

LA ENAJENACIÓN DE LA UNIDAD PRODUCTIVA EN EL CONCURSO: ASPECTOS PROBLEMÁTICOS DE LA ASUNCIÓN DE UNA PARTE ESENCIAL DE LA PLANTILLA

Resumen

La venta de unidades productivas en concurso ha sido una cuestión conflictiva, con soluciones discrepantes en los órdenes jurisdiccionales civil y social. Las últimas reformas han potenciado la competencia de los juzgados mercantiles para dirimir si hay sucesión de empresa y los términos de esta. El presente artículo pretende abordar algunas de las implicaciones laborales de la venta de la unidad productiva para las personas trabajadoras inmersas en un proceso concursal, en relación con tres cuestiones claves. En primer lugar, cómo se delimitan las unidades productivas y las relaciones laborales incluidas, en particular, en casos de actividades que descansan esencialmente en la mano de obra, por asunción de una parte esencial de la plantilla. En segundo lugar, se esbozarán los derechos de las personas trabajadoras según se esté o no dentro del perímetro de una unidad productiva. Y, en tercer lugar, se planteará cómo reclamar judicialmente estos derechos ante eventuales comportamientos oportunistas de adquirentes de las unidades productivas derivadas de un concurso o ante incumplimientos de los compromisos de empleo.

Palabras clave

Transmisión de la unidad productiva, concurso, sucesión de empresa, relaciones laborales, créditos laborales y de Seguridad Social

Índice

I.- INTRODUCCIÓN. II.- EL CONCEPTO DE VENTA DE UNA UNIDAD PRODUCTIVA EN EL CONCURSO. III.- LA RAZÓN DE SER DE LA INSTITUCIÓN Y EL CHOQUE DE LÓGICAS ENTRE LO MERCANTIL Y LO LABORAL. IV.- LA COMPETENCIA DE LOS ÓRGANOS JUDICIALES DE LO MERCANTIL PARA DELIMITAR LAS UNIDADES PRODUCTIVAS Y LA DISIPACIÓN DE LAS ETERNAS DUDAS COMPETENCIALES. V.- DELIMITAR EL PERÍMETRO DE UNA UNIDAD PRODUCTIVA. 5.1.- El concepto de unidad productiva. 5.2.- El respeto a normas antidiscriminatorias y la prioridad de permanencia de los representantes. 5.3.- La delimitación casuística de cada unidad productiva y cómo evitar perímetros artificiales. 5.4.- La cesión global de activos frente a la transmisión de una unidad productiva. VI.- EL DÍA DESPUÉS DE LA DELIMITACIÓN DEL PERÍMETRO DE LA SUCESIÓN DE EMPRESA. VII.- ACCIONES JUDICIALES FRENTE A DECISIONES DE LOS JUZGADOS DE LO MERCANTIL EN LA DELIMITACIÓN DEL PERÍMETRO DE LA UNIDAD PRODUCTIVA. VII.- ACCIONES JUDICIALES EN EL ORDEN SOCIAL ANTE CONDUCTAS POSTERIORES A LA DELIMITACIÓN DEL PERÍMETRO. VIII.- CONCLUSIONES.

SALE OF PRODUCTIVE UNIT IN BANKRUPTCY: PROBLEMATIC ASPECTS
OF ASSUMPTION OF AN ESSENTIAL PART OF STAFF

Abstract

The sale of productive units in bankruptcy has been a conflictive issue, with different solutions in the civil and social jurisdictional orders and in which various reforms have enhanced the competence of commercial courts. This article aims to address the labor implications of the sale of the productive unit for workers immersed in a bankruptcy process in relation to three key issues. Firstly, how the productive units are delimited and the labor relations including in cases where a business succession can be understood to be applicable in activities that rely on labor, by assuming an essential part of the workforce. Secondly, it will try to outline the rights of workers depending on whether they are within the perimeter of a productive unit. And, thirdly, how to judicially claim these rights in the event of possible opportunistic behavior by purchasers of the productive units derived from a contest or in the event of non-compliance with employment commitments.

Keywords

Transfer of the productive unit, bankruptcy, company succession, labor relations, pensions credits

Summary

I.- INTRODUCTION. II.- CONCEPT OF SALE OF A PRODUCTION UNIT IN BANKRUPTCY. III.- REASON OF THE INSTITUTION AND THE CLASH OF LOGICS BETWEEN COMMERCIAL AND LABOR COURTS. IV.- COMPETENCE OF COMMERCIAL COURTS TO DELIMIT THE PRODUCTION UNITS AND SOLUTIONS OF THE ETERNAL COMPETITIVE DOUBTS. V.- DELIMIT THE PERIMETER OF A PRODUCTION UNIT. 5.1.- Concept of productive unit. 5.2.- Respect for anti-discrimination rules and priority of permanence of representatives. 5.3.- Casuistic delimitation of each productive unit and how to avoid artificial perimeters. 5.4.- Global transfer of assets versus transfer of a productive unit. VI.- THE DAY AFTER THE DELIMITATION OF THE PERIMETER OF THE COMPANY'S SUCCESSION. VII.- LEGAL ACTIONS AGAINST DECISIONS OF COMMERCIAL COURTS IN DELIMITATION OF THE PERIMETER OF THE PRODUCTION UNIT. VII.- JUDICIAL ACTIONS IN SOCIAL COURTS FOR BEHAVIOUR AFTER DELIMITATION OF THE PERIMETER. VIII.- CONCLUSIONS.

I.- INTRODUCCIÓN

En una empresa que ha acabado o va a acabar en concurso el panorama puede ser desolador. Ha sido un secreto a voces que, por una parte, un porcentaje muy importante de los concursos abocaban a una liquidación de los bienes, bien directamente, bien a causa de un convenio de imposible cumplimiento. Por otra parte, también es evidente que no se puede o es muy difícil vender a estas empresas como un todo, pues, utilizando un símil, es una

verdad universalmente aceptada que quién va a querer comprar “una manzana tocada y que empieza a estropearse”.

Pero en un concurso pueden quedar activos valiosos en forma de unidades empresariales más pequeñas susceptibles de ser traspasadas y que pueden tener mayor valor económico que una empresa liquidada y desagregada en activos aislados. Si se me permite continuar con el símil, se trataría de aprovechar la parte de la manzana que se puede conservar, en particular, si se puede actuar tempranamente, pues la práctica evidencia que los activos del concurso se deterioran rápidamente con el tiempo. En definitiva, frente a la solución de liquidación de la masa activa del concurso, la transmisión, o, en la terminología más omnicomprendensiva de la norma concursal, la enajenación y/o venta de unidades productivas en el concurso (en adelante, VUP) es una cuestión que ha adquirido notable importancia por diversos motivos:

En primer lugar, porque se ha convertido en una de las instituciones concursales más importantes en el día a día de la práctica de los Juzgados Mercantiles como salida a situaciones de insolvencia de las empresas y alternativa a la liquidación. La administración concursal tiene, entre otras funciones, la de delimitar los posibles lotes de unidades productivas que sean susceptibles de transmisión y la venta de unidades productivas se ha consolidado como una vía de solucionar varios intereses en el concurso: el mantenimiento del tejido productivo, el incremento de las posibilidades de cobro de los acreedores y la supervivencia de algunas relaciones laborales, aunque no siempre se logren todos ellos, ni en la misma medida.

En segundo lugar, porque pese a su gran importancia práctica, ha sido objeto de soluciones confrontadas y discrepantes en el orden social y civil. El punto más delicado ha sido la determinación si se produce una sucesión de empresa a efectos laborales y de Seguridad social y sus efectos. Las cuestiones competenciales han lastrado la imperiosa necesidad de seguridad jurídica en tan importante institución.

En tercer lugar, porque diversos cambios legislativos recientes han afectado a la VUP, codificada en los arts. 215 a 224 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se regula el texto refundido de la ley concursal. Las reformas han incidido en dos planos que han funcionado en paralelo.

Por una parte, se ha tratado de extender la transmisión de unidades productivas a fases tempranas o previas al concurso. La norma concursal del 2003 aludía a la enajenación de la unidad productiva, pero reservándola para la sección quinta del concurso, en fase de liquidación. Luego se produjo una evolución¹, en fase de convenio o liquidación. Una interpretación literal de estas referencias a la VUP parecía impedir que la enajenación se realizase con anterioridad, en una fase temprana del procedimiento concursal. Sin embargo, el vacío legislativo fue suplido por una extensa práctica judicial de los Juzgados de lo Mercantil. Conscientes de la realidad de que no era lo mismo intentar vender una empresa que ha dejado de funcionar, que actuar a tiempo vendiendo

¹ Hasta el Real Decreto Ley 11/2014 de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal, no se reguló expresamente la unidad productiva en el art. 146 bis de la Ley Concursal. Posteriormente con la Ley 9/2015 se incorporó la transmisión de la unidad productiva en fase común y en fase del convenio.

una estructura productiva en uso con personas trabajadoras que saben cómo desarrollar el servicio y con un negocio en marcha, los juzgados de lo mercantil admitieron tempranamente la VUP. Posteriormente, el legislador ha dado carta de naturaleza a la solicitud de concurso con venta anticipada de unidad productiva, mediante el llamado *pre-pack*, originario del Derecho de los Países Bajos.

Por otra parte, las reformas normativas más recientes han pretendido primero, despejar las hasta el momento, eternas vacilaciones competenciales. Segundo, se han regulado distintos procedimientos: ordinario, *pre-pack*², oferta que acompaña solicitud de concurso y para microempresas³,.... Y, en definitiva, se ha tratado de dotar a la actuación de los juzgados de lo mercantil, al autorizar una venta judicial, de mayor seguridad jurídica. La institución ha tenido una tortuosa evolución normativa y una controvertida interpretación judicial. Una de las cuestiones de mayor fricción se produjo a partir del texto refundido de la Ley Concursal (en adelante, TRLC), que confirió a los juzgados de lo mercantil la competencia para entender que existía o no sucesión de empresas en estas VUP. Pese a la clara intencionalidad de la norma, se cernió una sombra de ilegalidad sobre la habilitación competencial por carecer dicha disposición de refundición del debido rango para introducir cambios normativos. Dos años más tarde, la Ley Orgánica 7/2022, de 27 de julio, modificó la normativa procesal de mayor rango, la Ley Orgánica del Poder Judicial, para taponar las dudas que pudieran subsistir sobre esta competencia de los juzgados de lo mercantil⁴.

² Una de las características de este procedimiento regulado en los arts. 583 y ss. TRLC es el nombramiento de una persona experta, también llamada monitora, encargada de recabar ofertas respecto a unidades productivas, donde se establece la precaución de que quien realice la oferta no podrá actuar por cuenta de la propia persona deudora. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que el pasado 7 de diciembre de 2022, la Comisión Europea publicó la nueva Propuesta de Directiva de armonización de ciertos aspectos de derecho de insolvencia. El texto puede consultarse en: file:///C:/Users/Amparo%20Esteve/Downloads/1_ES_ACT_part1_v2.pdf

En la anunciada regulación se admite la posibilidad de adjudicaciones a personas relacionadas con la persona deudora, si no se oculta la información y, lo que es más importante, la exclusión de la figura de la sucesión de empresa a efectos laborales en el procedimiento *pre-pack* por mor de la mención de que a estos efectos se aplica lo previsto en el art. 5 de la Directiva 2001/23 /CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad (art. 20.2 de la Propuesta de Directiva).

