros velarán por que el proceso de venta llevado a cabo durante la fase de preparación sea competitivo, transparente y equitativo y cumpla las normas del mercado*».

Respecto de lo que deba entenderse por estándares de mercado, el Considerando nº26 de la Propuesta explica que «*el cumplimiento de las normas del mercado en este contexto debe exigir que el proceso sea compatible con las normas y prácticas estándar sobre concentraciones y adquisiciones en el Estado miembro de que se trate, lo que incluye una invitación a las partes potencialmente interesadas para que participen en el proceso de venta, la divulgación de la misma información a los compradores potenciales, la capacitación de los adquirentes interesados para ejercer la diligencia debida y la obtención de las ofertas de las partes interesadas a través de un proceso estructurado*».

que en la Propuesta comunitaria se apuesta específicamente por esa doble opción a la que ha recurrido nuestra jurisprudencia en su interpretación de los mecanismos previstos en el artículo 224 *bis* y en los artículos 224 *ter* a *septies* del TRLC¹⁴⁶.

En este contexto, la Propuesta indica, además, que en aquellos casos en los que no se haya respetado ese proceso de transparencia y de libre concurrencia en la selección de la oferta y que, por consiguiente, deba darse curso al trámite de una subasta –en un procedimiento equivalente al contemplado en el artículo 224 *bis* de nuestro TRLC–, esta no durará más de cuatro semanas y deberá iniciarse en un plazo de dos semanas a partir de la apertura de la fase de liquidación (hay que entender aquí, del procedimiento concursal), siendo particularmente relevante que la oferta seleccionada por el experto se utilizará como oferta inicial en la subasta pública, y que es posible que se contemplen medidas de protección al licitador inicial, pero estas deberán ser siempre proporcionadas y adecuadas, sin que disuadan a otras personas potencialmente interesadas en la presentación de ofertas dentro del concurso de acreedores (artículo 26 de la Propuesta).

En cualquier caso, debemos advertir, como ya hemos anticipado en un momento anterior, que el papel asignado al experto en el mecanismo contemplado en los artículos 224 *ter* a *septies* del TRLC, presenta rasgos ciertamente diferenciados del previsto para el supervisor en la Propuesta de Directiva sobre insolvencia. Recordemos, a este respecto, que en esta última norma, su función se limita a supervisar, no a participar directamente en el proceso de selección, de manera que, además de reflejar en su informe final si el proceso de venta que ahora se propone ha sido competitivo, transparente y equitativo, nada impide que el sentido final del mismo sea desfavorable a la operación, puesto que no en vano está en juego también su propia responsabilidad (artículo 31 de la Propuesta).

Más allá de estas interesantes reflexiones, que no hacen sino poner en evidencia las imperfecciones técnicas del texto legal finalmente aprobado, y la más que probable necesidad de su reforma en un escenario temporal no excesivamente lejano, debe recordarse que, si el deudor que ha solicitado el nombramiento de un experto insta finalmente también la declaración de concurso de acreedores, será competente para conocer de la misma el mismo juzgado que hubiera designado a ese experto, pudiendo revocar o ratificar dicha designación, en cuyo último caso adquirirá la condición de administrador concursal (artículo 224 *sexies* 1 y 2 del TRLC).

Esta última posibilidad ha sido criticada por algún autor, al estimar que, si bien es cierto que se asemejaba a la posibilidad que tenía el juez de nombrar administrador concursal en supuestos de concurso consecutivo a aquel que hubiera llevado a cabo, en ese mismo procedimiento, las labores de mediador concursal (artículo 709.1 del TRLC, en su versión anterior a la reforma de la Ley 16/2022), lo cierto es que, en este último caso, el nombramiento era automático, salvo justa causa en contrario, mientras que en el que estamos analizando, la decisión queda sometida siempre al criterio del juez, lo que no deja de crear una cierta inseguridad jurídica. Además, se señala, resuelta cuestionable permitir que quien haya intervenido como experto en

¹⁴⁶ Puede verse, en el mismo sentido, el considerando nº25 de la Propuesta, en el que se señala expresamente que «con el fin de garantizar que la empresa se venda al mejor valor de mercado durante el procedimiento de pre-pack, los Estados miembros deben garantizar unas normas estrictas en materia de competitividad, transparencia y equidad del proceso de venta llevado a cabo en la fase de preparación, o disponer que el órgano jurisdiccional organice una breve subasta pública tras la apertura de la fase de liquidación del procedimiento».

una fase preliminar, pueda ser nombrado después administrador concursal, por el riesgo de falta de imparcialidad e independencia que puede acabar guiando su actuación¹⁴⁷.

a. *Valoración crítica de la nueva regulación*

No nos ofrece duda que el mecanismo de prepack concursal contemplado en el TRLC, que acabamos de exponer en los apartados precedentes, constituye una de las herramientas que más y mejor puede contribuir a la consecución de una solución real y efectiva a las situaciones de insolvencia empresarial. En este sentido, son muchas las esperanzas que se han depositado en el mismo, aunque numerosos también los interrogantes que su aplicación en la práctica ha suscitado. Un buen ejemplo de ello lo constituyen los acuerdos y las guías judiciales que, a semejanza de lo sucedido bajo la vigencia del régimen anterior, han ido ya apareciendo, al objeto de facilitar a los operadores económicos y jurídicos respuestas concretas a las innumerables dudas que su aplicación plantea.

A este último respecto, si bien es cierto que su previsión legal constituye un indudable acierto, no podemos sino insistir también en esas lagunas e imperfecciones que presenta. Siendo bastantes estas, queremos centrar nuestra atención en dos de ellas: por un lado, el encaje entre el procedimiento previsto en el artículo 224 *bis* del TRLC y el contemplado en los artículos 224 *ter* a *septies*; y, por otro, las dudas e incertezas que genera la figura del experto, sus funciones, su retribución y su responsabilidad. En las líneas que siguen, vamos a tratar de recapitular y profundizar en ambos aspectos, proponiendo incluso, al hilo de la reciente Propuesta de Directiva comunitaria sobre insolvencia, algunas propuestas *de lege ferenda*, que posibiliten dotar de un marco de mayor seguridad tan importante materia.

Por lo que se refiere al encaje entre ambos procedimientos, ya hemos visto que se suscitan serias dudas acerca de si, en realidad, nos encontramos ante un único procedimiento, el del artículo 224 *bis*, que deberá ser respetado en todo caso, con independencia de que la oferta presentada con la solicitud de concurso del deudor haya sido recabada o no con la participación de un experto designado por el juez; o si, por el contrario, pueden vislumbrarse dos trámites procedimentales distintos: por un lado, aquel que no ha salido de la esfera de control del deudor y que precisará, por tanto, de un proceso transparente y competitivo en el seno del concurso (artículo 224 *bis*); y, por otro, aquel otro en el que, bajo determinados requisitos y condiciones, podrá prescindirse ya de ese procedimiento, en atención precisamente a que ya se ha llevado a cabo el mismo en un escenario preconcursal (artículos 224 *ter* a *septies*).