³ Los concursos de microempresas afectan a deudores personas físicas o jurídicas que hubieran empleado a menos de diez personas trabajadoras en el año anterior a la solicitud de concurso y cuyo volumen de negocio anual fuera inferior a setecientos mil euros, o su pasivo fuera inferior a trescientos cincuenta mil euros según las últimas cuentas anuales cerradas en el ejercicio anterior de la solicitud (art. 685 TRLC). En relación con la venta de unidades productivas en estas microempresas, debe estarse, según el art. 710 *in fine*, que regula la transmisión de unidad productiva en este tipo de empresas, al régimen de los arts. 224 bis a 224 *quarter*, y a los arts. 694 bis y 710.1 del TRLC.

⁴ En el interin entre la aprobación del TRLC y las modificaciones legales efectuadas en el 2022, la Sala Especial de Conflictos del TS había dictado diversas resoluciones, como los ATS, Especial de 21 de octubre de 2021 (ATS 13542/2021 y 14471/2021), que, en síntesis, desestimaron que existiera un conflicto de competencia entre los órdenes jurisdiccionales civil y social, y en su lugar, consideraron que se trataba de una cuestión de competencia, donde las soluciones de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, al ser órganos judiciales *ad quem*, tenían prevalencia sobre las resoluciones de los juzgados de lo mercantil, que actuarían con carácter prejudicial.

Pese a la aclaración progresiva de interrogantes, como la cuestión competencial para determinar la existencia de una sucesión de empresa en sede concursal, quedan muchos aspectos por resolver. El presente artículo pretende abordar alguna de las implicaciones laborales de la VUP para las personas trabajadoras inmersas en un proceso concursal, en particular, en relación con tres cuestiones claves:

En primer lugar, cómo se delimitan las unidades productivas a las que pueden adscribirse las prestaciones de servicios laborales. Es decir, desde la perspectiva de una persona trabajadora se trataría de saber si se está o no incluido en la unidad productiva transmitida y sobre la base de qué criterios.

En segundo lugar, se tratará de esbozar los derechos de las personas trabajadoras según se esté o no dentro del perímetro de una unidad productiva.

Y, en tercer lugar, se planteará cómo reclamar judicialmente estos derechos ante eventuales comportamientos oportunistas de adquirentes de las unidades productivas derivadas de un concurso o ante incumplimientos de los compromisos de empleo.

No obstante, antes de abordar estas cuestiones quizás haya de partirse primero de una breve explicación de qué es una VUP en sede concursal, qué singularidades presenta respecto a la transmisión de una unidad productiva fuera del concurso y por qué es relevante el conocimiento de estas especialidades para una persona especialista en el derecho laboral y de la seguridad social.

II.- EL CONCEPTO DE VENTA DE UNA UNIDAD PRODUCTIVA EN EL CONCURSO

La VUP es un procedimiento judicial a través del cual se procede a la transmisión de activos adscritos a una actividad susceptible de continuar como empresa a un ofertante, quien abona un precio por esta unidad, sin hacerse responsable de las deudas anteriores del concursado, ya sean concursales o contra la masa, salvo determinadas excepciones tasadas y previstas en el art. 224 TRLC: los salarios e indemnizaciones de los trabajadores que haya asumido el adquirente; las deudas para con la Seguridad Social de los mismos; y algunas otras deudas cuando una disposición legal lo prevea expresamente.

Desde la perspectiva laboral, existen dos prescripciones adicionales que interesa remarcar. De una parte, la resolución del órgano judicial autorizando o no una VUP debe ir siempre precedida de una previa consulta a la representación de las personas trabajadoras, según preceptúa el art. 220 TRLC. Por consiguiente, de no existir estos, no se abre la posibilidad de designar una comisión *ad hoc*, ni una comisión integrada por representantes de los sindicatos más representativos o simplemente representativos del sector de actividad de la empresa, al estilo de las previstas para determinadas medidas de reestructuración en el Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET), en particular, en el art. 41.4, al que se remiten otros preceptos (arts. 40.2, 44.9, 47.3, 51.2 y 82.3 ET). La normativa estatutaria no juega con carácter supletorio en este punto.

La razón de ser de esta consulta se relaciona con el cumplimiento de la Directiva Comunitaria 2019/1023, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones y sobre medidas para aumentar la eficacia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, por la que se modifica la Directiva 2017/1132, que presta particular atención a la información adecuada y consulta a los representantes de las personas trabajadoras como vía para conseguir reestructuraciones de empresa más efectivas (*vid.* considerandos 10, 23, 61 y arts. 3.3 y 13.1.iii). La opinión de la representación de las personas trabajadoras puede ser esencial para apuntalar o no la conveniencia de la enajenación de unidades productivas dentro de empresas en concurso y de las consiguientes medidas de reestructuración, aunque no es vinculante. Debe tenerse en cuenta que, por ejemplo, la representación de la plantilla puede mostrar su preferencia por ofertas de adquirentes de la unidad productiva que permitan la continuidad de más relaciones laborales, respecto a otras, pese a que el precio ofertado sea menor que la oferta de otro potencial adquirente. Aunque, obviamente, al ser la consulta a la representación de la plantilla no vinculante, la última palabra corresponderá al órgano judicial, que salvo casos donde una de las ofertas tenga claro marcado carácter social, cuenta con amplia libertad. El ejemplo prototípico de una oferta social es la prelación legal de la oferta presentada por personas trabajadoras que constituyan una sociedad cooperativa, laboral o participada (art. 224 bis 3 TRLC).

La segunda prescripción de interés es que en la VUP hay determinados créditos laborales y de seguridad social que se encuentran entre los exceptuados del régimen de exclusión de responsabilidad del adquirente de una unidad productiva. El artículo 224.1.3 TRLC establece que existirá responsabilidad del adquirente cuando se produzca una sucesión de empresa respecto de los créditos laborales y de seguridad social correspondientes a los trabajadores de esa unidad productiva subrogados por el adquirente. Por consiguiente, esta responsabilidad sólo se activará si se cumplen dos condiciones: la primera es que exista una sucesión de empresa y la segunda es que la responsabilidad está delimitada exclusivamente a las relaciones laborales incluidas en la unidad productiva. Ambos conceptos, el de la sucesión de empresa en el ámbito concursal y la del perímetro de la unidad productiva resultan pues esenciales a los efectos de la responsabilidad del empresario/a adquirente.

Es más, cabe tener en cuenta que, producida una sucesión empresa y delimitado el perímetro de relaciones laborales incluidas en la unidad productiva, el art. 224.1.3 TRLC prescribe que el órgano judicial del concurso podrá acordar respecto de estos créditos salariales e indemnizaciones laborales, 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.

III.- LA RAZÓN DE SER DE LA INSTITUCIÓN Y EL CHOQUE DE LÓGICAS ENTRE LO MERCANTIL Y LO LABORAL

La VUP teóricamente está llamada a lograr conciliar dos intereses: de una parte, el pago de los créditos y la conservación del negocio, y de otra, el

mantenimiento de los puestos de trabajo en lo que se transmite. De este modo, la TUP en concurso persigue conservar una parte de la actividad empresarial, en concreto, la de aquellas unidades productivas que son viables desde el punto de vista económico. Se trataría de coadyuvar al loable objetivo de mantener tejido empresarial, e indirectamente, riqueza o empleo, reflatando entidades económicas viables, mediante la evitación de su cierre y liquidación definitiva. El cierre de una actividad desarrollada por una empresa incurso en un concurso provocaría un efecto contagio de otras empresas.

Ciertamente, no puede negarse que la VUP es ventajosa para la persona compradora, pero tampoco puede desconocerse que ello se hace a costa de sacrificar algunos aspectos clásicos de la regulación laboral de la transmisión de empresa en el Estatuto de los Trabajadores. De ahí que la institución hubiera generado no pocas suspicacias entre los órganos judiciales del orden social⁵ y la doctrina académica, que ha aludido a un decantamiento de la normativa concursal hacia el objetivo de mantenimiento de la viabilidad de la empresa, en detrimento de la permanencia de los puestos de trabajo y a empresas que pretenden subrogarse en el activo, pero no en el pasivo, de la empresa concursada (López Cumbre, 2023: 85).

En la VUP no rige el régimen jurídico prototípico del art. 44 ET en dos aspectos sobre los que se ha vertebrado en el ordenamiento español la transmisión laboral de empresas, centros de trabajo o unidades productivas autónomas. De una parte, el empresario/a adquirente se subrogará exclusivamente en las relaciones laborales de las personas trabajadoras integradas o adscritas a la unidad productiva, pero no en el resto de las personas trabajadoras empleadas en las empresas en concurso o en procedimiento de concurso inminente. De otra parte, el nuevo empresario/a será responsable solidario de deudas laborales y de seguridad social de esa porción desgajada de la empresa en concurso.

Estas dos implicaciones provocarían una cierta desconfianza desde el universo laboralista a la praxis de los juzgados de lo mercantil de autorizar a terceros para que compraran unidades productivas en el procedimiento concursal. La razón es que se eludiría el efecto de la sucesión de empresa fuera del concurso donde, si se adquiere una empresa, centro de trabajo o unidad productiva, se producía una adquisición del pasivo y una subrogación automáticas de las relaciones laborales, para evitar situaciones de fraude y proteger a las personas trabajadores y a la Seguridad Social. Esta posición se ha calificado en foros mercantilistas, de prejuicio, porque no habría razones para entender que los órganos judiciales de lo mercantil habrían de descuidar los intereses de las personas trabajadoras del concurso (García Villarrubía, 2020: 7; Flaquer Riutort, 2023: 117).

Sin embargo, desde la lógica mercantil también se miraría con cierta desconfianza a una postura de defensa a ultranza de la sucesión de empresa desde la perspectiva laboral y de seguridad social, sin ninguna adaptación a las duras circunstancias de un concurso o de una situación de concurso inminente.

⁵ La Sala de lo Social del TS ha dictado más de una veintena de sentencias afirmando la competencia del orden social en la materia desde la STS, Sala 4ª, de 29 de octubre de 2014, rec. 1573/2013 hasta la STS 1814/2022, de 27 de abril, de la misma Sala. ECLI:ES:TS:2022:1814.

Esta posición se reforzaría porque estas adaptaciones sí se preveían en la normativa fiscal, que excluía la responsabilidad solidaria en materia de créditos públicos tributarios en caso de sucesión de empresa, conforme a lo previsto en el art. 42.1.c) de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (en adelante, LGT) a los “adquirentes de explotaciones o actividades económicas pertenecientes a un deudor concursado cuando la adquisición tenga lugar en un procedimiento concursal” (art. 42.1.c *in fine* LGT). Las resoluciones ulteriores de los órganos judiciales del orden social y contencioso-administrativo (en cuanto a las deudas de seguridad social) sobre cuestiones ya resueltas por los juzgados de lo mercantil pondrían en jaque las decisiones de estos, que habrían aprobado la transmisión de la unidad productiva con unas condiciones: determinación de la existencia de sucesión de empresa respecto de una parte concreta y adjudicación respecto de dicho perímetro de deudas laborales y de seguridad social. Se considerarían pues disruptivas, la inclusión de las relaciones y los créditos laborales y de Seguridad social no comprendidos inicialmente en el perímetro del proceso de venta judicial de unidades productivas autorizadas por los órganos judiciales encargados de los concursos.

Las víctimas colaterales de estas guerras fueron varias, y entre ellas, las personas adquirentes de empresas en crisis y las personas trabajadoras. Las primeras porque tenían un temor más que justificado, a que una resolución judicial posterior al auto de adquisición de una unidad productiva dictado por los juzgados de lo mercantil declarase que había existido sucesión de empresa a efectos laborales y de seguridad social de toda la empresa. Estas resoluciones podían ser emitidas por los órganos judiciales del orden social, y en menor medida, por ser menos beligerantes en esta cuestión, de lo contencioso-administrativo. Estos elementos que aparecían sorpresivamente *a posteriori* estaban dificultando de manera notable el recurso a una figura pensada para salvaguardar el tejido productivo mediante la conservación parcial del empleo y la evitación del cese total de la actividad. El temor de asumir una mayor carga de la inicialmente prevista provocaría una desincentivación en los concursos de la enajenación de unidades productivas. Volviendo a las metáforas: “nadie quería correr el riesgo de comprar una manzana tocada, por muy apetecible que fuera la parte no afectada, por si le tocaba comérsela podrida”.

Las personas trabajadoras también se vieron perjudicadas por esta zozobra competencial. Muchas veces no estaba claro ante qué orden jurisdiccional reclamar eventuales derechos, ni siquiera si debía considerarse incluido en el perímetro de una unidad productiva objeto de enajenación concursal o no, ni a quién reclamar eventuales derechos (si a la empresa concursada o a la empresa adquirente de una unidad productiva, o a ambas), lo que en no pocas ocasiones, daba lugar a la prescripción o a la concurrencia de defectos en el planteamiento de las reclamaciones judiciales.

El legislador llamado a dirimir esta guerra entre órganos de distintos órdenes jurisdiccionales y dotar de seguridad jurídica se inclinó por impulsar la figura de las VUP y reforzar la competencia de los juzgados de lo mercantil para configurar las enajenaciones de unidades productivas en aras de lo más conveniente para el concurso. Si bien, el legislador lo hizo con una técnica muy mejorable y, que, con razón, se calificó de descuidada, por dejar muchos problemas abiertos, lo que a su vez dio lugar a nuevos corrillos y batallas entre órdenes jurisdiccionales. Buena muestra de este íter es que pocas leyes han

sido modificadas tan profusa y rápidamente como la ley concursal después de haberse elaborado una refundición legislativa. Pese a la apasionante evolución legislativa del texto refundido del 2020 (puede verse sobre esta, el trabajo de Taléns, 2024), merece la pena analizar directamente el contexto normativo actual.

IV.- LA COMPETENCIA DE LOS ÓRGANOS JUDICIALES DE LO MERCANTIL PARA DELIMITAR LAS UNIDADES PRODUCTIVAS Y LA DISIPACIÓN DE LAS ETERNAS DUDAS COMPETENCIALES

La regulación actual establece que la jurisdicción del órgano judicial del concurso será exclusiva y excluyente en «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 y la determinación de los límites de esa declaración conforme a lo dispuesto en la legislación laboral y de seguridad social»⁶.

Además, el art. 52.1.4 del TRLC, en la redacción efectuada por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, señala con términos taxativos, el órgano judicial del concurso «será el único competente para declarar la existencia de sucesión de empresa» y puntualiza «así como la determinación en esos casos de los elementos que las integran».

Pareciera que, con estas dos reformas, primero la de la LOPJ, y posteriormente, con la del TRLC, no deberían existir ya dudas sobre la competencia en la materia, pues el eventual exceso de legislador en la refundición de la normativa concursal, efectuado en el 2020, habría sido rectificado con una norma de mayor rango normativo, como una ley orgánica. Sin embargo, ni siquiera con ello, se cerraron las incertidumbres en varios aspectos, de los que, en síntesis, cabría resaltar tres:

En primer lugar, si la competencia de los órganos judiciales de lo mercantil para determinar la existencia de una sucesión de empresa se extendía a situaciones donde no existía concurso, pero este era inminente.

En segundo lugar, si la determinación de una sucesión de empresa por los juzgados de lo mercantil debía hacerse o no conforme a lo establecido por los órganos judiciales del orden social.

En tercer lugar, si pese a la competencia de los juzgados de lo mercantil para determinar la existencia y alcance de una sucesión de empresa podía existir un cierto control de estas resoluciones por los órganos judiciales de suplicación y si también los órganos judiciales de instancia llamados a resolver reclamaciones laborales que quedaban fuera del ámbito de la competencia de los juzgados de lo mercantil podían apartarse de lo resuelto por los juzgados de lo mercantil.

⁶ Art. 86 *ter* 2.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial -Ley 6/1985, de 1 de julio- en la redacción efectuada por la Ley Orgánica 7/2022, de 27 de julio.

A continuación, se exponen con mayor detalle estas dudas y algunos argumentos para tratar de dar respuesta a las mismas.

Una primera duda ha sido si la competencia de los órganos judiciales de lo mercantil a los efectos de determinar una sucesión de empresa en una VUP también se podría producir antes de la declaración del concurso. La cuestión a mi juicio debería quedar despejada a la vista de lo resuelto por instancias judiciales europeas, en concreto con la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 28 de abril de 2022 (petición de decisión prejudicial planteada por el *Hoge Raad der Nederlanden* — Países Bajos) — *Federatie Nederlandse Vakbeweging / Heiploeg Seafood International BV, Heitrans International BV* (Asunto C-237/20). En dicha sentencia se analizaba el artículo 5 de la Directiva 2001/23, que establece que los artículos 3 y 4 de la mencionada directiva no se aplicarían -salvo disposición en contrario en el derecho nacional de los estados de la Unión- en caso de quiebra o procedimiento de insolvencia análogo con vistas a la liquidación. Dicho artículo 5 de la Directiva guarda relación con la transmisión de unidades productivas en el concurso. El precepto permite excepcionar la protección establecida en la directiva en materia de transmisión de empresa en casos de quiebra o procedimientos de insolvencia análogos con vistas a la liquidación. En estas situaciones cabría la posibilidad de exceptuar lo previsto en el artículo 3 de la Directiva, de cesión de derechos al adquirente, y en el art. 4, de que la transmisión no es motivo en sí mismo de despido. Una de las cuestiones prejudiciales fue si una transmisión de una unidad productiva en el procedimiento *prepack* podía considerarse a efectos del artículo 5, una excepción que permitiese no aplicar los arts. 3 y 4 de la Directiva 2001/23, por tratarse de un procedimiento de insolvencia análogo con vistas a liquidación. La sentencia comentada validó que los procedimientos *prepack* sometidos a la autorización de un órgano judicial encargado del concurso permitirían exceptuar el régimen de los art. 3 y 4 de la Directiva comunitaria. Es decir, el TJ prestó especial importancia a la existencia de una supervisión por parte de un juez de quiebra predesignado, que *mutatis mutandis*, en nuestro ordenamiento sería el juzgado lo mercantil. La cuestión no es menor porque el TJ entendería que esta supervisión, incluso a través de una persona experta, a su vez controlada por el órgano judicial del concurso, permitiría entrar dentro del ámbito del art. 5 de la Directiva, esto es, de las excepciones al régimen de protección de la transmisión de empresa desde la perspectiva laboral⁷.

Una segunda duda afectaría al alcance de la competencia de los órganos judiciales concursales a efectos de determinar la sucesión de empresa. La cuestión hermenéutica nacía de que existían ciertas discrepancias entre la reforma operada en la LOPJ y en el TRLC, que habrían sido oportunamente señaladas por la doctrina (Palomo Balda, 2023: 91). En concreto, las contradicciones aparecería con una lectura literal del antedicho art. 86 *ter* de la LOPJ que apuntaría a que el juez del concurso debería determinar los límites de la declaración de la existencia de sucesión de empresa a efectos laborales y de

⁷ Se señala literalmente: “los arts. 3 y 4 de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisión de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, no son aplicables cuando se está en un procedimiento de insolvencia bajo el control del «juez de la quiebra predesignado», esto es, el Juez del concurso”.

Seguridad Social «con arreglo a lo establecido en la legislación laboral y de Seguridad Social», mientras que la norma concursal fijaba la competencia exclusiva del órgano judicial del concurso para declarar la existencia de la sucesión de empresa, pero de una forma amplia, sin limitaciones. Así, el art. 221 TRLC preveía que a estos órganos judiciales les correspondía «la delimitación de los activos, pasivos y relaciones laborales que la componen», refiriéndose a la enajenación de unidades productivas.

Sobre la base de esta discrepancia, alguna autora ha considerado determinante de que la última palabra la tendrían los órganos judiciales del orden social interpretando el art. 44 ET (López Cumbre, 2023: 93) y no el órgano judicial del concurso, siguiendo la posición reiterada de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo que relativizaría hasta la versión reformada de 2022, el contenido del art. 221 TRLC⁸. Lo cierto es que la tesis en favor de la encomienda al órgano judicial del concurso de la determinación de si existía o no sucesión de empresa y la fijación de sus elementos sin limitaciones encuentra apoyos en la doctrina más reciente (por todos, Taléns Viconti, 2024: 390 y ss.), pero también un poderoso argumento en la propia normativa laboral. Y es que no puede desconocerse que el art. 57 ET señala: «En caso de concurso, a los supuestos de modificación, suspensión y extinción colectivas de los contratos de trabajo y de sucesión de empresa, se aplicarán las especialidades previstas en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal». Prescindiendo de la obsoleta referencia a una ley ya derogada, parece claro que la sucesión de empresa en casos de concurso se rige por las disposiciones de la norma concursal, que, en la regulación vigente, otorga una libertad cuasi omnímoda a los juzgados de lo mercantil para autorizar la VUP, determinar si constituyen sucesión de empresa, su perímetro y los elementos personales y materiales que lo integran. Además, si se parte de la Directiva 2001/23, su artículo 5 permite exceptuar el régimen de cesión de derechos y obligaciones al adquirente (art. 3) y que la transmisión no sea motivo de despido (art. 4). En este sentido, las garantías de ambos preceptos se excepcionan en el art. 5, que señala que no se aplican en casos de quiebra o procedimiento de insolvencia análogo con vistas a liquidación, que como ha interpretado el TJUE⁹, no son aplicables cuando se está en un procedimiento de

⁸ La evolución legislativa del art. 221 ha sido interesante. Si se parte del antecedente de este precepto, el art. 149.2 de la Ley Concursal de 2023 enunciaba sencillamente que la venta de una unidad productiva en el concurso suponía una “sucesión de empresa a efectos laborales”. En la reforma concursal operada en 2014, se añadió que también implicaba una sucesión a efectos de Seguridad Social. La versión del Texto Refundido de la Ley Concursal introdujo la novedad de declarar al órgano judicial del concurso como el único competente para determinar este efecto de sucesión de empresa. Frente a esta posición, la Sala Cuarta del Tribunal Supremo reaccionó considerando dicho precepto *ultra vires*. Finalmente, el precepto fue modificado por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre. Con dicha reforma se reforzaría la competencia del juez de concurso, fijando además, algunos aspectos de los efectos de la existencia de la sucesión de empresa en sede concursal. Esta modificación de rango legal, vino precedida de la reforma de la LOPJ para reforzar la competencia de los juzgados de lo mercantil en la materia.