Lo cierto es que la regulación ofrece serias dudas al respecto y, pese a que las primeras guías y acuerdos colectivos de los jueces de lo Mercantil, así como las primeras decisiones judiciales, apuestan claramente por la existencia de esos dos procedimientos diferenciados, sería deseable en el futuro próximo que se clarificara, a nivel legal, tan crucial dilema. En este sentido, en línea con lo dispuesto en la Propuesta de Directiva sobre insolvencia, no creemos que lo relevante sea definir o decidir si existen dos procedimientos o tan solo uno, sino precisar, de manera clara e indubitada, cuál es el trámite que debe seguir, en sede concursal, la oferta que se acompaña a la solicitud de concurso presentada por el deudor, provenga o no de una labor previa llevada a cabo por un experto designado por el juez.

De este modo, si la oferta no ha salido, por así decir, de la esfera de control del deudor, y se quieren obtener los efectos propios de la venta concursal de unidad productiva, parece evidente que la misma solo puede constituir un punto de salida a partir del cual deberá conocerse la opinión del administrador concursal y posibilitar, sobre todo, su mejora por medio de la

¹⁴⁷ Véase, en dicho sentido: RUBIO VICENTE, P. J.: «Nuevas reglas de enajenación de unidades productivas...», *op. cit.*, p. 12.

presentación de ofertas alternativas, al modo y manera recogido en el artículo 224 *bis* del TRLC. En este aspecto, habrá que ver si los plazos que se contemplan en el marco de ese procedimiento son o no suficientes para garantizar o asegurar un cierto nivel de concurrencia en este tipo de ofertas, siendo, en cualquier caso, sumamente relevante el papel del administrador concursal y, en última instancia, del juez, para preservar la defensa del interés superior de los acreedores, lo que debe servir para rechazar aquellas ofertas de adquisición que no mejoren lo que pudiera obtenerse por medio de otras vías concursales.

Por el contrario, si en el escenario preconcursal ha participado un experto designado por el juez, del que se garantice una adecuada independencia, y en su informe final ha puesto en evidencia que la oferta que se acompaña a la solicitud de declaración de concurso por el deudor ha sido seleccionada después de un proceso regido por los principios de concurrencia, transparencia y equidad, no parece razonable que a la misma se le exija afrontar un nuevo procedimiento de contraste ahora ya en el marco del proceso concursal. Y ello por diversos motivos: en primer lugar, porque no deja de ser una duplicidad innecesaria, que retrasa la realización de la operación sin que exista motivo alguno que lo justifique; y, en segundo lugar, porque si los licitantes en la fase preconcursal saben que, al iniciarse el procedimiento de concurso, se abrirá de nuevo la posibilidad de presentar ofertas alternativas a la que acompaña a la solicitud del deudor, muy probablemente carecerán de interés en participar en esa primera fase. De ahí que, en justa correspondencia con el objetivo real perseguido por el legislador, que no es otro que el de anticipar la realización de estas operaciones, resulte recomendable que si el informe del experto es favorable, pueda procederse directamente a la autorización de la propuesta de enajenación que se contiene en la solicitud de concurso presentada por el deudor, sin necesidad de trámite adicional posterior.

Por lo que se refiere a la figura del experto, se hace necesario, a nuestro juicio, un mayor esfuerzo legal en la concreción de su verdadero papel en este mecanismo de prepack concursal, lo que condiciona, a su vez, cuestiones tan importantes como su retribución y su responsabilidad. En este sentido, entendemos que pueden asumirse dos concepciones ciertamente distintas de ese papel: por un lado, la que se ha adoptado en los artículos 224 *ter* a *septies* del TRLC, en la que su función parece centrarse, esencialmente, en una labor proactiva de búsqueda y selección de posibles oferentes interesados en la adquisición de la unidad productiva; y, por otro, la que parece deducirse de la Propuesta de Directiva sobre insolvencia, en la que el mismo término que se utiliza para nombrarlo («*supervisor*»), evidencia la asunción de un rol más centrado en la supervisión, de cara a la emisión de un informe final que deberá ser entregado al juez, de que el proceso preconcursal, por medio del que se ha seleccionado la oferta que acompaña a la solicitud de concurso, ha sido concurrente, transparente y equitativo, y con ello, supera el test del interés superior de los acreedores.

Lo anterior no resulta baladí, por cuanto de ello dependen cuestiones ciertamente relevantes. Ante todo, y en primer lugar, la propia independencia de ese sujeto. No parece razonable, en efecto, que si la labor es esencialmente de supervisión, el juez pueda nombrar, como así ha sucedido en el auto del Juzgado de lo Mercantil nº10 de Barcelona, de 13 de diciembre de 2022, a la propia persona propuesta por el deudor concursado. Con ello, queremos poner de manifiesto que, en el marco de la regulación actual, esta decisión judicial puede ser compartida, pero no lo sería, desde luego, en el de la figura contemplada en el artículo 22 de la Propuesta de Directiva sobre insolvencia.

De conformidad con ello, sería deseable, precisamente para aclarar este primer aspecto, definir cuáles son las funciones que debe llevar a cabo el experto designado por el juez, ya que de las mismas podrá inferirse la admisibilidad de una designación propuesta por el propio deudor, que lo será si su función se limita a la de ser un colaborador o intermediario que actúa comisionado

por el deudor para recabar ofertas de adquisición, pero no lo será si su labor incorpora la supervisión de todo este proceso en aras a garantizar los intereses superiores del concurso.

Desde luego, si tomamos como referencia las funciones que le encomienda la Guía de los jueces de lo Mercantil de Madrid, de 21 de febrero de 2023, en su apartado quinto, no parece que se limiten a esa mera labor de recabar ofertas de adquisición, en estrecha colaboración con el deudor concursado, sino que se le asignan otras tareas que nos hacen pensar en la necesidad de un cierto grado de independencia en el ejercicio de las mismas. Nos referimos, en particular, a las de «*comprobar que el valor de la unidad productiva supera el valor de mercado de los activos individuales integrados dentro del perímetro*», y muy en particular, la de «*verificar y supervisar que el proceso de venta es abierto, objetivo, concurrente y transparente, pudiendo emitir recomendaciones a tal fin*».

Sobre la base de lo anterior, consideramos necesario, *de lege ferenda*, que el legislador aclare, con mayor precisión, cuál es el verdadero alcance de las funciones de este experto, así como su auténtico papel en el mecanismo de prepack concursal. Entre otros motivos, porque como bien se ha evidenciado, no resulta demasiado congruente que se encomiende la emisión de un informe, que debe versar sobre la transparencia y objetividad del proceso, a quien precisamente ha participado y liderado el mismo¹⁴⁸. Y, del mismo modo, se estima oportuno clarificar también toda la temática referida a su retribución, al modo y manera de la percibida por el administrador concursal, estableciendo unos criterios predeterminados que otorguen mayor seguridad jurídica a dicha cuestión, evitando, en todo caso, que si la retribución se vincula solo al buen fin de la operación, pueda quedar en entredicho la propia independencia del experto, estableciéndose expresamente que ese buen fin va referido, no a la enajenación en sí, sino a su conveniencia a los intereses generales del concurso.