⁹ En la antes comentada, STJUE de 28 de abril de 2022, C-237/2020, se declara que los arts. 3 y 4 de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisión de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, no rigen cuando se está en un procedimiento de insolvencia bajo el control del «juez de la quiebra predesignado», que en España es el órgano judicial del concurso.

insolvencia bajo el control del «juez de la quiebra predesignado», esto es, el Juez del concurso en el ordenamiento español.

Una tercera duda en relación con esta competencia del juez del concurso se habría planteado sobre la base de que, pese a los cambios normativos en el art. 86 *ter* de la LOPJ y en diversos preceptos de la normativa concursal, no se habría alterado la competencia de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia existentes en cada Comunidad Autónoma para conocer de los recursos de suplicación contra las resoluciones de los juzgados de la mercantil de la respectiva autonomía en materia laboral (art. 75.2 LOPJ). Existiría una posición que entendería que las Salas de lo Social de los TSJ podrían “controlar” las decisiones de los juzgados de lo mercantil, que funcionarían como una suerte de decisión prejudicial, en punto a la apreciación o no de la existencia de una sucesión de empresa a efectos laborales y de Seguridad Social. También tendrían competencia para supervisar la delimitación de la unidad productiva efectuada en el concurso, en particular en cuanto a las relaciones laborales respecto de las que operaría la subrogación, sobre todo, cuando la empresa adquirente habría contratado a parte de la anterior plantilla. Esta posición contaba con el refrendo indirecto de algunos autos de la Sala Especial de Conflictos del Tribunal Supremo¹⁰.

Sin embargo, otros autores han entendido que, tras los cambios en la ley orgánica, la última palabra en esta materia corresponde a los órganos judiciales del concurso. Ya no podría mantenerse que los juzgados de lo social pudieran, al conocer de demandas de extrabajadores de la empresa concursada en reclamación de responsabilidad del adquirente de una unidad productiva, apartarse de lo decidido expresamente o por silencio por el juzgado de lo mercantil (Palomo Balda, 2023: 125). En mi opinión, esta segunda interpretación es la más fundada, no sólo sobre la base del carácter exclusivo y excluyente de la competencia reconocida a los juzgados de lo mercantil, sino también, por el carácter extraordinario y limitado del acceso a los recursos de suplicación en materia concursal laboral.

Despejadas, al menos en teoría, las cuestiones de la competencia antes de la enajenación de una unidad productiva, otra cuestión que se torna conflictiva es la del perímetro de esta.

V.- DELIMITAR EL PERÍMETRO DE UNA UNIDAD PRODUCTIVA

La delimitación de los elementos personales de la unidad productiva es básica por tres razones. Primero, para el mantenimiento del tejido productivo a través de un negocio en funcionamiento. Segundo, a los efectos de delimitar de forma certera las relaciones laborales incluidas. Y, tercero, respecto a las no incluidas, existe una clara vinculación con ulteriores despidos y medidas de restructuración respecto a las relaciones laborales excluidas de la venta de la unidad productiva.

Trazar el perímetro de una VUP resulta pues, esencial. Primero a los efectos de las obligaciones del adquirente respecto de las relaciones laborales

¹⁰ *Vid.* nota 3.

adscritas al mismo y sus principales características¹¹. Segundo, también, por exclusión, porque respecto a la nos incluidas, el adquirente no se va a subrogar y, en muchos casos, acaban con una terminación de los contratos de trabajo. Estos ceses se articulan, bien como despidos objetivos o bien, si se sobrepasan los umbrales previstos en el artículo 51 ET, por la vía del expediente concursal de extinción colectiva de contratos de trabajo (art. 220.2, que se remite a diversas medidas de restructuración previstas en los arts. 169 y ss. TRLC). Esta obvia cuestión, tiene implicaciones importantes, porque en no pocas ocasiones los órganos judiciales del concurso señalan que una vez se ha delimitado el perímetro de la venta de la unidad productiva, y no siendo viable la continuación del resto de la empresa en concurso, la cuestión de los afectados por un expediente de empleo concursal ha quedado ya predeterminada por la decisión previa sobre las personas trabajadoras adscritas a la unidad productiva objeto de enajenación. Se rechaza que pueda estimarse fraudulenta esta situación, porque otra interpretación vaciaría la posibilidad de ventas de unidades productivas¹². De manera que, las relaciones laborales no incluidas quedarían muchas veces automáticamente referidas a las decisiones de despido.

El art. 221 TRLC parece establecer una atribución omnímoda del órgano judicial del concurso al afirmar que «será el único competente para declarar la existencia de sucesión de empresa, así como para delimitar los activos, pasivos y relaciones laborales que la componen». La decisión del órgano judicial mercantil sobre este traspaso de relaciones laborales no requerirá el consentimiento de las personas trabajadoras. Es una aplicación de la tradicional

¹¹ En este punto, tiene gran relevancia una descripción exhaustiva de las características de las relaciones laborales de la unidad productiva, como la realizada en los Acuerdos de los Jueces de lo mercantil y Secretarios Judiciales de Catalunya, seminario de 3 de julio de 2014 (https://s01.s3c.es/imag/doc/2014-07-15/Acuerdo_Jueces_Mercantiles_Cataluña.pdf), donde se alude en cuanto a la fijación de los aspectos laborales del perímetro a la “identificación del número de puestos de Trabajo, categoría, antigüedad, y relación de salarios anuales brutos”. Se añade: “En el supuesto de que se hubieran realizado negociaciones con los Representantes de los Trabajadores se adjuntará en su caso la conformidad de los mismos a la oferta realizada” (p. 3).

¹² *Vid.* al respecto, dos pronunciamientos. En primer lugar, AJM núm. 1 de Barcelona 408/2021, de 6 de agosto, proc. 49/201, que aprobó el expediente de despido colectivo en sede concursal en una empresa hotelera, donde se había autorizado anteriormente una venta judicial de uno de los hoteles, subrogándose el adquirente de la unidad en parte de la plantilla. Lo interesante del pronunciamiento es que el órgano judicial vincula el perímetro del despido colectivo con el de la unidad transmitida por exclusión. Así se señala: “En relación a los trabajadores subrogados y los afectados por el presente ERE, es una cuestión que quedó determinada en la delimitación del perímetro de venta de la unidad productiva fijado en el escrito de 23 de abril de 2021”.

En segundo lugar, SJM núm. 1 de Barcelona 16/2023, de 2 de febrero, proc. 4/2019. En dicha sentencia se desestimó la pretensión de las personas trabajadoras no incluidas en la venta judicial y afectadas por un despido colectivo en sede concursal, que habían alegado que se había producido un fraude de ley entre la empresa compradora y la vendedora para acudir al concurso y eludir los efectos del art. 44 ET. La mencionada sentencia señaló que existían dos razones para rechazar lo pedido. En primer lugar, la falta de prueba del fraude, plasmada en la no acreditación de un concierto fraudulento de voluntades para acudir al concurso como formar de burlar los derechos laborales, sin que dicho concierto se pudiera deducir de la proximidad de dos meses entre la venta judicial y el despido colectivo, ni del hecho que desde el principio existiera una autorización judicial. En segundo lugar, se señaló que la empresa concursada habría acreditado debidamente los presupuestos subjetivos (pluralidad de acreedores) y objetivos (insolvencia actual) para la declaración de concurso.

excepción que rige en el ámbito laboral de lo dispuesto en el art.1205 del C.c., que no permite la novación subjetiva del contrato, sin consentimiento de las partes. Sin embargo, volviendo a la facultad del órgano judicial del concurso para delimitar el perímetro de una unidad productiva, cabe concluir que no es del todo absoluta ni incontrolable. Y ello, en la medida en que el órgano judicial debe respetar el concepto de unidad productiva propio de la legislación laboral y las normas antidiscriminatorias o de prioridad de permanencia, como las reconocidas a los representantes de los trabajadores.

Además, para “auxiliar” esta decisión del juzgado de lo mercantil, cabe recordar que, de oficio o a instancia de parte, se ha regulado la posibilidad de recabar un informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social sobre los aspectos relativos a las relaciones laborales afectadas por la venta de la unidad productiva y las deudas laborales y de seguridad social relativos a dichos contratos incluidos en el perímetro, respecto de los que subrogará la entidad adquirente de la unidad productiva (art. 221.3 TRLC).

5.1.- El concepto de unidad productiva

La normativa concursal contiene una definición descriptiva de unidad productiva en el art. 200.2 del TRLC, que la define como «el conjunto de medios organizados para el ejercicio de una actividad económica esencial o accesorio». Este concepto resulta relevante por tres razones.

En primer lugar, porque la definición es similar a la procedente de normas comunitarias, en concreto, al art. 1.1.b) de la Directiva 2001/23/CE, que contiene una noción idéntica a efectos del mantenimiento de derechos de los trabajadores en casos de traspasos de empresas, centros de trabajo o de partes de empresas o de partes de empresa o de centros de actividad, como «entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesorio». Este mimetismo implica la obligación de los órganos judiciales de lo mercantil de respetar la doctrina ya elaborada por el TJUE sobre el concepto de sucesión de empresa o parte de esta cuando se produce por asunción de plantilla en actividades que descansan esencialmente en la mano de obra. Cuestión sobre la que más tarde se volverá.

La segunda razón es que la existencia de una definición en sí misma aporta una obligación. Y es que el órgano judicial del concurso, de darse los requisitos de una sucesión de empresa, esto es, de existir un conjunto de medios y recursos humanos y materiales organizados para el ejercicio de una actividad económica, con carácter principal o accesorio, no podrá obviar respecto a esta parte transmitida la subrogación de la entidad adquirente de las relaciones laborales y de los créditos laborales y de Seguridad Social dentro de los límites que preceptúa el art. 224 TRLC. Por consiguiente, teóricamente, no podrán existir perímetros artificiales.

5.2.- El respeto a normas antidiscriminatorias y la prioridad de permanencia de los representantes

Ciertamente, en ocasiones se aduce que en la subrogación de las personas trabajadoras se han producido discriminaciones, por ejemplo, por razón de la edad o por razones sindicales, al haberse preterido a unas personas sobre otras. Esta cuestión exige una aportación de pruebas indiciarias de la situación de discriminación. Pero normalmente, el hecho de que el órgano judicial del concurso haya autorizado dichas subrogaciones avoca a las mismas a su rechazo, en particular, cuando se plantean *a posteriori*, sin haber impugnado judicialmente el auto de autorización de la venta judicial emitido por el órgano judicial del concurso¹³.

En relación con la prioridad de permanencia, el art. 68.b) ET establece como garantía la «prioridad de permanencia en la empresa o centro de trabajo respecto de los demás trabajadores, en los supuestos de suspensión o extinción por causas tecnológicas o económicas». Esta garantía aparece cuando la condición de representante se ostente en el momento de la extinción del contrato, aun cuando inicialmente no se tuviera esta condición¹⁴. De otro lado, la garantía sólo existe mientras el representante está en activo, no se extiende pues al año siguiente a su cese como representante¹⁵. La garantía juega si hay varios trabajadores afectados¹⁶, pero no si se produce el cierre definitivo del centro de trabajo¹⁷. Tampoco en los casos de sucesión de empresa, puede esgrimirse en sentido contrario, esto es, como un derecho de permanencia de los representantes de los trabajadores en la empresa saliente¹⁸. Por otra parte, si las personas representantes son objeto de adscripción a la unidad productiva autónoma, la continuidad de su mandato debe enjuiciarse *a posteriori*, puesto que esta condición de representante se pierde si el representante deja de pertenecer al centro de trabajo¹⁹ o si el centro de trabajo pierde su autonomía en caso de transmisión de empresas.

La prioridad de permanencia no juega en el conjunto de la empresa o del centro, sino que funciona únicamente dentro del grupo profesional o categoría equivalente que realice la persona trabajadora representante, según el sistema de clasificación vigente en la empresa. De manera que, si se ha autorizado la venta judicial y la subrogación de personas trabajadoras de una determinada categoría, la persona representante tendría prioridad respecto a otras de su misma categoría o grupo²⁰. La garantía no juega ante un trabajador de distinta

¹³ Vid. STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 2 de febrero de 2023, rec. 5260/2022, quien alude a que “las circunstancias referidas a la venta y la sucesión se sustanciaron dentro de las secciones que afectan a la liquidación y a la masa activa del concurso, sin que conste impugnación alguna al respecto”.

¹⁴ STS de 30 de octubre de 1989.

¹⁵ STS de 16 de septiembre de 2013, rcud.1636/2012.

¹⁶ STS de 11 de noviembre de 1987.

¹⁷ STS, Sala 3ª, de 23 de octubre de 2008, rec. 667/2006.

¹⁸ STS de 29 de enero de 2019, rec. 12/2018.

¹⁹ STS de 1 de junio de 1990.

²⁰ Un ejemplo ilustrativo puede verse en STSJ Canarias, Sala Social, de 20 de julio de 2018, rec. 270/2018, en el que el representante tenía la categoría de administrativo, habiendo delimitado el órgano judicial del concurso en la venta judicial que correspondía la subrogación de uno de los dos administrativos de la empresa concursada, por lo que se estimó aplicable la prioridad de permanencia. En cambio, si no hay puesto de trabajo equivalente al ostentado por la persona representante en la unidad productiva transmitida en el concurso, no jugaría dicha prioridad de permanencia (STSJ País Vasco, Sala Social, de 19 de abril de 2016, rec.531/2016).

cualificación²¹. El Tribunal Supremo ha precisado asimismo, que el ámbito de la garantía de permanencia no queda limitado al ámbito de afectación de la causa extintiva (por ejemplo, la amortización de puestos de trabajo en un centro de trabajo), sino que se extiende al ámbito en el que ejerce su representación el representante (que puede ser la empresa). De suerte que, en algunos casos, ello puede motivar que para respetar la garantía puedan resultar excedentes trabajadores de otras unidades productivas donde en principio no estaba prevista la amortización de puestos de trabajo²². Por otra parte, en ocasiones, no basta con que existan trabajadores que pertenezcan al mismo grupo o categoría profesional, si no existe una identidad de funciones ni de cometidos²³.

La preferencia no es absoluta y no opera en un caso de acuerdo de suspensión temporal y rotativa de los contratos que se pactó con afectación de todos los trabajadores de la plantilla²⁴. El Tribunal Constitucional ha señalado que se entiende que no cabe la renuncia a la garantía por parte del representante en beneficio de otros trabajadores, dado que no se trata de un «privilegio» sino de un patrimonio del propio órgano de representación para cumplir sus finalidades y, al que no cabe renunciar (STC 191/1996, 26 nov.).

5.3.- La delimitación casuística de cada unidad productiva y cómo evitar perímetros artificiales

Anteriormente se ha hecho alusión a la existencia de un concepto de unidad productiva, que habrá de trasladarse a cada caso. Ciertamente la labor de los órganos judiciales del concurso es fundamental para evitar dudas y perímetros artificiales.

Respecto a las dudas, una primera cuestión es que siempre es interesante, para despejar incertidumbres, que el órgano judicial del concurso se pronuncie en un sentido positivo o negativo, sobre si considera que la venta judicial de activos o elementos patrimoniales materiales o inmateriales es o no apta para conformar una unidad productiva autónoma. En algunos casos, los juzgados de lo mercantil descartan expresamente que una determinada enajenación constituya una unidad productiva autónoma, que active los efectos de la sucesión de empresa en los términos del art. 224.1.3, pero en otros casos, no existe tal pronunciamiento, debiendo deducirse si hay sucesión de empresa o un conjunto aislado de elementos patrimoniales. Es cierto que, en ocasiones, se cuenta con criterios jurisprudenciales ya asentados. Por ejemplo, la venta de participaciones de la sociedad, aunque provoca una transmisión indirecta, no es transmisión de empresa, mientras la sociedad cuyas acciones se adquieren mantenga su propia existencia y personalidad, incluso si se adquieren todas las acciones²⁵.

En punto a los perímetros artificiales, el hecho de que el tamaño del perímetro condicione los efectos de la subrogación en los créditos laborales y de Seguridad Social a las personas trabajadoras que continúan prestando sus

²¹ STS, Sala 3ª, de 22 de abril de 2003, rec. 687/1998.

²² STS de 30 de noviembre de 2005, rcud.1439/2004.

²³ STS, Sala 3ª, de 23 de septiembre de 2008, rec. 7678/2005.

²⁴ STSJ Comunidad Valenciana de 16 de noviembre de 2015, rec. 2402/2015.

²⁵ STS de 20 de diciembre de 2012, rcud. 3754/2011.

servicios en la empresa en los términos del art. 224.1.3 TRLC comporta que al adquirente le pueda interesar quedarse sólo con los imprescindibles. Y es claro que no puede desconocerse que en la venta la decisión del órgano judicial del concurso va a verse condicionada por lo que interese a las entidades potencialmente adquirente y las ofertas que se realicen. Dichas ofertas pueden a veces evidenciar que el adquirente está interesado en ajustar la mano de obra necesaria para mantener la actividad en la unidad productiva, a veces legítimamente, para que sea más funcional u operativa, y a veces no tan legítimamente. El interrogante es si se puede hacer o no una delimitación de las relaciones a la carta.

Teóricamente, la respuesta debe ser negativa, pues lo razonable es que, si un adquirente se queda una parte de una empresa, se quede a todas las personas afectas a esa parte, sin que la mera voluntad del adquirente pueda servir como criterio delimitador. Sin embargo, existen elementos que relativizan tan categórica afirmación. Así, por una parte, ha de partirse de que el órgano judicial del concurso no es experto en materia empresarial, sino en derecho, por lo que deberá contar con elementos que apunten la decisión de apartarse, rechazar o modificar una determinada oferta empresarial. Además, por otra parte, de los procedimientos de transmisión de la unidad productiva previstas en los arts. 215 y ss. del TRLC: adjudicación mediante venta directa, subasta judicial electrónica o subasta a través de una entidad especializada, la vía más utilizada en la práctica es la de adjudicación directa. No en balde, el artículo 216 TRLC permite la adjudicación directa de la totalidad de la empresa o de una o varias unidades productivas, en cualquier estado del concurso y no sólo cuando la subasta quede desierta. Además, la venta directa es el procedimiento prevalente que rige en las microempresas conforme al art. 710 TRLC, de manera que sólo rige la subasta si no es posible la venta directa. Esta regla prevista para las microempresas es particularmente importante dada las características del tejido empresarial español, de pequeñas y medianas empresas. La adjudicación directa, que será autorizada por el juzgado de lo mercantil mediante un auto. Aunque en dicho auto, el órgano judicial fijará el perímetro y este puede venir influido por la delimitación de unidades productivas realizada *a priori* por la administración concursal; tampoco puede desconocerse que, en muchos casos, este viene predeterminado por la oferta planteada por el adquirente, produciéndose frecuentes despidos colectivos en las relaciones laborales que quedan fuera.

Por otra parte, en caso de adjudicación de la unidad productiva mediante una subasta, puede haber ofertas heterogéneas o a la carta. Y es que el art. 218 del TRLC, al regular el contenido mínimo de la oferta permite un margen a la autonomía de la voluntad del oferente, a la hora de indicar los bienes, derechos, contratos -entre los que se incluirían los de trabajo-, licencias o autorizaciones (art. 218.2) y la incidencia de la oferta sobre los trabajadores (art. 218.4) que integrarían la unidad productiva sobre la que realizar la oferta de transmisión. Ciertamente, esta heterogeneidad de las ofertas ha planteado legítimas críticas porque en teoría, el mecanismo de subastas, para operar debidamente, debe partir de la premisa de ofertas homogéneas para valorar diferentes pujas. Pese a ello, en la práctica, el contenido de las ofertas por una unidad productiva puede ser muy diferente, en particular, en relación con el elemento personal, esto es, las relaciones laborales en las que el ofertante se subrogaría. Uno de los casos

recurrentemente expuestos por la doctrina (Palomo Balda, 2023: 109), es del Auto de 25 de mayo de 2021, concurso 430/2020, en el que el JM núm. 1 de Mallorca adjudicó la unidad productiva de la empresa Perlas Majórica, y en la que las ofertas cubrían un amplio espectro en relación con los puestos de trabajo, pues de una plantilla de 227 personas, existían ofertas de mantener desde 96, a 174, puestos de trabajo.

El supuesto de ofertas a la medida del ofertante no es aislado. Es frecuente que haya un adquirente que ofrezca una cantidad por la unidad productiva, que puede resultar irrisoria a primera vista. Ahora bien, la valoración, que obviamente corresponde al órgano judicial del concurso, puede finalmente ser admitida si el pasivo es muy elevado o se ofrece la continuidad de determinadas relaciones laborales. Téngase en cuenta que en el caso de subastas sí existen reglas que limitan las posibilidades de adjudicación²⁶, que, en cambio, no operan, en los casos de ventas directas.