Por último, la delimitación precisa del papel a desempeñar por el experto designado por el juez, debe servir asimismo para perfilar con mayor detalle su régimen de responsabilidad, del que nada se dice en el TRLC actualmente vigente. En este sentido, se hace necesario recordar que el artículo 31 de la Propuesta de Directiva sobre insolvencia dispone expresamente que «*los Estados miembros velarán por que el supervisor y el administrador concursal sean responsables de los daños que el incumplimiento de sus obligaciones en virtud del presente título cause a los acreedores y terceros afectados por el procedimiento de pre-pack*». En línea con lo anterior, nos parece absolutamente razonable que, particularmente en el caso de que el experto asuma ese papel de supervisión y de garantía de transparencia del procedimiento, se le asigne un régimen de responsabilidad en consonancia con la importancia de sus funciones, de manera que si a resultados de las mismas, se causa un daño a acreedores o terceros, este deba ser objeto de resarcimiento.

4. La enajenación de unidad productiva en el contexto de un plan de reestructuración

En íntima conexión con lo analizado en el apartado precedente, en el que nos referíamos a la designación judicial de un experto cuya función esencial es la de recabar ofertas de adquisición que permitan la enajenación de una o varias unidades productivas, con el propósito de maximizar su valor y preservar, tal vez, la continuidad de la actividad empresarial del deudor insolvente o en situación de probable insolvencia, debemos referirnos ahora a uno de los mecanismos preconcursales diseñados por el nuevo TRLC, los planes de reestructuración¹⁴⁹,

¹⁴⁸ Véase, de nuevo: THERY MARTÍ, A.: *op. cit.*, pp. 103 y 104.

¹⁴⁹ Puede verse, con carácter general, sobre esta específica figura: LEÓN SANZ, F. J.: «La reestructuración empresarial como solución de la insolvencia», en *Anuario de Derecho Concursal*, nº30 (2013), pp. 75-98.; PULGAR

toda vez que, como veremos a continuación, es perfectamente posible que, entre el contenido de los mismos, se halle precisamente la venta de una o varias de las unidades productivas del deudor.

De hecho, ya hemos señalado repetidamente que en la medida en que la empresa sea viable, la opción por la que se decanta preferentemente el legislador, en consonancia con la Directiva sobre reestructuración, es precisamente la de la reestructuración temprana¹⁵⁰. En este contexto, el deudor que se encuentre en probabilidad de insolvencia, insolvencia inminente o insolvencia actual puede solicitar la homologación de un plan de reestructuración (artículo 584.1 del TRLC), teniendo dicha consideración, entre otras muchas situaciones, las transmisiones de activos, unidades productivas o de la totalidad de la empresa en funcionamiento, siempre que tengan como propósito la modificación de la composición, de las condiciones o de la estructura del activo y del pasivo del deudor, o de sus fondos propios (artículo 614 del TRLC).

Constituye esta una de las principales novedades incorporadas con ocasión de la reforma operada por la Ley 16/2022, puesto que, hasta ese momento, la venta de una unidad productiva no aparecía en la relación de medidas o efectos sobre los que podía versar una homologación de acuerdo de refinanciación o un acuerdo extrajudicial de pagos¹⁵¹. En la actualidad, parece evidente ya que, con la nueva regulación del Derecho preconcursal, podrá someterse a la consideración de los acreedores, y a la posterior y preceptiva autorización judicial, una herramienta de reestructuración que contemple, entre su contenido, la enajenación de una o varias unidades productivas del deudor.

Siendo ello así, nos corresponde analizar ahora las particularidades que puede presentar esa adquisición de una o varias unidades productivas en el marco de un plan de reestructuración sometido a la aprobación de los acreedores de ese deudor en situación de probable, actual o inminente insolvencia. Para ello, conviene advertir, ante todo, que no nos hallamos ante un supuesto, como los anteriores, en el que lo que se presenta es una oferta de adquisición susceptible de ser mejorada por otras propuestas alternativas, ya sea en el marco de una subasta (artículos 215 y siguientes del TRLC, salvo el supuesto de venta directa autorizado por el juez, y artículo 224 *bis* del TRLC), o en el de una labor previa de prospección llevada a cabo por un experto independiente (artículo 224 *ter* y siguientes).

En el caso que ahora analizamos, la propuesta de adquisición de una o varias unidades productivas aparecerá incorporada a un plan de reestructuración que, como decíamos, va a someterse a la aprobación de los acreedores. Esto último es importante, ya que, como se ha advertido, no sin razón, el TRLC nada dice, en sede de planes de reestructuración, sobre la delimitación del perímetro de la unidad productiva, sobre la sucesión de empresa a efectos de los trabajadores, contratos, licencias, etc., ni tampoco aparece exigencia alguna al adquirente de un compromiso mínimo de actividad, a diferencia de lo que sucede en los supuestos contemplados en los artículos 224 *bis* y 224 *ter* y siguientes del TRLC¹⁵².

EZQUERRA, J.: *Preconcursalidad y reestructuración empresarial*, Madrid (2021); «Reestructuraciones preconcursales forzosas: el mejor interés de los acreedores», en *Revista de Derecho Mercantil*, nº323 (2022), pp. RR-1.1-RR-1.15; GÓMEZ ASENCIO, C.: *Los acuerdos de reestructuración en la directiva (UE) 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva*, Aranzadi (2019); y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J.: «Los marcos de reestructuración preventiva en el derecho europeo: reflexiones sobre sus fundamentos normativos», en *Las reestructuraciones de la sociedades de capital en crisis*, obra colectiva dirigida por BERMEJO, N., MARTÍNEZ, A. y RECALDE, A., Civitas (2019), pp. 35-66.

¹⁵⁰ BRENES CORTÉS, J.: *op. cit.*, p. RR-2.5.

¹⁵¹ BRENES CORTÉS, J.: *op. cit.*, p. RR-2.5.

¹⁵² Véase, en dicho sentido: LÓPEZ BARRAU, P.: *op. cit.*, pp. 2-4.

Es más, el artículo 633 del TRLC, al referirse al contenido del plan de reestructuración, se cuida de aclarar que, entre otros extremos, como mínimo, deberá incluir una mención a los acreedores cuyos créditos van a quedar afectados por el plan; los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que vayan a ser resueltos; las medidas de reestructuración propuestas, su duración y los flujos de caja estimados del plan; así como las consecuencias globales para el empleo, como es el caso de despidos, acuerdos sobre reducción de jornada o medidas similares.

De conformidad con lo anterior, parece pues que será el contenido de cada concreta oferta la que nos aclarará extremos tan importantes como los anteriormente reseñados, partiendo siempre de la base de que, ante un hipotético silencio, al negocio de transmisión le será de aplicación el régimen mercantil general de compraventa de negocio; en particular, a efectos de sucesión laboral y de Seguridad Social, de asunción de responsabilidad por las obligaciones fiscales derivadas de la explotación del negocio o de necesidad de obtención del consentimiento de las contrapartes de los contratos transmitidos como parte de la unidad productiva.