Dejando de lado el tema de las ofertas en la “delimitación” del perímetro de cara a una subasta, conviene profundizar en si existen elementos que puedan servir de guía para evitar perímetros artificiales en relación con el más delicado de los temas: el del personal incluido en las relaciones laborales que deben ser objeto de subrogación por el adquirente. Vayamos de los supuestos más sencillos a los más complejos.

Entre los primeros, puede haber casos donde la delimitación del elemento personal es muy clara, porque ya estaban las personas trabajadoras adscritas a la unidad productiva objeto de venta judicial, sin que las no incluidas puedan reclamar su adscripción²⁷. Un ejemplo de este tipo de supuestos sencillos es aquellos casos donde exista una venta judicial de un centro de trabajo o de una unidad productiva previamente delimitada, donde la maquinaria o infraestructura, los elementos materiales e inmateriales y las relaciones laborales ya funcionaban de manera separada del conjunto de la empresa.

Los casos más complejos son aquellos en los que no existía un funcionamiento autónomo de la unidad productiva transmitida y, donde si se me permite la simplificación, el órgano judicial del concurso ha de realizar una delimitación *ad hoc* del perímetro sin ninguna apoyatura previa. Ello puede abarcar diferentes supuestos complicados, por ejemplo, cuando hay que hacer una “selección” de las personas trabajadoras, que con anterioridad a la venta judicial no estaban claramente adscritas a un ámbito de la empresa. En este

²⁶ En caso de subasta, conforme al art. 219 TRLC, solo se permite la adjudicación de la unidad productiva al oferente cuya oferta no difiera en más del quince por ciento de la oferta superior cuando considere que garantiza en mayor medida la continuidad de la empresa en su conjunto. Esta regla se aplicará también a las ofertas de personas trabajadoras interesadas en la sucesión de la empresa mediante la constitución de sociedad cooperativa o laboral.

²⁷ STSJ Madrid 123/2023, de 10 de febrero, rec. 871/2022, en el que determinados trabajadores no subrogados reclamaron la inclusión en el proceso de transmisión de la unidad productiva. Pretensión esta que no fue admitida, porque lo transmitido fueron los centros dedicados a tratamientos dentales y estéticos, pero no la unidad productiva en la que prestaban servicios las personas trabajadoras demandantes, dedicada a la gestión de locales y a los servicios inmobiliarios. Razonó la mencionada Sala de lo Social que las unidades productivas transferidas estaban constituidas como entidades económicas autónomas antes de la transmisión, contando con un conjunto claro de elementos patrimoniales y humanos, entre los que se incluía determinadas personas trabajadoras, y donde no figuraban los demandantes.

punto, la jurisprudencia social había venido estableciendo que era necesario determinar la adscripción de los trabajadores en los casos de sucesión parcial, que no comprendiese la totalidad de la empresa²⁸. Otro criterio, esta vez de la doctrina mercantilista se ha inclinado por entender que sólo deberán ser subrogadas las personas trabajadoras que prestan servicios de forma exclusiva, o al menos, prevalente, en la unidad productiva enajenada (Barros García, 2021: 1261-1262 y Flaquer Riutort, 2023: 118).

La última palabra en este punto la tendrá el órgano judicial del concurso, conforme al amplio margen que le otorga el art. 221.2 TRLC, de determinar las relaciones laborales que integran la sucesión de empresa.

5.4.- La cesión global de activos frente a la transmisión de una unidad productiva

Un supuesto particularmente delicado puede plantearse si se produce una liquidación productiva donde se transmite el negocio en blanco, es decir, se vende el fondo de comercio, junto con los activos materiales e inmateriales, pero se transmite el negocio sin personas trabajadoras. En el TRLC se regula la cesión global de activos, que dispone de un régimen distinto a la de la transmisión de la unidad productiva. Una de las diferencias entre uno u otro régimen es que en la cesión global de activos no se transmiten las relaciones laborales de las personas trabajadoras de la empresa, sino los inmuebles, la maquinaria y la infraestructura para desarrollar el servicio.

De entrada, se ha de partir de una obviedad. La transmisión de unidades productivas autónomas sería un concepto más restringido que el de empresa o centros de trabajo. Y a efectos de su identificación puede acudirse a criterios tales como: departamentos o secciones con contratos específicos con clientes o proveedores, la existencia de personas trabajadoras adscritas a una parte de negocio o licencias de actividad o contratos específicos de una unidad económica diferenciada de la actividad. En cuanto al concepto de unidad productiva de explotación pueden rastrearse ejemplos de unidades productivas autónomas. Por ejemplo, la actividad de edición de una empresa que venía desarrollando ésta junto con la de impresión²⁹ o la sección de contabilidad de una empresa que prestaba un servicio integral de actividades profesionales económicas³⁰.

La delimitación entre la venta de una unidad productiva y la cesión global de activos no siempre es sencilla y se ha cuestionado en ocasiones, que bajo la apariencia de una cesión global de activos se ha eludido fraudulentamente el régimen de sucesión de empresa. Se trata de un tema casuístico. Así, por ejemplo, se ha admitido la legalidad de una cesión global de activos de una empresa en concurso, sin incluir a ninguna persona trabajadora, si con anterioridad, se había producido una terminación de la actividad productiva de la empresa concursada. De modo que no existirían relaciones laborales en vigor en el momento de la transmisión de activos, estando la empresa sin

²⁸ STS de 27 de junio de 1983 y 4 de junio de 1987.

²⁹ STS de 16 de mayo de 1990.

³⁰ STSJ Cataluña de 27 de abril de 2004, rec. 244/2003.

funcionamiento años antes y debiendo la entidad adquirente realizar una inversión en su rehabilitación³¹. En cambio, no serían admisibles los supuestos donde se evidencia que se ha producido una maquinación fraudulenta para vaciar el negocio de trabajadores a través de un fingido concurso voluntario y transmitirlo a nueva sociedad³² o cuando los adquirentes de las unidades productivas son personas especialmente vinculadas con el concursado, pues el art. 224.2 TRLC excluye la regla general de que la TUP lleva aparejada la exoneración de determinados créditos.

VI.- EL DÍA DESPUÉS DE LA DELIMITACIÓN DEL PERÍMETRO DE LA SUCESIÓN DE EMPRESA

Aunque la competencia del órgano judicial del concurso para delimitar la sucesión de empresa en el concurso abarca la fase preconcursal y la del discurrir del propio concurso, no está tan claro que se extienda hacia el futuro. Así, algunos juzgados mercantiles han declarado que su competencia es para declarar la sucesión de empresa —y, para delimitar el perímetro—, pero sólo en caso de transmisión de unidades productivas en el concurso. Por tanto, no comprendería otros supuestos de subrogación convencional o contractual, sin perjuicio de que sobre estos pudiera eventualmente pronunciarse el órgano judicial mercantil (Taléns Seguí, 2024). También se ha señalado otro límite en aquellos supuestos en los que trabajadores cuyo contrato fue extinguido con anterioridad a la transmisión de la unidad productiva en el concurso, ya sea por el propio juez del concurso, o en caso de despidos objetivos individuales o, incluso, con anterioridad a su declaración, pueden interponer demanda contra la empresa adquirente de la unidad productiva. En muchos casos, estas demandas interesarían que se declarase que, de las circunstancias concurrentes simultáneamente o con posterioridad a la enajenación de una unidad productiva en el concurso debería haberse producido una subrogación de su relación laboral. En el mismo sentido, López Cumbre (2023) apunta que, si el órgano judicial rechaza que ha existido sucesión laboral de empresa, pero luego se evidencia que sí existió, los interesados con legitimación activa podrán iniciar acción ya en el orden social. Y ello porque habría concluido el concurso y, con él, la intervención del juez mercantil en defensa de una posible actuación empresarial fraudulenta (p. 93).

Se trataría, por consiguiente, de una cuestión donde la competencia correspondería al orden social, y donde a mi juicio, habrían de acreditarse elementos nuevos, y si se me permite el añadido, fraudulentos, no tenidos en cuenta por el órgano judicial mercantil de los que se dedujese la obligación de subrogación de la empresa adquirente de la unidad productiva. En estos casos,

³¹ Vid. Auto del Juzgado de Primera Instancia nº4 y de lo Mercantil de Guadalajara, de 11 de mayo de 2016. Otro ejemplo es el ya citado por Palomo Balda del Auto de la AP de Álava, orden civil, de 22 de julio de 2021, rec. 473/2021, en el que se desestimó un recurso contra un auto del JM número 1 de Vitoria, de 30 de noviembre de 2020, concurso 42/2020, en que se había aprobado el plan de liquidación de una sociedad del sector cárnico en el que se preveía la enajenación unitaria.

³² SSTSJ Galicia, de 19 de octubre de 2022, rec. 4670/2022 y de 21 de diciembre de 2022, rec. 6107/2022.

un elemento que conviene tener en cuenta es qué ocurre en los supuestos donde se produce una venta judicial de actividades desmaterializadas, que descansan esencialmente en el *know how* de la mano de obra y puede entenderse que exista una asunción de una parte esencial de la plantilla.

En los supuestos de transmisión de una unidad productiva en el concurso, los juzgados de lo mercantil deben tener en cuenta la construcción de la sucesión de empresa por asunción de plantilla en actividades que descansan esencialmente en la mano de obra. Y ello, porque dicha doctrina deriva de un cuerpo doctrinal elaborado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea³³. De hecho, la Sala Cuarta del TS tardó bastante tiempo en asumirla³⁴. Sin embargo, a veces la obligación de subrogación de unas concretas relaciones laborales puede evidenciarse después, si ha habido conductas en fraude de ley del adquirente. Conforme a la construcción del Tribunal de Justicia, en actividades o negocios que no requieren infraestructura productiva o esta es marginal, puede existir un traspaso de empresa, si se produce por la entidad adquirente una asunción de una parte esencial de la mano de obra que anteriormente prestaba la actividad. Dicha transmisión se apoyaría en dos elementos: la transmisión de la actividad y la asunción de la plantilla.

El primer requisito para la aplicación de la doctrina es que la unidad productiva afecte a una actividad que descanse esencialmente en la mano de obra. Respecto a este criterio conviene aclarar que opera en sectores de actividad en que las contrataciones descansan esencialmente en la mano de obra y no requieren demasiados activos materiales. Por tanto, una primera precisión es que la sucesión de empresa “no tiene lugar siempre que la nueva adjudicataria del servicio contrate a la mayor parte o una parte relevante de los trabajadores que constituían la plantilla de la empresa saliente, sino que además es preciso que para la ejecución de la contrata de servicios no sea necesaria la utilización de medios materiales importantes” (AA.VV. (coord. M. Iglesias Cabero), 2019: 23-24).

La doctrina se utiliza a veces la expresión de actividades “desmaterializadas”, lo que puede conducir a la interpretación de que, si hay elementos materiales, ya no se puede aplicar la doctrina de la sucesión de plantilla. Sin embargo, el TS también ha dicho que “cuando la actividad requiere de medios materiales de valor marginal (ordenadores y móviles) o de escasa entidad al lado del montante de la contrata para la que lo esencial es el elemento humano”³⁵, debe apreciarse la sucesión de plantilla.

Estos sectores desmaterializados no están claramente especificados, pero su determinación es importante, porque fuera de éstos, sí se exigirá el elemento patrimonial para que concurra una sucesión empresarial.

³³ SSTJUE de 11 de marzo de 1997, C-13/95, asunto *Süzen*; de 10 de diciembre de 1998, C-127/96, C-229/96 y C-74/97, asuntos *Sánchez Hidalgo Hernández Vidal*; de 24 de enero de 2002, C-51/00, asunto *Temco Services Industries*, entre otras.

³⁴ Léase la conocida sentencia del TS de 20 de octubre de 2004 y posteriormente, la STS del Pleno, de 27 de septiembre de 2018, rcud. 27147/2016, en la que se produjo una recepción plena de la construcción de la jurisprudencia europea en el ámbito de las sucesiones de unidades productivas de servicios.

³⁵ STS de 27 de abril de 2015, rec. 348/15.

Las actividades que descansan esencialmente en la mano de obra bien no exigen una estructura productiva, o bien requieren una muy simple y básica. Así, el criterio de asunción de plantilla en contrata que se sustentan esencialmente en mano de obra se ha utilizado en asuntos relacionados con contrata de limpieza³⁶, de vigilancia³⁷, mantenimiento de unas instalaciones deportivas³⁸, labores auxiliares de atención e información al cliente en una cadena de hipermercados³⁹, servicios auxiliares y accesorios en aeropuertos⁴⁰. También cabría incluir los de recepción, mantenimiento de instalaciones eléctricas⁴¹, informáticas y de jardinería.

No se aplica en sectores que requieren una infraestructura empresarial importante como las de restauración colectiva en un hospital⁴², la actividad de *handling*, de asistencia en tierra a pasajeros y aeronaves⁴³ o los servicios de radiofármacos y servicio de gestión de residuos radioactivos. En todos estos casos la simple continuidad de la actividad por una nueva empresa y la asunción de una parte de la plantilla de la anterior no permitiría entender que existiría una sucesión de empresa.

En cuanto al segundo elemento, el criterio de asunción de una parte esencial de la plantilla, plantea el problema de determinar cuándo existe una asunción de una “parte esencial” de la plantilla. La lectura de la jurisprudencia, evidencia que el término esencial puede ser interpretado en términos cuantitativos, como una porción relevante de trabajadores; pero también en términos cualitativos, como una porción decisiva de la plantilla, por su importancia o competencia, por ejemplo, trabajadores con facultades directivas o de mando o con cualificaciones profesionales específicas. La cuestión es evidentemente casuística⁴⁴. Luego está el tema de cómo se mide. No es lo mismo medir la asunción de plantilla en relación con un centro de trabajo o una unidad productiva autónoma concreta, que en toda la empresa. El criterio de la Sala Social del Tribunal Supremo ha sido el de entender que la sucesión de plantilla

³⁶ Vid. SSTJUE de 10 de diciembre de 1998, asunto Hernández Vidal y otros; y STJCE de 24 de enero de 2002, asunto *Temco*, y STS de 12 de julio de 2010, rec. 2300/2009.

³⁷ STJUE de 10 de diciembre de 1998, asunto Sánchez Hidalgo.

³⁸ STS de 27 de octubre de 2004, rec. 899/2004.

³⁹ STSJ de Cataluña de 14 de julio de 2013, rcud. 1091/2013.

⁴⁰ STSJ de Madrid de 12 de noviembre de 2010, rec. 3393/2010.

⁴¹ Pero alguna sentencia lo ha excluido como la STSJ Cataluña de 19 de diciembre de 2012.

⁴² STJCE 20-11-03, asunto *Abler*, C- 340/01, que tomó en cuenta que, aunque el hospital fuera propietario del lugar y de los equipos, los mismos fueron puestos a disposición del nuevo contratista.

⁴³ STS de 29 de febrero de 2000.

⁴⁴ En la STS de 7 de diciembre de 2011, rcud. 4665/2010, en servicios de jardinería, se estima con una asunción del 80% de la plantilla. En la STSJ de Murcia de 3 de junio de 2013, rec. 155/2013, se aplica con la asunción de un 79% de la plantilla. En la STS de 28 de febrero de 2013, rec. 642/2012, se aplicó en una contrata de actividades de seguridad con un porcentaje del 74%. Pero también se ha admitido con porcentajes entre el 50% y el 60%. Como, por ejemplo, en la STSJ Cataluña de 1 de septiembre de 2014, rec. 1837/2014, donde se subrogó el 57% de la plantilla en la concesión, por parte de AENA, del servicio de mantenimiento de baja tensión de la terminal de un aeropuerto. E incluso inferiores al 50%. Sirva de ejemplo la STSJ Baleares de 27 de diciembre de 2012, rec. 232/2012, para la actividad de mantenimiento de trenes, donde la empresa asumió al 43% de la plantilla. No se admite en un caso donde la empresa multiservicios asumió el 10% de la plantilla (STSJ de Madrid de 11 de enero de 2012, rec. 5280/2011). Ni en la STSJ Galicia de 30 de octubre de 2015, rec. 3123/2015, en una gestión de una escuela infantil, donde se asumió el 11% de la plantilla.

funciona donde la subrogación haya de producirse, en el centro de trabajo o unidad productiva autónoma⁴⁵.

Un tercer elemento es el lapso temporal para la existencia de la sucesión de la plantilla. Algunos autores, han interpretado con base en alguna sentencia de suplicación, que la empresa entrante ha de asumir parte significativa de la plantilla de la empresa saliente desde un primer momento (AA.VV. (coord. M. Iglesias), 2019: 64). Un ejemplo puede verse en la STSJ de Cataluña de 19 de octubre de 2010, rec. 3546/2010, que excluyó una sucesión de plantilla en un caso de una empresa que “hasta esos dos meses más tarde de la sucesión” no se decidió a contratar a algunos de los trabajadores que habían formado parte de la plantilla de la empresa saliente. Obviamente, esta posición dificultaría la aplicación de la doctrina de la sucesión de empresa por asunción de una parte esencial de la plantilla en una venta de una unidad productiva autorizada por un órgano judicial en un concurso, si la contratación de esta parte esencial de la plantilla se produce *a posteriori*. Pero, dicha posición, ha de resultar matizada si se acredita una contratación *a posteriori* en fraude de ley para eludir la sucesión de empresa.

Una cuarta cuestión que conviene aclarar es que no ha de impedir la aplicación del criterio de la asunción de la plantilla una estrategia frecuentemente utilizada, y que es el que la empresa entrante haya efectuado un nuevo proceso de selección para contratar a los trabajadores o que incluso los haya contratado con un contrato, permítaseme la expresión, a contador cero. Lo determinante es que el servicio lo sigan prestando una parte esencial de los trabajadores que venían ejerciendo esa actividad con el nuevo empresario. De hecho, en los casos en que se aparenta la extinción del contrato de trabajo con el anterior contratista y el nacimiento de una nueva relación laboral, los tribunales no han dado valor a las bajas voluntarias o finiquitos de los trabajadores. Ello, aplicando la clásica doctrina del fraude de ley prohibido por el art. 6 del Código civil, al obligar a los trabajadores a renunciar a su fijeza⁴⁶.

VII.- ACCIONES JUDICIALES FRENTE A DECISIONES DE LOS JUZGADOS DE LO MERCANTIL EN LA DELIMITACIÓN DEL PERÍMETRO DE LA UNIDAD PRODUCTIVA

Interesa trazar brevemente las acciones de las personas trabajadoras y de los representantes de estas contra decisiones de los juzgados de lo mercantil en materia de sucesión de empresa y delimitación del perímetro de la unidad productiva

Frente al auto de adjudicación de una unidad productiva, sólo cabe plantear remedio de reposición. Por consiguiente, no cabe interponer

⁴⁵ STS de 10 de julio de 2014, rcud. 1051/2013. Es el caso de las empresas de servicios de Carrefour, que realizan funciones de información recepción, control, labores auxiliares de orientación etc. Al cambiar de empresa de servicios, la nueva contrató a la mayor parte de trabajadores, ahora bien, sin reconocerles antigüedad y abonándoles un salario inferior al que cobraban. Uno de los trabajadores no contratados reclamó la improcedencia de su cese. El TS reconoció dicha improcedencia sobre la base de que debió operar la subrogación por sucesión de plantilla.

⁴⁶ STSJ Comunidad Valenciana de 29 de junio de 2007, rec. 1759/2007.

directamente recurso de apelación en el orden civil, ni recurso de suplicación en el orden social. Veamos la fundamentación jurídica de esta afirmación

La razón de ser de que no quepa recurso de apelación es que el TRLC prevé que contra las decisiones de los órganos judiciales del concurso no cabrá recurso de apelación, salvo previsión expresa. Y el art. 422.3 TRLC excluye expresamente dicho recurso contra el auto que acuerde la enajenación individualizada de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas o de algunas de ellas, o de los elementos de que se compongan.

Tampoco cabe el recurso de suplicación. La fundamentación es que dicho recurso se plantea contra auto que deciden incidentes concursales laborales, pero según el art. 541 TRLC, dichos incidentes se ciñen a una serie de cuestiones que no incluyen la decisión del órgano judicial del concurso sobre la adjudicación de una unidad productiva. Ello impide a las Salas de lo Social de los TSJ entrar a conocer de cuestiones sobre el perímetro trazado por los juzgados de lo mercantil, esto por las personas que integran o no la unidad transmitida.

Por esta razón, el único mecanismo procesal para impugnar el auto de adjudicación de una unidad productiva por las personas trabajadoras y sus representantes sería el incidente concursal general, previsto en los arts. 532 y siguientes del TRLC, y ya contra la resolución que recayese resolviendo dicho incidente, cabría formular recurso de apelación en la jurisdicción civil ante la audiencia provincial.

Volviendo a los incidentes concursales laborales previstos en el artículo 541 TRLC ha de señalarse que tampoco la vía de los incidentes individuales ofrece una solución para la reclamación de las personas trabajadoras que han sido objeto de un despido y solicitan que la entidad adquirente de una unidad productiva las readmita o les pague una indemnización superior a los 20 días, y ello por varias razones. La primera es la imposibilidad de plantear cuestiones colectivas en el cauce incidental individual, donde lo que se impugna es una extinción producida en un despido colectivo concursal. La segunda es la posible falta de legitimación pasiva del adquirente en el procedimiento de despido colectivo. Y tercero, la caducidad de la acción pues, como señala Palomo Balda, un impedimento para la prosperabilidad de la acción individual es el plazo de un mes que establece el art. 541.2 TRLC cuando la sucesión de empresa se produce después.