Sin embargo, si la oferta contiene algunos extremos que deroguen ese régimen general, no puede decirse que ello vaya a ser en detrimento o perjuicio de los acreedores, puesto que ya hemos advertido que se precisará de su aprobación (artículos 627 y siguientes del TRLC). Pero es que, además, si el plan en cuestión contiene medidas cuyos efectos se pretendan extender a acreedores o clases de acreedores que no hubieran votado a favor del plan o a los socios del deudor persona jurídica, o cuando se pretenda la resolución de contratos en interés de la reestructuración, el plan deberá ser sometido a homologación judicial (artículo 635. 1º y 2º del TRLC).

Esta necesaria y preceptiva homologación judicial para determinados supuestos es la que nos invita a concluir que, de conseguirse, podría llegar a extender sus efectos incluso a aquellos acreedores que no hubieran votado a favor del plan, siempre naturalmente que se hubiera obtenido la correspondiente mayoría de acreedores en la votación efectuada al efecto. Del mismo modo, si tras la aprobación y homologación judicial de ese plan de reestructuración, el deudor fuera declarado en concurso dentro de los dos años siguientes a esa circunstancia, la rescisión de la venta de la unidad o unidades productivas ya no sería tan clara como en el caso de venta efectuada extramuros del concurso, puesto que esa homologación judicial está pensada precisamente para ofrecer seguridad jurídica al adquirente¹⁵³.

Por consiguiente, como se ha indicado acertadamente, el auténtico test de que la oferta contenida en el plan es apropiada lo constituye su aprobación por una mayoría suficiente de acreedores y de sus respectivas clases, que vienen a manifestar con ello su conformidad con el resultado que se obtiene con la liquidación del negocio que se lleva a cabo con la venta. Y, en todo caso, la respuesta frente a posibles abusos será la impugnación del plan conforme a los motivos previstos en los artículos 654 y siguientes del TRLC, destacando de manera muy especial la necesidad de superar la prueba del interés superior de los acreedores¹⁵⁴, entendido este como el mayor perjuicio que sufrirían si lo que obtuvieran bajo el plan fuera inferior a lo

¹⁵³ Véase, nuevamente: LÓPEZ BARRAU, P.: *op. cit.*, pp. 2-4; y SANCHO GARGALLO, I.: «La protección de los planes de reestructuración homologados frente a la rescisión concursal», en *Anuario de Derecho Concursal*, nº58 (2023), pp. 253-278.

¹⁵⁴ Se trata esta de una regla importada del derecho anglosajón, que tiene como finalidad esencial garantizar que ningún acreedor disidente se halle, a consecuencia de la aprobación del plan de reestructuración, en una situación peor de la que estaría en caso de liquidación de los bienes del deudor.

que obtendrían en concurso de la venta de activos o de la unidad productiva¹⁵⁵. Cabe consignar, sin embargo, que esta regla resulta ciertamente difícil de aplicar, ya que, como se ha indicado por algún autor, supone traer del futuro al presente un riesgo contingente, basado necesariamente en estimaciones inciertas y futuras¹⁵⁶.

Resulta necesario destacar asimismo que, cuando la venta de la unidad productiva vaya acompañada de la resolución de un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, la parte afectada por la resolución podrá impugnar el auto de homologación en ese específico aspecto en cualquiera de estos dos supuestos: (i) cuando esa resolución del contrato no resulte necesaria para asegurar el buen fin de la reestructuración y prevenir el concurso; y (ii) cuando no sea adecuada la indemnización prevista en el plan por la resolución anticipada del contrato (artículo 657 del TRLC). Ni que decir tiene que ambos motivos dejan un margen de discrecionalidad ciertamente elevado en manos del juzgador, que será quien, en última instancia, deba ponderar la verdadera necesidad de la resolución y, de manera muy especial, la adecuada protección de los intereses de la contraparte afectada por la misma.

Para acabar este somero análisis de las vicisitudes que puede experimentar la enajenación de una unidad productiva en el contexto de un plan de reestructuración presentado por el deudor y homologado por el juez competente, se hace necesario referirse a la eventualidad de su incumplimiento, por cuanto la Ley 16/2022, a diferencia de la regulación anterior, en la que el artículo 628 habilitaba a cualquier acreedor a solicitar la declaración de incumplimiento de un acuerdo de refinanciación, no prevé dicha posibilidad. Es más, el artículo 671 del TRLC indica expresamente que, con la homologación, desaparece la posibilidad de solicitar la resolución del plan de reestructuración por incumplimiento o la desaparición de los efectos extintivos o novatorios de los créditos afectados, salvo que el propio plan previese otra cosa, y con la conocida y consabida excepción tradicional del crédito público¹⁵⁷.

Como bien se ha puesto de relieve, nos hallamos ante una desviación radical frente a la normativa civil general¹⁵⁸, que busca su justificación, según se indica en la Exposición de Motivos de la Ley 16/2022, en incentivar a las partes para que tengan en cuenta un escenario de incumplimiento del plan durante su negociación y regulen los posibles remedios frente al mismo o, incluso, las consecuencias en caso de producirse. De ahí que pueda ser recomendable para los acreedores, a quienes deberá someterse a aprobación el plan presentado por el deudor, en el que puede tener cabida la enajenación de una unidad productiva, exigir la inclusión, por ejemplo, de condiciones resolutorias que permitan la reinstauración de los créditos originarios en caso de que se incumpla el contenido del plan.

¹⁵⁵ Véase, en dicho sentido: ALONSO HERNÁNDEZ, A.: «La compraventa de negocios en crisis según la reforma: planes de reestructuración liquidativos vs. prepack», en *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, nº58, enero-abril (2022), pp. 137-158, en concreto, p. 149.

¹⁵⁶ REBOLLO DÍAZ, P.: *Introducción al Derecho Concursal*, Barcelona (2023), p.72.

¹⁵⁷ Véase, en dicho sentido: FLORES SEGURA, M.: «El incumplimiento de los planes de reestructuración: novedades e incógnitas de la reforma», en *Almacén de Derecho*, 1 de junio de 2022, disponible en el siguiente enlace: <https://almacenederecho.org/el-incumplimiento-de-los-planes-de-reestructuracion-novedades-e-incognitas-de-la-reforma>, quien acertadamente advierte que, en todo caso, esta ausencia de virtualidad resolutoria del incumplimiento no se extiende a otros potenciales efectos del mismo, de manera que resta siempre en manos de los acreedores afectados la posibilidad de recurrir al remedio indemnizatorio o al del cumplimiento específico.

¹⁵⁸ FLORES SEGURA, M.: *op. cit.*

5. Especialidades de la enajenación concursal de una unidad productiva para microempresas

Como es sabido, una pieza clave en la reciente reforma del TRLC, en clara consonancia con la adaptación de nuestro ordenamiento jurídico a la Directiva sobre reestructuración, ha sido la voluntad del legislador de procurar un marco moderno y fiable con el que dar respuesta a las crisis de las microempresas, entendiéndose por tales aquellas empresas que hayan empleado durante el año anterior a la solicitud de inicio del procedimiento especial una media de menos diez trabajadores y tengan un volumen de negocio anual inferior a setecientos mil euros, o un pasivo inferior a trescientos cincuenta mil euros, según las últimas cuentas cerradas en el ejercicio anterior a la presentación de la solicitud (artículo 685 del TRLC)¹⁵⁹.

Según la propia Exposición de Motivos de la Ley 16/2022, las microempresas constituían, a 31 de agosto de 2020, el 93,82% de las empresas españolas y daban empleo a casi cinco millones de personas, lo que representa cerca del 32% del empleo total de nuestro país. Pese a ello, también es harto conocido que este tipo de empresas está sometido a una alta volatilidad y a una enorme rotación, como lo demuestran los datos atinentes a sus expectativas de vida o supervivencia¹⁶⁰. Si a ello se le suma que el sistema concursal se ha mostrado ciertamente ineficaz para dar salida a la crisis que han padecido estas microempresas, se comprenderán inmediatamente las razones que han abogado por la necesidad de diseñar un procedimiento especial para este tipo de empresas que reduzca notablemente los costes fijos del propio sistema¹⁶¹.

Como es natural, el propósito de estas líneas no es ofrecer un panorama completo y detallado de este nuevo régimen, sino única y exclusivamente las particularidades que se pueden dar para el caso de la enajenación concursal de una o varias unidades productivas de una empresa de estas reducidas características. Para ello, es necesario indicar, ante todo, que si bien el TRLC prevé que este procedimiento especial para microempresas podrá tramitarse como procedimiento de continuación o como procedimiento de liquidación (artículo 685.5 del TRLC), tan solo aborda la cuestión referida a la venta de unidades productivas en el contexto de un procedimiento especial de liquidación, ya sea por medio de la aplicación de las reglas contenidas en los artículos 224 *bis* a 224 *quater*¹⁶², a los que se remite expresamente el artículo 710.2 del TRLC, ya sea mediante el procedimiento de liquidación con transmisión de la empresa en funcionamiento previsto en el artículo 694 *bis* y en el 710.1 del TRLC¹⁶³.

¹⁵⁹ El artículo 685 del TRLC se refiere indistintamente a personas naturales o jurídicas, de manera que el procedimiento queda abierto también a empresarios individuales, quienes no solo podrán ejercer una actividad empresarial, sino también profesional, como sería el caso de multitud de profesionales liberales y trabajadores autónomos. Véase, en dicho sentido: RIVAS URBINA, R.: *op. cit.*, p. RR-5.5.

¹⁶⁰ Apartado V de la Exposición de Motivos de la Ley 16/2022.

¹⁶¹ Puede verse, con relación al mismo, VELA PÉREZ, J.: «El procedimiento especial de microempresas», en *Anuario de Derecho Concursal*, nº58 (2023), pp. 475-510.

¹⁶² Observemos que la remisión no lo es al resto de artículos que se refieren a las especialidades del concurso posterior, por cuanto nos hallamos ante un procedimiento de naturaleza especial diseñado para microempresas. Puede verse, en este sentido: RUBIO VICENTE, P. J.: «Nuevas reglas de enajenación de unidades productivas...», *op. cit.*, pp. 13 y 14, quien advierte, sin embargo, que menos clara resulta la exclusión de la regla que dispone la exigencia de continuar o reiniciar la actividad económica durante un mínimo de tres años.

¹⁶³ LÓPEZ BARRAU, P.: *op. cit.*, pp. 5 y 6.

Por lo que se refiere a la primera de las posibilidades, cabe entender por tanto que el deudor puede acogerse a los denominados mecanismos *prepack* concursales¹⁶⁴, puesto que puede haber solicitado el nombramiento judicial de un experto independiente (artículo 224 *ter*), o bien solicitar directamente la declaración de concurso con presentación conjunta de una propuesta vinculante de adquisición formulada por un acreedor o un tercero (artículo 224 *bis*). En este caso, se ha señalado, no sin razón, se aprecia una interconexión entre estos dos artículos que no se refleja en el procedimiento de carácter general ya analizado, en el que ya hemos visto parece que pueden funcionar de modo independiente o separado. Sin embargo, ello no implica necesariamente, a nuestro juicio, que la solicitud y el nombramiento del experto deban preceder siempre y en todo caso a la solicitud de declaración de concurso del deudor¹⁶⁵.

Por lo que respecta a la segunda posibilidad, el artículo 710.1 efectúa una remisión específica a las reglas contenidas en la sección 1ª, del capítulo IV, del título III, del libro I, aunque con una serie de especialidades que se reseñarán a continuación. Como particularidad relevante de este procedimiento para microempresas, el legislador ha dado prioridad a la transmisión de la unidad productiva a través de la venta directa sobre el sistema de subasta, al que solo se recurrirá si no fuere posible aquella (artículo 710.1.3ª del TRLC). A tales efectos, téngase presente que el artículo 707.3 del TRLC indica que el plan de liquidación debe contener una valoración de la empresa o de las unidades productivas realizada por un administrador concursal o, en caso de que no hubiera sido nombrado, por un experto designado al efecto de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 714 del TRLC.

Pues bien, sobre la base de esa valoración es sobre la que debe articularse precisamente esa venta directa. Para ello, el artículo 710.1.2.ª del TRLC señala que la misma se llevará a cabo de acuerdo con los principios de concurrencia y transparencia, a cuyo fin las condiciones generales y el precio fijado de acuerdo con la valoración se notificarán a los acreedores y se publicarán en el Registro público concursal. A partir de ahí, se sucede una suerte de tanteo general por medio del cual la transmisión se llevará a cabo por venta directa a favor del tercero que ofrezca, como mínimo, un quince por ciento más del valor acordado y mantenga el resto de condiciones (artículo 710.1.1.ª del TRLC)¹⁶⁶.

En el caso de que la venta directa resulte infructuosa, no quedará otro remedio que acudir ya a la subasta, en cuyo caso el precio de adjudicación no podrá ser inferior a la suma del valor de los bienes y derechos del deudor incluidos en el inventario (artículo 710.1. 4.ª del TRLC), con el evidente propósito de evitar que la transmisión de la empresa en funcionamiento pueda acabar perjudicando el derecho de los acreedores a su cuota de liquidación. En el supuesto de que concurran varias ofertas y difieran estas en su contenido referido al modo en que se garantiza la continuidad de la empresa, el mantenimiento de los puestos de trabajo o la satisfacción de los

¹⁶⁴ RIVAS ÚRBINA, R.: *op. cit.*, pp. RR-5.5-RR-5.8.

¹⁶⁵ Puede verse, con relación a estas cuestiones: GALLEGO CÓRCOLES, A.: *op. cit.*, p. RR-2.5.

En contra, sin embargo, RIVAS ÚRBINA, R. (*op. cit.*, pp. RR-5.5-RR-5.8.), quien entiende, no sin razón, que hubiera sido deseable concretar mucho mejor el encaje procesal entre el procedimiento de solicitud de concurso con presentación de oferta de adquisición de una o varias unidades productivas y este procedimiento especial de liquidación para microempresas. En opinión del citado autor, para que pueda presentarse una oferta de adquisición de empresa o de unidad productiva con la solicitud de procedimiento especial de liquidación, en la práctica es necesario el previo nombramiento de experto para recabar dichas ofertas, y ello porque el procedimiento se inicia no con la solicitud del concurso con simultánea presentación de oferta, sino con la solicitud del experto para recabar las ofertas, para que, una vez obtenida la oferta, se presente junto a la solicitud del concurso.

¹⁶⁶ La propia Exposición de Motivos de la Ley 16/2022 nos señala que esta regla persigue empujar al alza el precio en la venta directa de la empresa para beneficio de todos los acreedores del procedimiento especial de liquidación.

créditos, el deudor o la administración concursal, una vez oídos los representantes de los trabajadores, elevarán un informe al juez con propuesta de resolución para que sea este quien resuelva lo más pertinente, de conformidad con la regla de preferencia ya analizada del artículo 219 del TRLC.

Todo lo anteriormente reseñado debe completarse, a su vez, con una especial referencia a la plataforma electrónica de liquidación que, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición adicional segunda de la Ley 16/2022, ha puesto ya en marcha el Ministerio de Justicia, y que consiste en un portal público electrónico, de acceso gratuito y universal, previsto para la venta de los activos de las microempresas en liquidación. Naturalmente, esta herramienta puede ser utilizada también para la enajenación de unidades productivas, a cuyo efecto el deudor o la administración concursal podrán incluirlas en la plataforma a efectos de su exposición al mercado, siendo, de hecho, obligatoria dicha inclusión cuando la oferta posterior de adquisición provenga de persona especialmente relacionada con el deudor.

En particular, la información que deberá facilitarse a la plataforma es la siguiente: (i) forma de la persona jurídica concursada; (ii) sector al que pertenece la empresa; (iii) ámbito de actuación; (iv) tiempo durante el que ha estado en funcionamiento; (v) volumen de negocio; (vi) tamaño del balance y número de empleados; (vii) inventario de los activos más relevantes de la empresa; (viii) contratos vigentes con terceros; (ix) licencias y autorizaciones administrativas vigentes; (x) pasivos de la empresa con garantía real y la determinación de los bienes y derechos afectos; (xi) procesos judiciales, administrativos, arbitrales o de mediación en los que estuviera incurso; y (xii) aspectos laborales relevantes.

En la comunicación efectuada por el deudor o el administrador concursal, se determinará qué parte de la información puede ser publicada en abierto y qué parte solo tras su autorización. Una vez accesible la información, los interesados en la adquisición de la empresa o de una de sus unidades productivas comunicarán una expresión de interés no vinculante a través de la plataforma, que trasladará la misma al deudor o a la administración concursal inmediatamente, quienes deberán tramitarla de acuerdo con el sistema de enajenación previsto en el artículo 710 del TRLC, es decir, por venta directa y, en caso de que no sea posible, por subasta.

Por lo demás, conviene añadir que el TRLC contempla asimismo una serie de medidas adicionales, referidas a la suspensión de las ejecuciones, al nombramiento de un administrador concursal y a la solicitud de nombramiento de experto para la valoración de la empresa o de establecimientos mercantiles, que pueden ser solicitadas en el transcurso de este procedimiento especial de liquidación. Por su especial incidencia en la eventual enajenación de una unidad productiva, haremos cumplida referencia a cada una de ellas.

En lo que se refiere a la solicitud de suspensión de las ejecuciones, el artículo 712 del TRLC recoge una norma que puede ser de vital importancia para el buen éxito de la operación, al disponer que, desde la apertura del procedimiento especial de liquidación, y en tanto exista una posibilidad objetiva razonable de que la empresa o las unidades productivas puedan transmitirse en funcionamiento, el deudor podrá solicitar la suspensión de las ejecuciones judiciales o extrajudiciales sobre los bienes y derechos necesarios para la actividad empresarial o profesional que deriven del incumplimiento de un crédito con garantía real, con independencia de si la ejecución se había ya iniciado o no en el momento de la solicitud y de la condición del crédito o del acreedor. Con ello, se pretenden evitar las negativas consecuencias que para la pervivencia y consiguiente transmisión de la empresa o de la unidad productiva pueden representar la ejecución de las garantías reales que pesan sobre un bien indispensable para la continuación de esa actividad.

En estos supuestos, la solicitud del deudor, que se realizará mediante formulario normalizado, será cursada por el letrado de la Administración de Justicia, quien comprobará la concurrencia de los requisitos legales de forma y, en su caso, ordenará su publicación en el Registro público concursal y en el Registro Mercantil y de la Propiedad competentes, notificando electrónicamente la suspensión al acreedor y al juzgado o a la autoridad que estuviese conociendo de la ejecución. Esta suspensión, que producirá efectos desde la recepción de esa notificación, se mantendrá hasta el momento en que se compruebe objetivamente que la empresa no se transmitirá en funcionamiento y, en todo caso, transcurridos tres meses desde el decreto en que se tenga por efectuada la solicitud, momento a partir del cual se levantará de manera automática.

Por lo que respecta a la solicitud de nombramiento de administrador concursal, debemos partir de la base de que el procedimiento especial para microempresas no requiere necesariamente de dicha figura, puesto que el artículo 694 del TRLC dispone expresamente que, desde la apertura del procedimiento especial hasta su conclusión, el deudor mantendrá intactas las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, pudiendo realizar aquellos actos de disposición que tengan por objeto la continuación de la actividad empresarial o profesional, siempre que se ajusten a las condiciones normales de mercado. No obstante, tanto en sede de procedimiento de continuación (artículo 703 del TRLC), como de procedimiento especial de liquidación (artículo 713 del TRLC), resulta perfectamente posible que se solicite una limitación de las facultades de administración y disposición del deudor. En particular, en este último procedimiento, en cualquier momento de su estado, el deudor o los acreedores cuyos créditos representen al menos el veinte por ciento del pasivo total, podrán solicitar el nombramiento de un administrador concursal que sustituya al deudor en sus facultades de administración y disposición. Pues bien, lo relevante, a nuestros efectos, es que ese administrador concursal, según lo dispuesto en el artículo 713.2 del TRLC, podrá emitir opiniones técnicas relativas a la valoración de los activos y de las ofertas de adquisición de la empresa o de unidades productivas, de manera que su participación podrá resultar especialmente decisiva en la concreción definitiva de la operación de venta.

Finalmente, el artículo 714 del TRLC prevé también la posibilidad de que el deudor, los acreedores o, en casos muy excepcionales, el administrador concursal, puedan solicitar el nombramiento de un experto a los solos efectos de la valoración de la empresa o de una o más de sus unidades productivas. En realidad, el artículo 707 del TRLC, al regular la tramitación del plan de liquidación, ya se anticipa a ello, puesto que exige que dicho plan incluya una valoración de la empresa o de las unidades productivas realizada por un administrador concursal o, en caso de que no se hubiera nombrado, por un experto designado al efecto.

Dicha hipótesis plantea, en esencia, dos problemas: por un lado, el nombramiento y la fijación del importe de la retribución de ese experto; y, por otro, el de quien debe hacerse cargo del pago de la misma. Respecto de lo primero, el artículo 714.2 del TRLC vincula dicha cuestión al acuerdo entre el deudor y los acreedores que representen la mayoría del pasivo, aclarando, en su defecto, que será el letrado de la Administración de Justicia quien dirima la cuestión, de conformidad con lo dispuesto para el sistema de nombramiento y retribución de peritos judiciales. Por su parte, la retribución deberá ser satisfecha por el solicitante, que ya hemos visto puede ser el deudor, los acreedores, o incluso el administrador concursal, aclarándose tan solo que si existe ya un administrador concursal nombrado en el procedimiento, no podrá detrarse dicho importe de la masa del concurso, con independencia de quien solicite el nombramiento, y que si la solicitud proviene del deudor, el cobro se producirá en todo caso tras la satisfacción del crédito público privilegiado (artículo 714.3 del TRLC).

6. Bibliografía

ALCOVER GARAU, Guillermo: «La enajenación concursal de unidades productivas, ¿otra oportunidad perdida?», en *La Ley Mercantil*, nº96, noviembre de 2022, pp. 1-5.

ALCOVER GARAU, Guillermo: «La guía de buenas prácticas concursales para el nombramiento de experto en fase preconcursal (prepack): una mala práctica», en *Diario La Ley*, nº10238, 1 de marzo de 2023, pp. 1-4.

ALONSO HERNÁNDEZ, Ángel: «La compraventa de negocios en crisis según la reforma: planes de reestructuración liquidativos vs. prepack», en *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, nº58, enero-abril (2022), pp. 137-158.

ALONSO LEDESMA, Carmen: «La transmisión de la empresa o de unidades productivas del empresario como contenido del convenio concursal», en *E-Prints Complutense*, nº40 (2011).

ARGÜELLES MORA, Almudena: «La venta de unidades productivas en sede concursal como vía para la salvaguarda del tejido empresarial en la nueva Ley Concursal RDL 1/2020», en *Diario La Ley*, nº9826.

ASENCIO PASCUAL, Cristina: «Aspectos de contenido innovador de la venta de unidad productiva a la luz del nuevo TRLC», en *Diario La Ley*, nº9660, 24 de junio de 2020.

AZOFRA VEGAS, Fernando: «Enajenación de unidades productivas», en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, nº54 (2020), pp. 39-66.

BARROS GARCÍA, Mario: «Comentario al artículo 221», en *Comentario al Texto Refundido de la Ley Concursal*, tomo I, 2021, obra colectiva dirigida por Abel VEIGA COPO, pp. 1259-1266.

BETHENCOURT-RODRÍGUEZ, Geraldine: «Concurso de acreedores y venta de unidad productiva: análisis de los límites a la exoneración de responsabilidad», en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº37, 2018, pp. 85-103.

BRENES CORTÉS, Josefa: «Venta de unidades productivas y pre-pack concursal», en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, nº55, mayo-agosto (2021), pp. RR-2.1-RR-2.6.

CALERO GARCÍA, Salvador: *La venta de empresas y unidades productivas en la liquidación concursal*, Valencia (2017).

CAMPUZANO LAGUILLO, Ana Belén: «Los estados de insolvencia», en *Anuario de Derecho Concursal*, nº58, enero-abril (2023), pp. RR-1.1-RR-1.7

COHEN BENCHETRIT, Amanda: « El pre-pack tras la reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre», en *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones*, nº9 (2023), pp. 133-148.

CORDERO LOBATO, Encarna: « La venta de unidad productiva con activos sujetos a garantía real», en *Diario La Ley*, nº8272 (2014).

CÓRDOBA ARDAO, Bárbara: «Los retos futuros de las ventas de unidades productivas en sede concursal», en *Diario La Ley*, nº9617, de 21 de abril de 2020.

CORDÓN MORENO, Faustino: «La enajenación de unidad productiva de la que formen parte bienes o derechos afectos a créditos con privilegio especial», en *Anuario de Derecho Concursal*, nº34 (2015), pp. 91-100.

ENCISO ALONSO-MUÑUMER, María: «Comentario al artículo 324», en *Comentarios al articulado del Texto Refundido de la Ley Concursal*, tomo II, 2020, Madrid, obra colectiva dirigida por PEINADO GRACIA, Juan Ignacio, pp. 891-897.

ESCOLÀ BESORA, María Elisa: «La venta de la unidad productiva en nuestro ordenamiento», en *La venta de la unidad productiva en sede concursal*, 2ª edición, Madrid (2021), obra colectiva dirigida por LLORET VILLOTA, Juan y MARQUÉS VILLALONGA, José María, pp. 83-125.

ETXARANDIO HERRERA, Edorta: «La enajenación concursal de unidad productiva», en *Anuario de Derecho Concursal*, nº43 (2018), pp. 147-185.

FACHAL NOGUER, Nuria: «El Texto Refundido de la Ley Concursal: una selección de sus principales novedades», en *Aranzadi Digital*, 2020, nº1.

FERNÁNDEZ ABELLA, José María: «Novedades en la venta de la unidad productiva, a la luz del Texto Refundido de la Ley Concursal, expectativas y dudas que genera», en *Mercantil y Concursal: revista digital*, Editorial Sepin, nº39 (2021).

FERNÁNDEZ-ACEYTUNO SÁENZ DE SANTA MARÍA, Ramón: «Comentario a los artículos 215 y siguientes», en *Comentario al Texto Refundido de la Ley Concursal*, tomo I, 2021, obra colectiva dirigida por VEIGA COPO, Abel, pp. 1239-1243.

FERNÁNDEZ SEIJO, José María: «La venta de unidades productivas en el procedimiento concursal abreviado», en *Estudios jurídicos en memoria del profesor Emilio Beltrán*, tomo 2º, obra colectiva dirigida por ROJO, Ángel y CAMPUZANO, Ana Belén, Valencia (2015), pp. 2119-2253.

FLORES SEGURA, Marta: «El incumplimiento de los planes de reestructuración: novedades e incógnitas de la reforma», en *Almacén de Derecho*, 1 de junio de 2022, disponible en el siguiente enlace: <https://almacenederecho.org/el-incumplimiento-de-los-planes-de-reestructuracion-novedades-e-incognitas-de-la-reforma>

GALLEGO CÓRCOLES, Ascensión: «Solicitud de concurso con oferta de adquisición de unidades productivas y ventas prepack en la proyectada reforma concursal», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, nº166, 2022, pp. RR-2.1-RR-2.7.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco José: «Los marcos de reestructuración preventiva en el derecho europeo: reflexiones sobre sus fundamentos normativos», en *Las reestructuraciones de la sociedades de capital en crisis*, obra colectiva dirigida por BERMEJO, Nuria, MARTÍNEZ, Aurora y RECALDE, Andrés, Civitas (2019), pp. 35-66.

GARNACHO CABANILLAS, Lourdes: *El convenio de asunción*, Madrid (2014).

GARNACHO CABANILLAS, Lourdes: «La pretendida uniformidad legislativa en materia de enajenación de unidades productivas tras las últimas reformas concursales», en *Anuario de Derecho Concursal*, nº39 (2016), pp. 59-93.

GENTO CASTRO, Zulema: «La venta de la unidad productiva en el concurso», en *El Derecho de la insolvencia. El concurso de acreedores*, obra colectiva dirigida por CAMPUZANO, Ana Belén y SANJUÁN MUÑOZ, Enrique, Valencia (2015), pp. 676-701.

GILO GÓMEZ, César: «Pre-pack concursal y Derecho comparado», en *Estudios de Deusto*, vol. 69/2, julio-diciembre 2021, pp. 111-121.

GILO GÓMEZ, César: «La venta de la unidad productiva como solución a la insolvencia», en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, vol. 25, 2021, pp. 38-49.

GÓMEZ ASENSIO, Carlos: *Los acuerdos de reestructuración en la directiva (UE) 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva*, Aranzadi (2019).

GONZÁLEZ VÁZQUEZ, José Carlos: «Comentario al artículo 149», en *Comentario a la Ley Concursal*, obra colectiva dirigida por PULGAR EZQUERRA, Juana, Madrid, 2016, pp. 1644-1683.

GONZÁLEZ VÁZQUEZ, José Carlos: «Píldoras sobre la reforma concursal (XLV). El concurso de acreedores: solicitud de concurso con oferta vinculante de adquisición de unidad productiva (sin prepack) », accesible en <https://www.linkedin.com/pulse/pildoras-sobre-la-reforma-concursal-xlv-el-concurso-gonz%C3%A1lez-v%C3%A1zquez/?originalSubdomain=es>

HERBOSA MARTÍNEZ, Inmaculada: «Comentario al artículo 214», en *Comentario al Texto Refundido de la Ley Concursal*, tomo I, 2021, obra colectiva dirigida por VEIGA COPO, Abel, pp. 1233-1239.

LEÓN SANZ, Francisco José: «La reestructuración empresarial como solución de la insolvencia», en *Anuario de Derecho Concursal*, nº30 (2013), pp. 75-98.

LÓPEZ BARRAU, Pilar: «La unidades productiva tras la reforma del texto refundido de la Ley Concursal», en *Actualidad profesional. Dictum Abogados*, 16 de noviembre de 2022, enlace disponible en: <https://dictumabogados.com/e-dictum-publicaciones-derecho-mercantil/la-unidad-productiva-tras-la-reforma-del-texto-refundido-de-la-ley-concursal/30444/>

MARTÍNEZ MUÑOZ, Miguel: «Comentario al artículo 324», en *Comentario al Texto Refundido de la Ley Concursal*, tomo II, 2021, obra colectiva dirigida por VEIGA COPO, Abel, pp. 80-85.

MUÑOZ PAREDES, Alfonso: *Protocolo concursal*, 2ª edición, Cizur Menor, 2017.

MUÑOZ PAREDES, Alfonso: «Las nieblas del convenio de asunción», en *Diario La Ley*, nº9677, 20 de julio de 2020.

MUÑOZ PAREDES, José María y DÍAZ LLAVONA, Covadonga: «Comentario a los artículo 215 y siguientes», en *Comentarios al articulado del Texto Refundido de la Ley Concursal*, obra colectiva dirigida por PEINADO GRACIA, Juan Ignacio, Editorial Sepín, 2020, pp. 163-171.

PERDICES HUETOS, Antonio: «La no responsabilidad del adquirente por las deudas anteriores a la transmisión», en *Anuario de Derecho Concursal*, nº34 (2015), pp. 101-112.

PÉREZ MOSTEIRO, Amelia María: «La venta de la unidad productiva en la reforma concursal de la Ley 16/2022», en *Boletín Mercantil*, Lefebvre, nº112, noviembre 2022.

PULGAR EZQUERRA, Juana: *Preconcursalidad y reestructuración empresarial*, Madrid (2021).

PULGAR EZQUERRA, Juana: «Reestructuraciones preconcursales forzosas: el mejor interés de los acreedores», en *Revista de Derecho Mercantil*, nº323 (2022), pp. RR-1.1-RR-1.15.

REBOLLO DÍAZ, Pedro: *Introducción al Derecho Concursal*, Barcelona (2023).

RÍOS LÓPEZ, Yolanda: «Pre-pack concursal: una solución para la venta de empresas en crisis», en *Boletín Mercantil*, Lefebvre, nº 93.

RIVAS URBINA, Roberto: «Enajenación de la unidad productiva y pre-pack concursal en el proyectado procedimiento especial para microempresas» en *Anuario de Derecho Concursal*, nº56, mayo-agosto 2022, pp. RR-5.1-RR-5.11.

RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, Edmundo: «Comentario al artículo 214», en *Comentario al texto refundido de la Ley Concursal*, tomo I, obra dirigida por PRENDES CARRIL, Pedro y FACHAL NOGUER, Nuria, 2021, pp. 1067-1074.

ROJO FERNÁNDEZ, Ángel: «Artículo 100. Contenido de la propuesta de convenio», en ROJO, Ángel y BELTRÁN, Emilio, *Comentario de la Ley Concursal*, tomo II, Madrid (2014), pp.1864-1899.

ROJO FERNÁNDEZ, Ángel: «El Texto Refundido de la Ley Concursal», en *Anuario de Derecho Concursal*, nº51, septiembre-diciembre (2020), pp. RR1.1-RR1.12

RUBIO VICENTE, Pedro J.: *La aportación de empresa en la sociedad anónima*, Madrid (2001).

RUBIO VICENTE, Pedro J.: «Reestructuración empresarial y enajenaciones de unidades productivas», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº22 (2015), pp. 149-162.

RUBIO VICENTE, Pedro J.: «La problemática de la enajenación de la empresa en la fase de liquidación concursal», en *Revista de Derecho Mercantil*, nº292, 2014, pp.177-250.

RUBIO VICENTE, Pedro J.: «Nuevas reglas de enajenación de unidades productivas en el Proyecto de Ley de reforma del TRLC», en *Diario La Ley*, nº10108, 12 de julio de 2022.

SANCHO GARGALLO, Ignacio: «La protección de los planes de reestructuración homologados frente a la rescisión concursal», en *Anuario de Derecho Concursal*, nº58 (2023), pp. 253-278.

SANZ SANZ, Alberto: *La enajenación de la unidad productiva en el concurso de acreedores*, Editorial La Ley, 2022.

SENENT MARTÍNEZ, Santiago: «La venta de la unidad productiva en el concurso a la luz de las últimas reformas», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº26, enero de 2017, pp. 95-116.

THERY MARTÍ, Adrián: «El pre-pack en la Propuesta de Directiva de 7 de diciembre de 2022», en *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones*, nº9 (2023), pp. 93-131.

VALPUESTA GASTAMINZA, Eduardo: «Artículo 146 bis. Especialidades de la transmisión de unidades productivas», en *Comentario a la Ley Concursal*, obra colectiva dirigida por PULGAR, Juana, Madrid (2016), pp. 1582-1603.

VELA PÉREZ, José: «El procedimiento especial de microempresas», en *Anuario de Derecho Concursal*, nº58 (2023), pp. 475-510.

VERDUGO GARCÍA, Juan y FARIÑAS PEÑA, José Manuel: «Transmisiones de unidades productivas y cesiones de contratos: ¿deben comunicarse a las contrapartes cedidas?», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº34, enero de 2021, pp. 259-268.

VILATA MENADAS, Salvador: «Comentario al artículo 214», en *Comentarios al articulado del Texto Refundido de la Ley Concursal*, obra colectiva dirigida por PEINADO GRACIA, Juan Ignacio, Editorial Sepín, 2020, pp. 155-162.