VIII.- CONCLUSIONES

En un concurso pueden quedar activos valiosos en forma de unidades empresariales más pequeñas susceptibles de ser traspasadas y que pueden tener mayor valor económico que una empresa liquidada y desagregada en activos aislados. La enajenación de unidades productivas en el concurso es una cuestión que ha adquirido notable importancia por diversos motivos:

En primer lugar, porque se ha convertido en una de las instituciones concursales más importantes en el día a día de la práctica de los Juzgados Mercantiles como vía de solucionar varios intereses: el mantenimiento del tejido productivo, el incremento de las posibilidades de cobro de los acreedores y la

supervivencia de algunas relaciones laborales, aunque no siempre se logren todos ellos, ni en la misma medida.

En segundo lugar, porque pese a su gran importancia práctica, ha sido objeto de soluciones confrontadas y discrepantes en el orden social y civil. El punto más delicado ha sido la determinación si se produce una sucesión de empresa a efectos laborales y de Seguridad social y sus efectos.

En tercer lugar, porque diversos cambios legislativos recientes han afectado a la VUP. Por una parte, extendiendo la transmisión de unidades productivas a fases tempranas o previas al concurso. Por otra parte, las reformas normativas más recientes han pretendido despejar las, hasta el momento, eternas vacilaciones competenciales y regular distintos procedimientos de VUP. Una de las cuestiones de mayor fricción se produjo a partir del texto refundido de la Ley Concursal, que confirió a los juzgados de lo mercantil la competencia para entender que existía o no sucesión de empresa en estas VUP. Pese a la clara intencionalidad de la norma, se cernió una sombra de ilegalidad sobre la habilitación competencial por carecer dicha disposición de refundición del debido rango para introducir cambios normativos. Dos años más tarde, la Ley Orgánica 7/2022, de 27 de julio, modificó la normativa procesal de mayor rango, la Ley Orgánica del Poder Judicial, para taponar las dudas que pudieran subsistir sobre esta competencia de los juzgados de lo mercantil. Pese a la aclaración progresiva de interrogantes, como la cuestión competencial para determinar la existencia de una sucesión de empresa en sede concursal, quedaron muchos aspectos por resolver.

Muchas veces no estaba claro ante qué orden jurisdiccional reclamar eventuales derechos, ni siquiera si debía considerarse incluido en el perímetro de una unidad productiva objeto de enajenación concursal o no, ni a quién reclamar eventuales derechos (si a la empresa concursada o a la empresa adquirente de una unidad productiva, o a ambas), lo que en no pocas ocasiones, daba lugar a la prescripción o a la concurrencia de defectos en el planteamiento de las reclamaciones judiciales.

El legislador llamado a dirimir esta guerra entre órganos judiciales de distintos órdenes jurisdiccionales y dotar de seguridad jurídica se inclinó por impulsar la figura de las VUP y reforzar la competencia de los juzgados de lo mercantil para configurar las enajenaciones de unidades productivas en aras de lo más conveniente para el concurso.

Sin embargo, ni siquiera con ello, se cerraron las incertidumbres en varios aspectos, de los que, en síntesis, cabría resaltar tres:

En primer lugar, si la competencia de los órganos judiciales de lo mercantil para determinar la existencia de una sucesión de empresa se extendía a situaciones donde no existía concurso, pero este era inminente. La cuestión debería quedar despejada a la vista de lo resuelto por instancias judiciales europeas, en concreto con la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 28 de abril de 2022 (petición de decisión prejudicial planteada por el *Hoge Raad der Nederlanden* — Países Bajos) — *Federatie Nederlandse Vakbeweging / Heiploeg Seafood International BV, Heitrans International BV* (Asunto C-237/20).

En segundo lugar, si la determinación de una sucesión de empresa por los juzgados de lo mercantil debía hacerse o no conforme a lo establecido por los órganos judiciales del orden social. La cuestión merece una respuesta negativa. La sucesión de empresa en casos de concurso se rige por las disposiciones de la norma concursal, que, en la regulación vigente, otorga una libertad cuasi omnímoda a los juzgados de lo mercantil para autorizar la VUP, determinar si constituyen sucesión de empresa, su perímetro y los elementos personales y materiales que lo integran. Además, si se parte de la Directiva 2001/23, su artículo 5 permite exceptuar el régimen de cesión de derechos y obligaciones al adquirente (art. 3) y que la transmisión no sea motivo de despido (art. 4). Y, como ha interpretado el TJUE, estos derechos no son aplicables cuando se está en un procedimiento de insolvencia bajo el control del «juez de la quiebra predesignado», esto es, el Juez del concurso en el ordenamiento español.

En tercer lugar, si pese a la competencia de los juzgados de lo mercantil para determinar la existencia y alcance de una sucesión de empresa podía existir un cierto control de estas resoluciones por los órganos judiciales de suplicación. La respuesta es que, tras los cambios en la ley orgánica, la última palabra en esta materia corresponde a los órganos judiciales del concurso. Ya no podría mantenerse que los juzgados de lo social pudieran, al conocer de demandas de extrabajadores de la empresa concursada en reclamación de responsabilidad del adquirente de una unidad productiva, apartarse de lo decidido expresamente o por silencio por el juzgado de lo mercantil. Y ello no sólo sobre la base del carácter exclusivo y excluyente de la competencia reconocida a los juzgados de lo mercantil, sino también, por el carácter extraordinario y limitado del acceso a los recursos de suplicación en materia concursal laboral.

La cuestión se difiere al trazado del perímetro de una VUP por los juzgados de lo mercantil. Ello es esencial a los efectos de las obligaciones del adquirente respecto de las relaciones laborales adscritas al mismo. En no pocas ocasiones los órganos judiciales del concurso señalan que una vez se ha delimitado el perímetro de la venta de la unidad productiva, y no siendo viable la continuación del resto de la empresa en concurso, la cuestión de los afectados por un expediente de empleo concursal ha quedado ya predeterminada por la decisión previa sobre las personas trabajadoras adscritas a la unidad productiva objeto de enajenación.

La facultad del órgano judicial del concurso para delimitar el perímetro de una unidad productiva no es del todo absoluta ni incontrolable. Y ello, en la medida en que el órgano judicial debe respetar el concepto de unidad productiva propio de la legislación laboral y las normas antidiscriminatorias o de prioridad de permanencia.

La definición de VUP es idéntica a la procedente de normas comunitarias, en concreto, al art. 1.1.b) de la Directiva 2001/23/CE. Este mimetismo implica la obligación de los órganos judiciales de lo mercantil de respetar la doctrina ya elaborada por el TJUE. Teóricamente, no caben perímetros de unidades productivas a la carta, sin que la mera voluntad del adquirente pueda servir como

criterio delimitador. Sin embargo, existen elementos que relativizan tan categórica afirmación, en particular, en las adjudicaciones directas.

Un supuesto particularmente delicado puede plantearse si se produce una liquidación productiva donde se transmite el negocio en blanco, es decir, se vende el fondo de comercio, junto con los activos materiales e inmateriales, pero se transmite el negocio sin personas trabajadoras. La delimitación entre la venta de una unidad productiva y la cesión global de activos no siempre es sencilla y se ha cuestionado en ocasiones, que bajo la apariencia de una cesión global de activos, se ha eludido fraudulentamente el régimen de sucesión de empresa.

Aunque la competencia del órgano judicial del concurso para delimitar la sucesión de empresa en el concurso abarca la fase preconcursal y la del discurrir del propio concurso, no está tan claro que se extienda hacia el futuro. Así, algunos juzgados mercantiles han declarado que su competencia es para declarar la sucesión de empresa —y, para delimitar el perímetro—, pero sólo en caso de transmisión de unidades productivas en el concurso, sin abarcar otros momentos posteriores.

Se trataría, por consiguiente, de una cuestión donde la competencia correspondería al orden social, y donde habrían de acreditarse elementos nuevos y fraudulentos, no tenidos en cuenta por el órgano judicial mercantil de los que se dedujese la obligación de subrogación de la empresa adquirente de la unidad productiva.

Frente al auto de adjudicación de una unidad productiva, sólo cabe plantear remedio de reposición. Por consiguiente, no cabe interponer directamente recurso de apelación en el orden civil, ni recurso de suplicación en el orden social.

Por esta razón, el único mecanismo procesal para impugnar el auto de adjudicación de una unidad productiva por las personas trabajadoras y sus representantes sería el incidente concursal general, previsto en los arts. 532 y siguientes del TRLC, y ya contra la resolución que recayese resolviendo dicho incidente, cabría formular recurso de apelación en la jurisdicción civil ante la audiencia provincial.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. (coord. M. Iglesias Cabero) (2019) *Sucesión de empresas (paso a paso), Guía práctica sobre la sucesión de empresas en el ámbito laboral*, Colex, La Coruña.
- Barros García, M. (2021) Comentario al artículo 221, en AA.VV. (dir. A. Veiga Copo) (2021) *Comentario al Texto Refundido de la Ley Concursal*, tomo I, 1259-1266.

- Flaquer Riutort, J. (2023) La venta de la unidad productiva en crisis, *In Dret*, 3, 1-67. <https://indret.com/wp-content/uploads/2023/07/1805-numerat.pdf>
- García Villarrubia, M. (2020) La venta de unidades productivas en el concurso en la nueva regulación del Texto Refundido de la Ley Concursal: la sucesión de empresa, *Boletín Mercantil*, 91. https://www.uria.com/documentos/publicaciones/7271/documento/Foro_venta_unidad_productiva_TRLC.pdf?id=12090&forceDownload=true
- Palomo Balda, E. (2022) La sucesión de empresa tras la última reforma concursal (aspectos competenciales). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 471, 91-130. <https://doi.org/10.51302/rtss.2022.7237>
- López Cumbre, L. (2023) Ley concursal y Ley procesal social: interferencias y propuestas de (contra) reforma. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 474, 85-117. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.18789>
- Ortega Lozano, P. G. (2023) Sucesión de plantillas y actividades productivas que descansan esencialmente en la mano de obra, *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, 6, 216-255.
- Sánchez-Urán Azaña, Y. (2019) La sucesión de plantillas como factor determinante de la transmisión de empresas, en AA.VV. (dir J. GARCÍA MURCIA), *Transmisión de empresa y sucesión en el desarrollo de actividades empresariales*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra.
- Talens Seguí, J. (2024) Unidad productiva en el concurso. Sucesión de empresa por asunción de la plantilla. Procedimiento especial en las Microempresas, Ponencia XVIII Jornadas Valencianas de Relaciones Laborales, COGRASOVA, Valencia.
- Taléns Visconti, E. (2024) *Tratado de Derecho concursal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Valdés Dal-Re, F. (2001) *La transmisión de empresa y las relaciones laborales (Un estudio comparado de los ordenamientos comunitario y nacional)*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid.