

JURISPRUDENCIA COMUNITARIA Y *PRE-PACK*: HACIA UN *PRE-PACK* REESTRUCTURADOR PRECONCURSAL

DANIEL RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA
DOCTOR EN DERECHO. ABOGADO
ACADÉMICO DE LA REAL ACADEMIA ASTURIANA DE JURISPRUDENCIA

SUMARIO: I.- Planteamiento de la cuestión polémica. II.- La jurisprudencia comunitaria y la venta de unidades productivas preempaquetadas. III.- Incidencia *de lege ferenda* de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de determinados aspectos de la legislación en materia de insolvencia. IV.- Potenciación futura del auténtico *pre-pack* concursal. V. Conclusiones.

RESUMEN: Estudio del impacto de la jurisprudencia del TJUE en la venta de unidades productivas en *pre-pack*. Análisis de los aspectos fundamentales de la misma, impositivos del *pre-pack* preconcursal. Puesta en relación de la referida jurisprudencia con la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de determinados aspectos de la legislación en materia de insolvencia. En pro de la admisión del *pre-pack* preconcursal como parte de los planes de reestructuración preconcursales.

PALABRAS CLAVE: *Pre-pack* preconcursal; insolvencia; armonización concursal; planes de reestructuración.

ABSTRACT: Paper about the impact of the jurisprudence of the CJEU on the sale of production units in *pre-pack*. Analysis of the fundamental aspects of the same, which prevent *pre-pack* in relation with the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the harmonisation of certain aspects of insolvency law. In favour of the admission of the *pre-pack* as part of the *pre-pack* restructuring plans.

KEY WORDS: *Pre-pack*; insolvency; harmonisation of insolvency law; restructuring plans.

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN POLÉMICA

Con motivo de los trabajos previos a la aprobación de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de

la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (Directiva sobre reestructuración e insolvencia) e incluso ya antes fue frecuente en España el tratamiento del *pre-pack*, materia tratada en numerosas ocasiones cuando se analizaba la reforma concursal en curso.

De hecho, incluso antes de comenzar tales trabajos prelegislativos se redactaron diversos protocolos judiciales, en los que se fijaron reglas para la praxis de los Juzgados de lo Mercantil con el objetivo de intentar potenciar, acelerar y dar cierta seguridad jurídica a la venta de unidades productivas pre-empaquetadas. Así, son de referir: el protocolo *Pre-pack concursal: directrices para el procedimiento de tramitación de los Juzgados de lo Mercantil de Barcelona de 20 de enero de 2021*¹, la *Guía de buenas prácticas para la venta de unidades productivas de los Juzgados de lo Mercantil de Madrid de 22 de enero de 2021*² y el *Protocolo pre-pack concursal Baleares de 2 de junio de 2021*³.

A la hora de redactarse dichos protocolos⁴ uno de los objetivos perseguidos por sus autores, como se acaba de mencionar, fue el de acelerar la venta de unidades productivas, para evitar su deterioro progresivo durante la tramitación del concurso, y otro fue el de delimitar el perímetro de la unidad productiva, en cuanto al ámbito objetivo de deudas del concursado frente a sus trabajadores que deberían ser asumidas por el comprador de la unidad productiva.

El hablar de *pre-pack*, la potenciación creciente del Derecho preconcursal y la publicidad que se dio a tales protocolos en cuanto que instrumentos de aceleración de las ventas de las unidades productivas llevaron a que no pocos empresarios, tanto deudores como potenciales adquirentes, como incluso algunos profesionales del Derecho de las reestructuraciones e insolvencias, llegasen a pensar que se habían establecido mecanismos que permitían comprar una o varias unidades productivas de un deudor insolvente actual o inminente, en aquellos momentos, antes de y fuera del concurso de éste.

¹ <https://www.icab.es/export/sites/icab/galleries/documents-noticies/DEFINITIVO-DIRECTRICES-PARA-EL-PROCEDIMIENTO-DE-TRAMITACION-DEL-PRE-PACK-CONCURSAL-JJMM-BARCELONA.pdf>. Acogido en otros Juzgados que también lo vinieron aplicando, v. gr. Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Girona de 1 de abril de 2022 (Ilmo. Sr. D. Santiago Aragónes Seijo; Id Cendoj: 17079470012022200094).

² <https://web.icam.es/wp-content/uploads/2021/04/BUENAS-PRACTICAS-FINAL.pdf>

³ <https://aempi.es/wp-content/uploads/2021/05/PROTOCOLO-PRE-PACK-BALEARES.pdf>

⁴ Curiosamente después de haberse llevado a la letra de la ley la regulación del *pre-pack* en España, a los pocos días de su entrada en vigor el 26 de septiembre de 2022, volvió a aparecer un protocolo al respecto ahora de la aplicación de la Ley, que fue el Acuerdo 2/2022 del Tribunal de instancia Mercantil de Sevilla, sobre articulación procesal del *prepack* (art.224 ter a 224 septies) y la solicitud de concurso con presentación de oferta de compra de uno o varias unidades productivas, de 25 de octubre de 2022.

La *ratio* de tal interpretación estaba asentada, a mi juicio, en varias causas, que siguen concurrendo hoy:

- i) Los compradores de unidades productivas siempre tratan de que la venta se concierte lo antes posible, con el fin de evitar tanto que el tiempo deteriore la unidad productiva como que ese mismo tiempo facilite la aparición de competidores.
- ii) Y los deudores, no pocas veces, tienen prisa por liberarse del problema en que para ellos se ha convertido explotar una empresa deficitaria, e incluso, en ocasiones, ven la venta de algunas de sus unidades productivas como un instrumento para salir de su estado de insolvencia actual o inminente sin pasar por el estigma, los costes y las incertidumbres del concurso.

Ahora bien, todo lo anterior se buscaba siempre por los compradores con el presupuesto de que la compra de la unidad productiva hubiera de ser segura en términos jurídicos, de modo que los trabajadores asumidos y las deudas laborales y de Seguridad Social asumidas fuesen aquellas que hubieran delimitado en el perímetro de la unidad productiva dibujada en su oferta de compra.

Hete aquí que, llegados a este punto, es donde se sitúa la cuestión que se analiza en este breve trabajo, atinente a las aportaciones de la jurisprudencia comunitaria que inciden en la venta preempaquetada de unidades productivas y que suscitan dudas en cuanto a la posibilidad de que tal venta pudiese ser no sólo preempaquetada preconcursal y ejecutada concursal sino también preempaquetada preconcursal y ejecutada preconcursal.

II. LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA Y LA VENTA DE UNIDADES PRODUCTIVAS PREEMPAQUETADAS

La redacción de la Ley 16/2022 pudo aprovecharse para trasladar a la letra de la ley no sólo los protocolos judiciales descritos en el epígrafe precedente sino también para configurar un *pre-pack* también preconcursal, que operase como un verdadero instrumento de reestructuración empresarial preconcursal o paraconcursal, que debería quedar limitado a aquellos supuestos en los que su puesta en práctica sirviese para recuperar la solvencia del deudor, operando asimismo, en su defecto, para una rápida transmisión de la unidad productiva en sede concursal.

Dicha solución es la que pudiera haber resultado más práctica y efectiva, siempre que hubiera ido unida también, de un lado, a una mejor dotación de medios personales y materiales de los órganos judiciales⁵ y a un mejor empleo

⁵ Alcover Garau, G. (2020), “El denominado pre-pack concursal”, *La Ley Mercantil*, nº 82, julio-agosto 2020, www.smarteca.es

de los mismos, y que, por supuesto, de otro lado, además se hubiera redactado con el máximo cuidado para aportar seguridad jurídica.

Ahora bien, esa posibilidad siempre ha contado con el hándicap del art. 5.1 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.

Así, ya la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de junio de 2017⁶, si bien constató que, según la normativa nacional neerlandesa analizada en la misma, la operación de *pre-pack* fue preparada antes de la declaración de quiebra y fue ejecutada con posterioridad a esta, aunque podía estar comprendida en el concepto de «procedimiento de quiebra» en el sentido del art. 5.1 de la Directiva 2001/23⁷, consideró, no obstante, que,

⁶ TJCE 2017/99.

⁷ Recuérdese el texto completo del art. 5 de la Directiva 2001/23: “1. Salvo disposición en contrario por parte de los Estados miembros, los artículos 3 y 4 no serán aplicables a los traspasos de empresas, centros de actividad, o partes de empresas o centros de actividad, cuando el cedente sea objeto de un procedimiento de quiebra o de un procedimiento de insolvencia análogo abierto con vistas a la liquidación de los bienes del cedente y éstos estén bajo la supervisión de una autoridad pública competente (que podrá ser un interventor de empresas autorizado por una autoridad pública competente).

2. En el supuesto de que los artículos 3 y 4 se apliquen a un traspaso durante un procedimiento de insolvencia abierto respecto de un cedente (independientemente de que dicho procedimiento se haya iniciado para liquidar los activos del cedente) y a condición de que dicho procedimiento esté bajo la supervisión de una autoridad pública competente (que podrá ser un interventor de empresas determinado por la legislación nacional), un Estado miembro podrá disponer que:

a) no obstante lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 3, no se transfieran al cesionario las obligaciones del cedente, derivadas de los contratos o de las relaciones laborales, que puedan existir antes de la fecha del traspaso o antes de la apertura del procedimiento de insolvencia, siempre y cuando dicho procedimiento dé lugar, en virtud de la legislación de ese Estado miembro, a una protección como mínimo equivalente a la que se establece para las situaciones cubiertas por la Directiva 80/987/CEE del Consejo, de 20 de octubre de 1980, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario(7), y, o alternativamente, que: b) el cesionario, el cedente, o la persona o personas que ejerzan las funciones del cedente, por un lado, y los representantes de los trabajadores, por otro lado, puedan pactar, en la medida en que la normativa o la práctica en vigor lo permitan, cambios en las condiciones contractuales de empleo de los trabajadores, con la finalidad de mantener las oportunidades de empleo al garantizar la supervivencia de la empresa o del centro de actividad o de la parte de la empresa o del centro de actividad.

3. Un Estado miembro podrá aplicar la letra b) del apartado 2 a los traspasos cuando el cedente se encuentre en una situación de crisis económica grave, definida por la legislación nacional, siempre que la situación sea declarada por una autoridad pública competente y sea posible su control judicial, siempre que dicha disposición ya existiese en su ordenamiento jurídico el 17 de julio de 1998.

La Comisión presentará un informe sobre los efectos de la presente disposición antes del 17 de julio de 2003 y presentará al Consejo las propuestas que corresponda”.

4. Los Estados miembros tomarán las medidas oportunas para evitar que se abuse de los procedimientos de insolvencia para privar a los trabajadores de los derechos resultantes que en virtud de la presente Directiva les asisten”.

en la medida en que la operación tenía como objetivo principal la salvaguardia de la empresa en quiebra, no cumplía el requisito de que el procedimiento en cuestión se hubiera abierto con vistas a la liquidación de los bienes del cedente.

El TJUE precisó, por tanto, que la mera circunstancia de que dicha operación de *pre-pack* pudiera pretender también maximizar la satisfacción de los intereses de los acreedores no bastaba para transformarla en un procedimiento abierto con vistas a la liquidación de los bienes del cedente, que cumpliera el requisito del mencionado art. 5.1 de la Directiva 2001/23. El TJUE consideró asimismo que, en el marco de la operación de que se trataba, por el hecho de que la autoridad pública no hubiera ejercido ninguna supervisión sobre el futuro síndico ni sobre el futuro juez de la quiebra, no se cumplía el requisito de supervisión por una autoridad pública previsto en el art. 5.1 de la Directiva 2001/23.

Todo el razonamiento anterior condujo a la declaración del TJUE en dicha Sentencia de que una operación de *pre-pack* de este tipo no cumple todos los requisitos establecidos en dicha disposición y que, por consiguiente, no justifica una excepción al régimen de protección regulado en los artículos 3 y 4 de la Directiva 2001/23, lo que supone no exonerar al comprador de hacerse cargo de todos los trabajadores del cedente⁸.

Dicha conclusión del TJUE no ayuda a salvar la previsión del considerando (62) de la Directiva 2019/1023, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia), cuando dice que “cuando un plan de reestructuración suponga la transmisión de una parte de una empresa o negocio, los derechos de los trabajadores que resulten de un contrato de trabajo o de una relación laboral, en particular, el derecho a un salario, deben protegerse de conformidad con los artículos 3 y 4 de la Directiva 2001/23/CE, sin perjuicio de las disposiciones específicas que se aplican en caso de procedimiento de insolvencia de conformidad con el artículo 5 de dicha Directiva y, en particular, las posibilidades previstas en el artículo 5, apartado 2, de dicha Directiva”. Tal conclusión del TJUE, que se vino a ratificar por el Abogado General de la Unión Europea en sus Conclusiones del 9 de diciembre de 2021 en el asunto Heiploeg, supuso un freno a las ventas *pre-pack* en los Países Bajos⁹.

⁸ Siguiendo la exposición de Monereo Pérez, J. L. y S. Guindo Morales (2019), “La transmisión de empresa efectuada en el marco de un procedimiento de reestructuración judicial y la inexistencia normativa de un pretendido derecho del cesionario a elegir los trabajadores que continúan en la empresa”, *La Ley. Unión Europea*, nº 74, octubre 2019, www.smarteca.es. Más sintéticamente. *vid.* también Shaw Morcillo, L. (2021), “De la transmisión de la unidad productiva en el concurso”, *Prácticum Concursal 2021*, www.proview.thomsonreuters.com.

⁹ Gallego Córcoles, A. (2022), “Solicitud de concurso con oferta de adquisición de unidades productivas y ventas <<prepack>> en la proyectada reforma concursal”, *RDBB*, nº 166, abril-junio 2022, www.proview.thomsonreuters.com.

Lo hasta ahora expuesto se ratificó en la posterior Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de mayo de 2019¹⁰, cuando analizó una normativa belga (art. 22 de la Ley relativa a la continuidad de las empresas de 31 de enero de 2009) conforme a la cual la empresa cesionaria que se hace cargo de la empresa que se encuentra inserta en un procedimiento de reestructuración judicial (que no es lo mismo que un procedimiento de quiebra, como en diversas ocasiones ha reconocido el propio TJUE), una vez transmitida la misma, podría hacerse cargo de una parte de los trabajadores de esa empresa cedente (no de todos los trabajadores) y elegir a qué trabajadores contrata y a cuales se le da por extinguida la relación laboral (extinción que se produciría, en este caso, por la empresa cedente y no por la cesionaria).

Y es que en tal caso el TJUE dejó claro:

- i) Que un procedimiento judicial de reestructuración no es un procedimiento de quiebra;
- ii) Que tampoco cumple el requisito de liquidación un procedimiento que tenga por objeto la prosecución de la actividad de la empresa de que se trate;
- iii) Y que tampoco se cumplía el requisito de que el procedimiento estuviese bajo supervisión de una autoridad pública competente, ya que la supervisión que ejercía el administrador en el procedimiento de reestructuración judicial mediante transmisión sujeta a supervisión judicial presentaba un alcance más restringido que el de la supervisión ejercida por el administrador en un procedimiento de quiebra.

La consecuencia de lo hasta ahora expuesto fue, pues, la aplicación de los arts. 3 y 4 de la Directiva 2001/23, relativos al mantenimiento de los derechos de los trabajadores y la decisión del modo siguiente de la cuestión prejudicial planteada: “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 transmisiones de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, en particular sus artículos 3 y 5, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que, en caso de transmisión de una empresa efectuada en el marco de un procedimiento de reestructuración judicial mediante transmisión sujeta a supervisión judicial que se aplica con el objetivo de mantener la totalidad o una

¹⁰ Plessers vs Prefaco NV (C 509/17, EU:C:2019:424). No referida por Azofra Vegas, F. (2020), “Enajenación de unidades productivas”, *AJUM*, nº 54, 2020, pp. 47-48 (accesible en <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/7202/documento/art01.pdf?id=12055>), pp. 53-55, al analizar el tratamiento de los trabajadores y Seguridad Social en la venta preconcursal de unidades productivas, y tenida muy en cuenta en la doctrina laboralista, por ejemplo por García-Perrote Escartin, I. (2022), *Manual de Derecho del Trabajo*, 12ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 455.

parte de la empresa del cedente o de sus actividades, establece el derecho del cesionario a elegir de qué trabajadores desea hacerse cargo”.

Más reciente, volvió sobre la cuestión de la relación entre el *pre-pack* y el art. 5.1 de la Directiva 2001/23, la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de abril de 2022¹¹, al resolver dos cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Supremo holandés en un litigio sobre la posibilidad de que la excepción al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisión de empresas pudiese aplicarse en el caso de un *pre-pack*.

El origen de las mismas se encontró, de nuevo y como había ocurrido en la anterior Sentencia mencionada de 22 de junio de 2017, en el cuestionamiento del *pre-pack* neerlandés por parte de la Federación del Movimiento Sindical Neerlandés (FNV).

La solución que dio la citada Sentencia de 28 de abril de 2022 fue que “1) El artículo 5, apartado 1, 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, debe interpretarse en el sentido de que el requisito que prevé, según el cual los artículos 3 y 4 de dicha Directiva no se aplican a la transmisión de una empresa cuando el cedente sea objeto de un procedimiento de quiebra o de un procedimiento de insolvencia análogo «abierto con vistas a la liquidación de los bienes del cedente», se cumple cuando la transmisión de una empresa o de una parte de esta se prepara (“fase de preparación” o “fase preconcursal”¹²), antes de la apertura de un procedimiento de quiebra que tiene por objeto la liquidación de los bienes del cedente y durante el cual se realiza dicha transmisión, en el marco de un procedimiento de *pre-pack* cuyo objetivo principal consiste en posibilitar que en el procedimiento de quiebra se proceda a una liquidación de la empresa en funcionamiento que satisfaga al máximo los intereses del conjunto de los acreedores y que permita conservar en la medida de lo posible los puestos de trabajo, siempre que dicho procedimiento de *pre-pack* se rija por disposiciones legales o reglamentarias.

2) El artículo 5, apartado 1, de la Directiva 2001/23 debe interpretarse en el sentido de que el requisito que prevé, según el cual los artículos 3 y 4 de dicha Directiva no se aplican a la transmisión de una empresa, de un centro de actividad o de una parte de una empresa o de un centro de actividad cuando el procedimiento de quiebra o de insolvencia análogo de que es objeto el cedente «est[é] bajo la supervisión de una autoridad pública competente», se cumple

¹¹ TJCE 2022\82. En extenso, sobre dicha Sentencia, en nuestra doctrina *vid.* Thery Martí, A. (2023), “El *pre-pack* en la Propuesta de Directiva de 7 de diciembre de 2022”, *I&R*, n° 9, marzo 2023, pp. 96 y ss. y Cohen Benchetrit, A. (2023), “El *pre-pack* tras la reforma del texto refundido de la ley concursal por la ley 16/2022, de 5 de septiembre”, *I&R*, n° 9, marzo 2023, pp. 143 y ss.

¹² Thery Martí, A. (2023), p. 99.

cuando la transmisión de la empresa o de una parte de esta se prepara, en el marco de un procedimiento de *pre-pack* previo a la declaración de quiebra, por un «síndico predesignado», bajo el control de un «juez de la quiebra predesignado», y el contrato sobre esa transmisión se celebra y ejecuta una vez que se haya declarado la quiebra, que tiene por objeto la liquidación de los bienes del cedente, siempre que dicho procedimiento de *pre-pack* se rija por disposiciones legales o reglamentarias”.

Se encuentra pues, en la Sentencia de 28 de abril de 2022 que se acaba de referir, en la primera doctrina jurisprudencial unionista y en la aplicación de los arts. 3 a 5 de la Directiva 2001/23, un obstáculo insalvable para una operación *pre-pack* como mecanismo estricto de refinanciación o reestructuración al margen de control judicial y legal¹³, pues su aplicación en ese caso es muestra de que el *pre-pack* no es una solución mágica, toda vez que el comprador de la unidad productiva puede verse en poco tiempo afectado por contingencias laborales y responsabilidades patrimoniales del transmitente, que ni se imaginaba al tiempo de formular su oferta, máxime cuando el mismo está deficientemente asesorado o incluso cuando actúa *motu proprio*, sin asesoramiento alguno, que también hay casos que se encuentran así en la praxis¹⁴.

Un inciso es oportuno llegados a este punto. Tal situación que se acaba de describir se suscitaba en dos escenarios diferentes: el del comprador avisado, que ya había descontado en su oferta de compra la posible incidencia posterior de tal efecto boomerang de deudas y obligaciones del deudor, inicialmente excluidas de la unidad productiva adquirida; y el del comprador desprevenido,

¹³ Garrigues (2022), “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronuncia sobre el mantenimiento de contratos de trabajo en ‘pre-packs’ concursales”, 9 de junio de 2022, https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/tribunal-justicia-union-europea-pronuncia-mantenimiento-contratos-trabajo-pre-packs, va más allá al apuntar a que “Cabe entender, en consecuencia, que en aquellos ordenamientos en los que, pese a no estar regulado el *pre-pack* por normas legales o reglamentarias, se garantice un elevado umbral de seguridad jurídica –por ejemplo, porque haya una práctica judicial consolidada y previsible– podría entrar en juego la excepción a la aplicación de los artículos 3 y 4 de la Directiva que se contempla en el artículo 5.1. No parece probable que el TJUE apueste por identificar de forma absoluta “seguridad jurídica” con la existencia de “disposiciones legales o reglamentarias”. De hecho, incluso el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha defendido en diversas ocasiones que los derechos contemplados en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) pueden ser restringidos por una práctica jurisprudencial o incluso administrativa, siempre que se garantice una absoluta seguridad jurídica. Es más, el propio Abogado General, enumera los requisitos que a su juicio debería cumplir un procedimiento de *pre-pack* para garantizar un nivel aceptable de seguridad jurídica y que parecen absolutamente razonables: “facilitar a los operadores afectados una normativa que permita apreciar en cada caso, ex ante, sobre la base de criterios claros y determinados, las consecuencias y los costes de la utilización de una operación de este tipo”. Pues bien, si realmente en un determinado Estado existiera una práctica jurisprudencial que garantizara el cumplimiento de estos requisitos a la hora de tramitar un *pre-pack*, no parece lógico que quedara excluido del artículo 5.1 de la directiva por el hecho de no estar regulado por una norma de rango legal o reglamentario”.

¹⁴ Fernández Seijo, J. M^a. (2021), “Liquidación concursal, venta de unidades productivas y *pre-pack*”, 1 de febrero de 2021, <https://almacendederecho.org/liquidacion-concursal-venta-de-unidades-productivas-y-pre-pack>.

autodidacta o deficientemente aconsejado que, al cabo de un tiempo, se encontraba con la sorpresa de tales responsabilidades, no ponderadas al preparar y presentar su oferta de compra. Este segundo era, por supuesto, el que tenía más posibilidades de ver que el citado efecto sorpresa se llevase por delante su empresa, por causa de que fuese el propio comprador quien recayese en una situación de insolvencia posterior a la compra de la unidad productiva, que llevase tal unidad productiva a una situación idéntica, cuando no incluso peor, que a la concurrente en el momento de perfeccionarse la venta.

Es más, tampoco el *pre-pack* es siempre una solución para la economía en general, pues con la venta de unidades productivas puede ocurrir que deba reemprenderse la actividad, lo que genera espacios de tiempo con menor productividad, a la vez que puede perderse capital intangible tal como relaciones con clientes y proveedores, *know how* específico acumulado, equipos de trabajos conjuntados, etc...¹⁵. Y todo ello sin olvidar que nada impide que el comprador de la unidad productiva preempaquetada, una vez él al cargo de la misma ejecute medidas laborales que impliquen la extinción de un mayor o menor número de puestos de trabajo, a lo que hay que sumar que, por supuesto, nadie está abonado al éxito.

Evitar esa situación inicial parecía exigir, por tanto, una modificación de la normativa comunitaria. Es más, conviene advertir adicionalmente que la práctica muestra ventas sin *pre-pack* incluso más rápidas¹⁶ y todo ello siempre

¹⁵ Con De la Fuente, Á. y B. Arruñada (2021), “La solvencia empresarial en la crisis del Covid: situación y posibles medidas”, *Solvencia empresarial y derecho concursal: algunas reflexiones a la luz del Covid*, *Fedea Policy Papers -2021/04*, *Informes y papeles del Grupo de Trabajo Mixto Covid-19*, febrero 2021, <https://documentos.fedea.net/pubs/fpp/2021/02/FPP2021-04.pdf>, pp. 9-10, al respecto en general de la venta de activos y de empresas en concurso.

¹⁶ *Vid.* el ejemplo del Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 13 de Madrid de 8 de enero de 2020 (Iltma. Sra. D^a. Bárbara M^a. Córdoba Ardao; Id Cendoj: 28079470132020200001), con un concurso declarado el día 15 de octubre de 2019, efectuándose la venta en menos de tres meses, plazo incluso inferior al de la venta en *pre-pack* del citado Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Barcelona de 30 de octubre de 2020 (Iltmo. Sr. Raúl Nicolás García Orejudo; Id Cendoj: 08019470072020200002), si se toma en cuenta que la designación del administrador de reestructuración tuvo lugar el 29 de julio de 2020. En esta línea, ya en su momento razonó el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Barcelona de 21 de mayo de 2020 (Iltmo. Sr. D. Francisco Modesto Gil Monzo; JUR 2020\278032) que “sin llegar a desdeñar el esfuerzo que dice haber implementado el deudor en la localización de posibles inversores, el efecto de la enajenación pretendido respecto del crédito público y los acreedores con privilegio especial, obliga a sumar a aquellos esfuerzos preliminares, los propios de una venta plenamente concurrencial y transparente en sede concursal, cuya implementación, como es ampliamente conocido, puede llevarse de modo igualmente ágil en cualquier fase del concurso”. Y todo ello teniendo en cuenta el *leading case* de celeridad en venta de unidades productivas del grupo Abantia, que es el clásico Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Barcelona de 17 de marzo de 2016 (Iltmo. Sr. D. Florencio Molina López; JUR 2016\72934), después de haberse declarado el concurso por Auto de 16 de febrero de 2016, y confirmado por el Auto de la Sección 15^a de la Audiencia Provincial de Barcelona de 16 de junio de 2017 (Ponente: Iltmo. Sr. D. Manuel Díaz Muyor; JUR 2017\286596), siendo también muy próximo en celeridad el caso de la venta del colegio-escuela Laia a profesores del mismo, al haberse declarado

dejando al margen aquellas operaciones de compra de unidades productivas que puedan precisar la autorización de las autoridades de competencia, en cuyo caso el proceso se dilata más en el tiempo, lo mismo que ocurre cuando se precisan modificaciones en las condiciones laborales de los trabajadores. En todo caso, todo lo anterior sin perder de vista que hay supuestos de determinadas unidades productivas, concretamente de aquellas que trabajan con contratación pública, en los que lo decisivo es que la transmisión de las mismas tenga lugar antes de la apertura de la liquidación concursal, ya que el artículo 270.2 LCSP¹⁷ establece imperativamente que la apertura de la liquidación constituye siempre causa de resolución de los contratos administrativos, de modo que esperar a la venta de la unidad productiva en liquidación concursal es tanto como desposeerla de la totalidad de los contratos públicos en los que es parte la concursada, causándose un daño irreparable a la masa del concurso cuyo valor quedaría reducido prácticamente a cero, debiendo ser despedida la totalidad de la plantilla de trabajadores adscrita a esa unidad productiva¹⁸.

La citada asunción de trabajadores en la compra de unidades productivas produce el efecto para los trabajadores de que en el caso de que la adquirente concurse, el abono máximo de 120 días de salario previsto en el artículo 33 ET¹⁹ a cargo del FOGASA se calcula considerando las relaciones laborales con las concursadas transmitente y adquirente como una sola, aplicando la continuidad de la relación laboral que prevé el artículo 44.1 ET²⁰.

Expuesto lo anterior es de advertir que la última Sentencia comunitaria referida, la de 28 de abril de 2022, abre, a juicio de la primera doctrina que ha procedido a su lectura, vías para una exoneración de deudas laborales y de Seguridad Social del adquirente de la unidad productiva ya en concurso liquidativo en sentido estricto, ya en un *pre-pack* que parece entender al margen del concurso liquidativo²¹, si bien posterior doctrina científica se acogió a los tér-

el concurso el día 2 de septiembre de 2013 y haberse dictado el Auto de venta de la unidad productiva el día 15 de octubre de 2013, como expuso el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona de 11 de diciembre de 2013 (Iltmo. Sr. D. José M^a. Fernández Seijo; Id Cendoj: 08019470032013200001). Dejo expresamente al margen el caso de la venta en *pre-pack* de las unidades productivas de algunas de las empresas del grupo “Abengoa” no sólo por la magnitud singular de la operación sino también por el hecho de que en su práctica incidieron varios factores singulares, como fueron las primeras vacaciones judiciales de Navidad de la historia procesal español y la huelga de Letrados de la Administración de Justicia.

¹⁷ Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

¹⁸ Argumentos siguiendo los expuestos en el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Madrid de 5 de marzo de 2018 (Iltmo. Sr. D. Carlos Nieto Delgado; Id Cendoj: 28079470012018200001).

¹⁹ Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

²⁰ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 2021 (Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio García-Perrote Escartín; Id Cendoj: 28079140012021101133).

²¹ Sánchez Quiñones, L. (2022), “Pre-pack, transmisión de unidad productiva autónoma, derechos laborales y doctrina de la Sala Cuarta ¿nuevo punto de partida?”, 16 de mayo de 2022, <https://elderecho.com/pre-pack-transmision-de-unidad-productiva-autonoma>

minos estrictos de la citada Sentencia, vinculando exclusivamente el *pre-pack* con la liquidación de la empresa deudora transmitente²², puesto que, de hecho, la principal diferencia entre las referidas Sentencias de 28 de abril de 2022 y de 22 de junio de 2017, que justifica el que se llegase a soluciones diferentes, estriba en que el propio TJUE señaló que en el caso de 2017 el *pre-pack* allí enjuiciado no tenía por objeto la liquidación de la empresa de que se trataba, mientras que en el caso de 2022 la insolvencia del cedente era inevitable y que tanto el procedimiento de quiebra como el procedimiento de *pre-pack* que lo precedía tenían por objeto la liquidación de sus bienes, que fue decretada²³.

Por mi parte entiendo que esta última línea de interpretación doctrinal sigue siendo, en la actualidad, la acertada, dado que la normativa comunitaria es un obstáculo para que en sede preconcursal la venta preempaquetada de unida-

[derechos-laborales-y-doctrina-de-la-sala-cuarta-nuevo-punto-de-partida](#): “no parecen existir limitaciones para que el criterio adoptado respecto de las operaciones ejecutadas a través de un *pre-pack* (o *silenced trustee* como se denomina en el ordenamiento neerlandés) pueda extenderse a otra clase de transmisiones ejecutadas en el marco del proceso de insolvencia o concurso”.

²² Pérez Mosteiro, A. M^a. (2022), “La venta de la unidad productiva en la reforma concursal de la Ley 16/2022, 22 de diciembre de 2022, <https://elderecho.com/venta-de-la-unidad-productiva-reforma-concursal-ley-16-2022>: “En esta Sentencia el TJUE 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 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”. También López Cumbre, L. (2022), “Los acuerdos *pre-pack*, la transmisión de empresa y los derechos de los trabajadores en la justicia europea”, *Análisis GA_P*, mayo 2022, p. 5: “cuando el objetivo principal de un procedimiento de *pre-pack* seguido de un procedimiento de quiebra consiste en obtener, a raíz de la constatación de insolvencia del cedente y de su liquidación, el mayor reembolso posible para el conjunto de los acreedores, dichos procedimientos, considerados conjuntamente, cumplen los requisitos exigidos en el citado artículo 5.1 de la Directiva 2001/23. Para que así sea, procederá comprobar en cada situación si el procedimiento *pre-pack* y el procedimiento de quiebra controvertidos tienen por objeto la liquidación de la empresa en razón de la insolvencia constatada del cedente, y no una mera reorganización de éste. Además, habrá que demostrar no sólo que el objetivo principal de estos procedimientos es satisfacer al máximo los intereses del conjunto de los acreedores, sino también que la ejecución de la liquidación mediante la transmisión de la empresa en funcionamiento (*going concern*) o de una parte de ésta, tal y como se preparó en el procedimiento de *pre-pack* y se llevó a cabo tras el procedimiento de quiebra, permite alcanzar este objetivo principal. No en vano, el objetivo de recurrir a un procedimiento de *pre-pack*, a efectos de la liquidación de una empresa, es el de permitir que el síndico y el juez de la quiebra designados por el tribunal tras la declaración de quiebra de la empresa aumenten las posibilidades de satisfacer los intereses de los acreedores”.

²³ Diferencia capital entre ambos casos destacada ya en la doctrina española por Monereo Pérez, J.L. (2022), “Mantenimiento de los derechos de los trabajadores en el marco de procedimientos de insolvencia concursal. Interpretación del alcance de la excepción establecida en el artículo 5 de la Directiva 2001/23/CE: transmisión de empresa o de una parte autónoma de ésta después de una declaración de quiebra precedida de una fase preparatoria de la venta en el marco de la liquidación judicial (“*pre-pack*”))”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, n^o 5/2022, p. 11.

des productivas se configure como una vía interesada de acceder a las mismas por parte de sus compradores.

De hecho, a lo largo de estos años la flexibilización que se aprecia en la jurisprudencia comunitaria en esta materia se circunscribe a que en la última de las sentencias referidas, la más reciente de 28 de abril de 2022, el TJUE interpreta, como ya advirtió la doctrina, que si la regla general de la Directiva 2001/23 es la garantía en el mantenimiento de las condiciones laborales y la excepción ha de ser interpretada y aplicada restrictivamente, la homologación de los procesos concursales con los procedimientos *pre-pack* o previos a la declaración concursal en la aplicación de dichas excepciones se ajusta a la teleología de la norma europea. Es cierto, añade esa misma doctrina, que incluye una serie de matices —que ya en el *pre-pack* la empresa se halle abocada a la situación de concurso o quiebra— y unas condiciones ineludibles —que dichos procesos previos estén convenientemente regulados por disposición legal o reglamentaria—, pero la interpretación más flexible de las excepciones resulta ya un hecho²⁴.

III. INCIDENCIA DE LEGE FERENDA DE LA PROPUESTA DE DIRECTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO RELATIVA A LA ARMONIZACIÓN DE DETERMINADOS ASPECTOS DE LA LEGISLACIÓN EN MATERIA DE INSOLVENCIA

El pasado 7 de diciembre de 2022 fue publicada la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de determinados aspectos de la legislación en materia de insolvencia (Propuesta de Directiva).

El considerando (21) de la Propuesta de Directiva proclama que con el fin de promover las ventas como empresa en funcionamiento en caso de liquidación, los regímenes nacionales de insolvencia deben incluir un procedimiento de *pre-pack*, en el que el deudor en dificultades financieras, con la ayuda de un «supervisor», busque posibles adquirentes interesados y prepare la venta de la empresa como empresa en funcionamiento antes de la apertura formal del procedimiento de insolvencia, de modo que los activos puedan realizarse rápidamente poco después de la apertura del procedimiento formal de insolvencia. El procedimiento de *pre-pack* debe constar de dos fases, a saber, una fase de preparación y una fase de liquidación.

Inciendo en lo anterior, el considerando (25) de la Propuesta de Directiva añade que los Estados miembros deben garantizar unas normas estrictas en materia de competitividad, transparencia y equidad del proceso de venta llevado a cabo en la fase de preparación, o disponer que el órgano jurisdiccional

²⁴ López Cumbre, L. (2022), p. 7.

organice una breve subasta pública tras la apertura de la fase de liquidación del procedimiento.

En desarrollo de la primera proclama antes referida, el Capítulo 1 (Disposiciones generales) del Título IV (Procedimientos de *pre-pack*) se inicia con el art. 19.1 de la Propuesta de Directiva, que impone a los Estados miembros el deber de velar por que los procedimientos de *pre-pack* se compongan de las dos fases consecutivas siguientes²⁵:

- a) la fase de preparación, que tiene por objeto encontrar un comprador adecuado para la empresa del deudor o parte de la misma;
- b) la fase de liquidación, que tiene por objeto aprobar y ejecutar la venta de la empresa del deudor o parte de la misma y distribuir los ingresos entre los acreedores.

Y en desarrollo de la segunda de las proclamas antes mencionadas, dentro del Capítulo 3 (Fase de liquidación) del ya mencionado Título IV, el art. 25 de la Propuesta de Directiva impone a los Estados miembros el deber de velar por que, cuando se abra la fase de liquidación, el órgano jurisdiccional nombre al supervisor a que se refiere el artículo 22 como administrador concursal, añadiendo el art. 26.1 de la Propuesta de Directiva que los Estados miembros velarán por que, cuando se abra la fase de liquidación, el órgano jurisdiccional autorice la venta de la empresa del deudor o de parte de la misma al adquirente propuesto por el supervisor, siempre que este último haya emitido un dictamen que confirme que el proceso de venta desarrollado durante la fase de preparación se llevó a cabo con arreglo a los requisitos establecidos en el artículo 22, apartados 2 y 3, y en el artículo 24, apartados 1 y 2.

Como puede apreciarse con la lectura de todo lo expuesto, tanto en sede de considerandos como sede de su articulado, la Propuesta de Directiva prevé una regulación del *pre-pack* concursal en sentido estricto, esto es, como un preempaquetado de la unidad productiva cuya transmisión a un tercero exige, indefectiblemente:

- i) La declaración de concurso del deudor transmitente.
- ii) Y la apertura de la liquidación concursal del deudor transmitente.
- iii) Vinculando, pues, la transmisión de la unidad productiva con tal liquidación del deudor transmitente.

Se aprecia, por tanto, que la situación que prevé la Propuesta de Directiva es más restrictiva que la actual española, en el sentido de que la aprobación de la Propuesta de Directiva en tales términos no exigiría modificación al respecto

²⁵ Sobre la Propuesta de Directiva en esta materia del *pre-pack* vid. Thery Martí, A. (2023), pp. 93-131.

en la normativa interna española, puesto que la misma cubre también el *pre-pack* con venta en fase de convenio o en fase común.

Así, en la actualidad, la venta de unidades productivas preempaquetadas en España puede tener lugar desde la declaración de concurso y en cualquier fase o estado del mismo.

En tal sentido, téngase en cuenta que:

- i) El art. 224 bis TRLC, dedicado específicamente a la solicitud de concurso con presentación de oferta de adquisición de una o varias unidades productivas, no vincula dicha transmisión con la apertura de la liquidación, y, es más, regula el procedimiento desde el mismo auto de declaración de concurso.
- ii) Y el art. 215 TRLC, cuando regula el modo ordinario de enajenación de las unidades productivas, dice que hasta la aprobación del convenio o hasta la apertura de la fase de liquidación, luego también antes de la liquidación, tanto en fases común como de convenio, la enajenación del conjunto de una empresa o de una o varias unidades productivas se hará mediante subasta electrónica, salvo que el juez autorice otro modo de realización.

La situación que se acaba de referir es muy importante desde una perspectiva práctica ya que la misma permite que la venta de una unidad productiva preempaquetada en un concurso español pueda ser un mecanismo de reestructuración concursal del deudor por dos vías alternativas:

- i) La primera sería, por ejemplo, la de la venta de una o varias unidades productivas de un deudor singular o de un deudor integrado en un grupo de empresas como mecanismo para permitir la recuperación de la solvencia de tal deudor y/o del grupo por la vía de, por ejemplo, desprenderse de una unidad productiva deficitaria en condiciones tales que le permitiese evitar una insolvencia inminente generada por tal unidad productiva. Es más, también podría utilizarse la venta de una unidad productiva exitosa como instrumento de generación de caja para reestructurar otras unidades productivas deficitarias y salir, así, de la insolvencia inminente y evitar una futura próxima insolvencia actual.
- ii) Y la segunda sería la de utilizar la venta de la unidad productiva como instrumento para obtener la aprobación de un convenio concursal o incluso como parte de un convenio concursal que permitiese la continuidad de la actividad empresarial del deudor con el resto de unidades productivas no vendidas en el seno de su concurso.

La realidad normativa española actual es, visto lo expuesto, sensiblemente más útil que la contenida en la Propuesta de Directiva, puesto que dota de una utilidad a la venta preempaquetada de las unidades productivas que va mucho

más allá de la liquidación, con efectos normalmente negativos para terceros y para la economía en general, del deudor transmitente. En todo caso, la situación española puede hacer dudar acerca de si la misma cumple las exigencias de la jurisprudencia comunitaria para la aplicación de art. 5.1 de la Directiva 2011/23, como aprecia de forma rotunda un sector de la doctrina española²⁶, frente, es cierto, a otro sector de la doctrina que, incluso en sede estrictamente concursal, ha sostenido la sucesión de empresa respecto de todos los trabajadores de la unidad productiva comprada²⁷, siempre, por supuesto, que haya continuidad en la misma actividad²⁸.

²⁶ González Vázquez, J. C. (2022), “Enajenación de unidades productivas y ‘prepack’ en la reciente reforma concursal (Ley 16/2022)”, *AJA*, nº 988, 2022, www.proview.thomsonreuters.com.

²⁷ Tesis de Cano Marco, F. (2022), “Novedades en materia laboral concursal en la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal”, *La Ley Insolvencia*, nº 13, julio 2022, www.smarteca.es: “En cuanto a la «delimitación de las relaciones laborales» que componen la unidad productiva, esta expresión nos puede llevar a pensar que el juez del concurso puede incluir o excluir a trabajadores en la sucesión. De manera que si la oferta incluye la sucesión solo en una parte de los trabajadores, el juez puede resolver en ese sentido. Pero descarto esa posibilidad. En la transmisión deben ser incluidos todos los trabajadores que formen parte de la unidad productiva en el momento de la venta. Y lo anterior se afirma teniendo en cuenta que el art.86 ter LOPJ, cuando atribuye al juez del concurso competencia para fijar los límites de la sucesión, establece expresamente que ello se hará conforme a lo dispuesto en la legislación laboral, y, es sabido, que conforme al art.44 ET el cambio de titularidad de una unidad productiva no extinguirá la relación laboral. Además, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el propio TRLConc en su art. 221.1, que afirma que en caso de enajenación de una unidad productiva, se considerará, a los efectos laborales y de seguridad social, que existe sucesión de empresa. Recordemos que la Directiva 2001/23/CE, del Consejo de 12 de marzo de 2001, establece que la sucesión de empresa no procede en caso de que la venta se efectúe en el marco de un procedimiento de insolvencia, salvo que la normativa del estado miembro establezca lo contrario. Y precisamente el citado art. 221.1 TRLConc, y el propio art.86 ter LOPJ, establecen el efecto contrario en legislación concursal española, es decir, se pronuncian claramente en favor de la sucesión. No altera esta conclusión la venta mediante el llamado *pre-pack*, que introduce la Ley 16/2022 en los arts. 224 ter a 224 septies, a pesar de lo que algunos han sostenido tras la STJUE 28 de abril de 2022 (C237/2020). Esta sentencia se refería al régimen legal holandés en el que, a diferencia del nuestro, sí que se excluye la sucesión de empresa para las ventas en supuestos de insolvencia. Todo lo anterior no obsta a que, mediante los oportunos expedientes de regulación de empleo concursales, previos o al tiempo de la sucesión, sea posible, si concurren los requisitos legales o mediante el acuerdo entre las partes, la extinción de determinados contratos de trabajo”.

²⁸ Respecto del primer ejemplo de *pre-pack* en Málaga, previo a la Ley 16/2022, *vid.* la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, de 6 de octubre de 2021 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Ramón Gómez Ruiz; Id Cendoj: 29067340012021101584), en la que se desestimó la sucesión de empresa porque el comprador de la unidad productiva, un concesionario de automóviles de la marca Ford, tras un *pre-pack*, no se había acreditado que hubiese continuado con tal concesión de la citada marca automovilística, ergo da a entender que de haberse dado tal continuidad sí que se hubiera declarado la sucesión de empresa por parte de la adquirente de la unidad productiva respecto de la empresa de la transmitente en concurso previo un *pre-pack*.

Ahora bien, llegados a este punto se puede apreciar que siempre se sigue hablando de la venta de la unidad preempaquetada tras el muro infranqueable de la declaración de concurso del deudor transmitente.

Ello supone que la Propuesta de Directiva:

- i) No trata de la superación de la venta en *pre-pack* sólo en concurso.
- ii) E incluso es más restrictiva que la regulación actual española, al vincular el *pre-pack* con la liquidación concursal del deudor transmitente.

Ya para concluir con este epígrafe se ha de advertir el serio problema que existe en nuestra legislación vigente incluso en el caso del *pre-pack* postconcursal, ya antes apuntado en la doctrina referida que defiende la sucesión de empresa incluso en tal caso. En el art. 86 ter.2.4º LOPJ –que tampoco coincide en su redacción con los arts. 52.1.4º y 221.2 TRLC 2022, en cuanto al ámbito de decisiones, pues la LOPJ habla de “determinación de los límites de esa declaración (de la existencia de sucesión de empresa)”, mientras que el art. 52.1.4º TRLC 2022 se refiere a “la determinación en esos casos de los elementos que las integran” y el art. 221.2 TRLC 2022 atribuye al juez del concurso “delimitar los activos, pasivos y relaciones laborales que la componen”²⁹- se desliza que la declaración de la existencia de sucesión de empresa a efectos labores y de seguridad social en los casos de transmisión de unidad/es productiva/s y la determinación de los límites de esa declaración es competencia exclusiva y excluyente del juez del concurso, se entiende que del deudor al que pertenece la/s unidad/es productiva/s transmitida/s, pero debiendo resolverse varias dudas siguientes:

- i) La determinación del régimen legal rector: “conforme a lo dispuesto en la legislación laboral y de seguridad social”.
- ii) La concreción de dicha legislación laboral y de seguridad social: los arts. 44 ET y 142.1 y 168.2 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS)³⁰.

²⁹ Crítico al respecto de tal empleo de diversas expresiones ya fue Cano Marco, F. (2022), al tiempo que salvó dicha diferencia, entendiendo que todas las expresiones se refieren a lo mismo: “que el juez del concurso delimitará en cada caso los elementos que componen la unidad productiva que se transmite, sin posible intervención posterior de otra jurisdicción. Todo ello en los términos que seguidamente se dirán, analizando la concreta expresión contenida en el art. 221 TRLCconc, que parece la más completa”, en tanto que Rodríguez Achútegui, E. (2022), “Reformas de la competencia laboral del juez del concurso tras las leyes de 2022”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 10, 2022, www.proview.thomsonreuters.com, también crítico, achacó tales diferentes redacciones a una “distracción del legislador”, “pues en los tres casos lo sustancial es que corresponderá al juez del concurso concretar el ámbito de lo transmitido, el conocido como *perímetro* en el lenguaje forense”.

³⁰ Cfr. Fuentes Devesa, R. (2022), *Derecho concursal y preconcursal. Texto refundido de la Ley Concursal tras la reforma por la Ley 16/2022*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 1208, quien se remite exclusivamente a los arts. 221.1 y 52.2.4 TRLC 2022.

- iii) El contenido de dicha regulación particular, integrada por los arts. 44.3 ET –cuando prevé que sin perjuicio de lo establecido en la legislación de Seguridad Social, el cedente y el cesionario, en las transmisiones que tengan lugar por actos inter vivos, responderán solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas- y 142.1 LGSS –que concreta que la responsabilidad solidaria por sucesión en la titularidad de la explotación, industria o negocio que se establece en el citado artículo 168 se extiende a la totalidad de las deudas generadas con anterioridad al hecho de la sucesión y añade que se entenderá que existe dicha sucesión aun cuando sea una sociedad laboral la que continúe la explotación, industria o negocio, esté o no constituida por trabajadores que presten servicios por cuenta del empresario anterior-, a los que se debe sumar el art. 168.2 LGSS, con su previsión de que en los casos de sucesión en la titularidad de la explotación, industria o negocio, el adquirente responderá solidariamente con el anterior o con sus herederos del pago de las prestaciones causadas antes de dicha sucesión.

Todo lo anteriormente expuesto da lugar al paradójico resultado, visto que parece que la reforma busca incentivar la venta de unidades productivas, de que ahora es el juez del concurso el que decide sobre la sucesión de empresa, con aplicación de la legislación laboral y de seguridad social, por imperativo de la LO 7/2022, lo que echa por tierra el régimen del propio TRLC 2022, de rango inferior, y obliga a aplicar una normativa que hace responder al adquirente de forma solidaria con el cedente insolvente de las deudas con los trabajadores (todos los trabajadores que formen parte de la unidad productiva en el momento de la venta³¹) y con la seguridad social anteriores e insatisfechas, potentísimo desincentivo a la venta de unidades productivas como es por todos conocido, en el caso de que esta interpretación llegue a triunfar en la práctica judicial.

³¹ Cano Marco, F. (2022) y Molina Navarrete, C. (2022), *Aspectos sociolaborales de la nueva reforma concursal*, Bomarzo, Albacete, 2022, p. 122. Cfr. Rodríguez Achútegui, E. (2022), que acude al art. 57 ET para sostener que la sucesión de empresa se disciplina atendiendo a las especialidades concursales, tesis que dejaría entonces indemne frente a las ventas de unidades productivas sólo a la Tesorería General de la Seguridad Social, y Palomo Balda, E. (2022), “La sucesión de empresa tras la última reforma concursal (aspectos competenciales)”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 471 (noviembre-diciembre 2022), pp. 99 y 110, que sostiene una interpretación integradora, conforme a la cual el Juez fija el elemento personal de la unidad productiva transferida (mediante la elaboración de un listado de los trabajadores que componen la unidad productiva, identificados nominativamente, con expresión de la antigüedad y del salario de cada uno de ellos) y que resulta afectado por la sucesión de empresa, que deberá tener en cuenta el ordenamiento laboral y de Seguridad Social, dejando abierta la posibilidad de aplicar así las leyes laborales antidiscriminatorias o las que estatuyen prioridades de permanencia en la empresa.

IV. POTENCIACIÓN FUTURA DEL AUTÉNTICO *PRE-PACK* CONCURSAL

Una vez que hoy ya nuestra normativa interna se ocupa de regular la insolvencia probable, cuando sea objetivamente previsible que, de no alcanzarse un plan de reestructuración, el deudor no podrá cumplir regularmente sus obligaciones que venzan en los próximos dos años (art. 584.2 TRLC), así como que las normativas comunitaria e interna española están orientadas a potenciar las reestructuraciones preconcursales en tales situaciones de insolvencia probable, un paso más podría ser el de la futura aprobación de una nueva reforma legal, comunitaria e interna, que permita y regule el *pre-pack* preconcursal, esto es, el *pre-pack* como instrumento de reestructuración preconcursal del deudor.

De hecho, aunque de forma un tanto confusa, se encuentran precedentes en la doctrina española en los que ya se defendió que, sin incumplir la Directiva 2001/23, el legislador español ya debiera haber aprovechado la transposición de la Directiva 2019/1023 para excluir la responsabilidad solidaria del adquirente de unidades productivas, cuando la enajenación de una unidad productiva se incluya en un plan de reestructuración que haya sido homologado judicialmente³². El objetivo es loable y lo comparto, pero entiendo que en su exposición se confunde el concurso con el precurso y se olvida que el respeto a la Directiva 2011/23, en concreto a su art. 5.1 y a la interpretación que del mismo se viene haciendo por el TJUE, como se ha expuesto en epígrafes precedentes de este trabajo, exige el concurso y no sólo el concurso sino también la liquidación concursal, para que la ley interna pueda excluir la sucesión de empresa a efectos laborales en el supuesto de transmisión de unidades productivas preempaquetadas o no.

Y es que el mercado demanda, y además ello resulta interesante y beneficioso para la economía en general, que el insolvente probable pueda deshacerse de unidades productivas como instrumento de su reestructuración empresarial, sin que ello penalice al adquirente con las consecuencias, particularmente laborales, con la Seguridad Social y con la Hacienda Pública, de la temida sucesión de empresa, que hoy se aplica³³. De hecho, ya en la doctrina se expuso como

³² Propuesta de Brenes Cortés, J. (2022), “La venta de unidades productivas como mecanismo de reestructuración empresarial. Incorporación del prepack en el Derecho proyectado español”, *La reestructuración como solución de empresas viables*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022, p. 449.

³³ Monereo Pérez, J. L., S. Rodríguez Escanciano y G. Rodríguez Iniesta (2022), “Aproximación al contenido laboral de la ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la ley concursal: apostando por la lógica “preventiva”, “reestructuradora” y “conservativa” de la empresa y del empleo”, *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo. Laborum* n° 5 (4º Trimestre 2022), p. 24: “al negocio de transmisión le será de aplicación la ordenación mercantil general de compraventa de negocio (en particular, a efectos de sucesión laboral y de Seguridad Social, de asunción de responsabilidad por las obligaciones fiscales derivadas del ejercicio de la actividad productiva o de necesidad de obtención del consentimiento de las contrapartes de los contratos transferidos como parte de la unidad productiva o parte autónoma de la empresa)”.

uno de los principios generales que deben inspirar el régimen de la venta de unidades productivas el de favorecer la anticipación y agilidad del proceso, ya que el tiempo corre en contra de la maximización del valor de la empresa en funcionamiento³⁴. El tiempo siempre es oro en la práctica mercantil y este ámbito de la venta de unidades productivas es paradigma de ello.

No se quiere con ello decir que se permita a cualquiera una venta preempaqueta de unidades productivas con las ventajas de tal en cualquier situación. Lo que aquí se propugna es una reforma legal en la que se regule, bajo el debido control judicial, la posibilidad de que el deudor en insolvencia probable pueda transmitir una o varias de sus unidades productivas, como parte de su plan de reestructuración, con los mismos efectos que dicha venta pudiera tener en cualquier fase o estado de su concurso si el mismo fuese declarado.

Lo anterior porque debe reflexionarse acerca de que la situación actual legal supone, en el fondo, un incentivo para la insolvencia, al menos inminente del deudor. Pongo un ejemplo. Piénsese en el caso, relativamente frecuente, de un competidor o de un suministrador interesados en la compra de una unidad productiva de otro competidor o de un suministrado en insolvencia probable y que está interesado en transmitir a los primeros una o varias de sus unidades productivas. Pues bien, resulta que en tal caso tales interesados, todos los interesados (competidores, suministrador, suministrado) están incentivados por el legislador a que el deudor transmitente caiga en insolvencia inminente e incluso en insolvencia actual (en el caso de la Propuesta de Directiva más grave aún, ni recuperable sino resultante en la liquidación del deudor) para que pueda tener lugar en unas mínimas condiciones de seguridad jurídica la transmisión ventajosa para el adquirente de dicha unidad productiva.

Como es dicho de forma constante por la doctrina, la Ley 16/2022 supuso un cambio de paradigma del Derecho concursal español, siendo uno de los ejemplos de tal cambio la potenciación de la reestructuración preconcursal. Pues bien, tal cambio de paradigma debería profundizarse y consolidarse en el sentido de asimilar la venta de unidades productivas en concurso a la venta de unidades productivas en precurso, como parte de los planes de reestructuración de los deudores en insolvencia probable, inminente o actual. La protección de la economía en general y del tejido productivo nacional así lo demandan.

Es más, esta reforma que aquí se expone puede encontrar incluso apoyo en la Propuesta de Directiva, cuyo art. 28 regula las deudas y pasivos de la empresa adquirida a través del procedimiento de *pre-pack*, previendo que los Estados miembros velarán por que el adquirente adquiera la empresa del deudor o parte de la misma libre de deudas y pasivos, a menos que el adquirente consienta expresamente asumir las deudas y los pasivos de la empresa o de parte de la misma. Nótese que la regla general que se establece es que la adquisición de

³⁴ González Vázquez, J. C. (2022).

la unidad productiva tenga lugar libre de deudas y pasivos, salvo aquellos que consienta expresamente el adquirente, regla que debería mantenerse también en la venta preconcursal aquí propuesta, toda vez que la misma es la clave de bóveda (junto con un precio favorable) del éxito de la compra de unidades productivas de deudores en insolvencia actual o inminente y también, como aquí propugno, probable.

Es más, la reforma que aquí se expone facilitaría a los administradores de las sociedades de capital el cumplimiento de sus nuevas obligaciones, insertas en sus clásicos deberes de diligencia y lealtad, que se derivan del art. 19 de la Directiva 2019/10123 y de sus considerandos (70) y (71). Así, dentro del allí explicitado deber de proteger el patrimonio de la sociedad a fin de incrementar al máximo su valor y evitar la pérdida de activos clave³⁵, uno de los mecanismos más útiles a tal objeto es, justamente, la venta de unidades productivas en un momento en el que tendrán un valor que se deteriorará de forma grave cuando no total, seguramente, con el paso del tiempo y el tránsito de una insolvencia probable a una insolvencia inminente y, más aún, a una insolvencia actual. Todo lo anterior partiendo de la base de que la traducción española del art. 19 de la Directiva 2019/1023 en la expresión “insolvencia inminente” es la proximidad a insolvencia del considerando (71) y la vigente insolvencia probable del art. 584.2 TRLC.

Y esta reforma requiere, a su vez, la reforma de la Directiva 2001/23. Han pasado ya más de dos décadas desde su aprobación y el desarrollo del Derecho preconcursal en Europa durante este periodo exige una armonización de la primera a las nuevas normas comunitarias posteriores en materia estrictamente concursal y preconcursal. Una matización al respecto de la referencia que se acaba de hacer al transcurso de dos décadas, ya que, en realidad, el tiempo transcurrido es, a mi juicio, sensiblemente mayor. Recuérdese en tal sentido que la situación normativa actual tiene su origen en lo que ya advirtió la doctrina española al reseñar que el Tribunal de Justicia declaró, en el apartado 25 de la sentencia de 7 de diciembre de 1995, que la Directiva 77/187 no se aplicaba a las transmisiones efectuadas en el marco de procedimientos destinados a liquidar los bienes del cedente, como el procedimiento de quiebra controvertido en la sentencia de 7 de febrero de 1985, Abels (135/83, EU:C:1985:55) o el procedimiento de liquidación forzosa administrativa del Derecho italiano, objeto de la sentencia de 25 de julio de 1991, d’Urso y otros (C-362/89, EU:C:1991:326), pero, en cambio, sí se aplicaba a la transmisión de empresas o unidades productivas sujetas a procedimientos que tienen por objeto la prosecución de la actividad de la empresa³⁶. Transcurridos, pues, casi cuarenta años desde aquellas primeras resoluciones judiciales y reconocida la utilidad del Derecho preconcursal, los intereses de los trabajadores no pueden ser causa del fracaso del

³⁵ Considerando (71) de la Directiva 2019/1023.

³⁶ Monereo Pérez, J. L. (2022), p. 12.

mismo, ya que, al fin y a la postre, puede ocurrir que quienes sean perjudicados sean los propios intereses de los trabajadores.

Piénsese que en una insolvencia probable hay interesados en comprar unidades productivas de tal insolvente probable, que no deciden comprar las mismas a expensas de verse involucrados en la sucesión de empresa respecto de otras unidades productivas de esa empresa que luego cae en insolvencia inminente o actual y en concurso. Es fácil que en estos estadios posteriores las unidades productivas se hayan deteriorado respecto al estadio previo de insolvencia probable y que tal deterioro provoque o que no haya interesados ya en la compra de tales unidades o que los interesados lo hagan con la expectativa de emplear menos trabajadores en las mismas, cayendo el deudor no sólo en concurso sino también en liquidación, con cese de su actividad y extinción de todos los puestos de trabajo.

Llegados a este punto, se perjudicarán los intereses de todos los trabajadores frente a una venta en sede preconcursal con asunción de sólo parte de ellos, que acarrearía una situación más favorable para su interés de mantenimiento de su puesto de trabajo. Ello porque hay que recordar lo ya reconocido en la doctrina, cuando refirió que el modelo normativo concursal actual ha aprendido lentamente de la experiencia de un fracaso en décadas precedentes respecto a la conservación de empresas o unidades productivas autónomas que podrían ser viables si se hubieran adoptado medidas de “refinanciación”, medidas “pre-concursales”, etc. Un cambio harto significativo fue el proceso de reforma concursal de los años 2014-2015 que trató de favorecer la viabilidad de las empresas y la conservación del empleo. Pero, ciertamente, la reacción legislativa para tomarse en serio la conservación de las empresas o unidades productivas vía reestructuración y saneamiento ha venido siendo excesivamente tardía, porque desaparecieron ya numerosas empresas en crisis o en situaciones de insolvencia que se podrían haberse mantenido en el mercado a través de la predisposición de razonables medidas “pro-activas” o, en su caso, “preventivas” encaminadas a su reestructuración y saneamiento³⁷.

No puede ser que el Derecho comunitario cambie el paradigma del Derecho concursal, fomentando las soluciones de reestructuración preconcursales y, al mismo tiempo, ese mismo Derecho comunitario no facilite una de las que puede ser mejor solución de reestructuración, o, en todo caso, una útil solución de reestructuración, como es la de la venta en precurso de unidades productivas preempaquetadas como parte de los planes de reestructuración del deudor insolvente actual, inminente o probable.

En este último sentido es oportuno recordar que, como se acaba de exponer, el origen del art. 5.1 de la Directiva 2001/23 fue jurisprudencial, al ser resultado de la codificación de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que había admitido previamente —habida cuenta de la especificidad, en relación con el Derecho social, del Derecho de quiebra, que se caracteriza por pro-

³⁷ Monereo Pérez, J. L. (2022), p. 14.

cedimientos especiales que tienen por objeto ponderar los diversos intereses, especialmente los de las diferentes categorías de acreedores — la posibilidad de reconocer una excepción a la aplicación del régimen de protección individual de los trabajadores en el supuesto de que una empresa transmitida, o una parte de la misma, sea objeto de un procedimiento de liquidación de los bienes del cedente³⁸. Hoy ya debe sostenerse que no sólo el Derecho de quiebra tiene por objeto ponderar diversos intereses sino que esa misma ponderación se ha adelantado en el tiempo, con el tratamiento de las situaciones de insolvencia probable y la potenciación de las reestructuraciones de empresas deudoras en tal insolvencia probable en sede preconcursal, todo ello no por capricho sino por causa de la constatación del elevado fracaso, léase liquidaciones, de los concursos.

Y es ahí, en esa sede preconcursal, en la que también debería excepcionarse la aplicación del régimen de protección individual de los trabajadores en el supuesto de que una empresa transmitida, o una parte de la misma, sea objeto de una reestructuración preconcursal vía un plan de reestructuración en el que se incluya la venta de una o varias productivas del deudor. No puede ser que se prolongue el retraso del legislador en su reacción de tomarse en serio la conservación de empresas o unidades productivas en sede de reestructuración preconcursal³⁹.

Y todo lo expuesto en este epígrafe siempre bajo un estricto control judicial, que evite las actuaciones fraudulentas de simulación de insolvencia probable y de reestructuración con el único ánimo de perjudicar los intereses de los trabajadores y de perjudicar, además, la competencia en el mercado de las

³⁸ Como expuso Monereo Pérez, J. L. (2022), pp. 8-10, recordando las Sentencias del Tribunal de Justicia de 7 de febrero de 1985, Abels (135/83, EU:C:1985:55), y de 25 de julio de 1991, d'Urso y otros (C-362/89, EU:C:1991:326).

³⁹ A mi juicio, la postura que aquí sostengo viene a satisfacer algo que apunta en cierto modo Monereo López, J.L. (2022), p. 16, cuando concluye su trabajo propugnando que “debería darse un mayor protagonismo a la autonomía colectiva no solo en los procedimientos extracursales de reestructuración y tratamiento de las situaciones de insolvencia (modelo normativo seguido, en gran medida, por la Directiva 98/59/CE, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despedidos colectivos, y por el art. 51 ET y normas concordantes de transposición), sino también dentro del procedimiento concursal, de tratamiento de las situaciones de insolvencia agravada; algo que viene siendo reclamado desde hace tiempo por la doctrina. La lógica de racionalización jurídica es más compleja y pluralista, por lo que se pone en valor la gestión participada y consensuada [18]. Un modelo racionalizar y de gestión participada que oriente los problemas del concurso y del lugar de la empresa dentro de él hacia la pluralidad de los interesados y partícipes (enfoque stakeholder); y, desde luego, presidiendo una idea u objetivo de sostenibilidad que avance en la construcción de un cambio de paradigma de la dirección empresarial que vaya más allá de la visión meramente financiera-instrumental (aunque sin desconocerla, evidentemente), la cual resulta excesivamente reduccionista y por ello deficiente en confrontación con una realidad económico-jurídica que muestra la pluralidad de intereses concurrentes y coexistentes en la empresa (también cuando esta es objeto de tráfico jurídico-económico a través de su transmisión como un todo o en partes autónomas viables, esto es, como unidades productivas diferenciadas sostenibles en una perspectiva de futuro)”.

transacciones empresariales. Ello porque la propuesta que aquí se hace no debe servir para que ciertos compradores de unidades productivas se beneficien de un régimen singular en detrimento de la posición de aquellos que acudan a la compra de unidades productivas en el mercado de las ventas de empresas *in bonis*.

V. CONCLUSIONES

La venta de unidades productivas de empresas en dificultades, particularmente en insolvencia, viene siendo un mercado en expansión en España en los últimos años, constreñido por la inseguridad jurídica.

Quienes ofertan la compra de unidades productivas lo hacen si están apoyados en dos presupuestos que mueven su decisión:

- i) Un precio interesante.
- ii) Una compra dotada de seguridad jurídica.

Evidentemente, un empresario diligente no acometerá una compra de una unidad productiva si el precio es desproporcionado o si la compra está afectada por tales riesgos jurídicos que pueden hacerla inútil.

Dado que la compra de la unidad productiva se efectúa a una empresa en dificultades, la seguridad jurídica de la compra se dirige fundamentalmente a tratar de lograr que el comprador no asuma más deudas del vendedor que aquellas que incluya en su oferta de compra. La cuestión se convierte en especialmente delicada cuando se suscitan dudas en cuanto a la aplicación del régimen de sucesión de empresa a efectos laborales, de Seguridad Social y de Hacienda Pública, dado que es prácticamente lo normal que el deudor transmitente tenga deudas laborales y/o de Seguridad Social y/o de Hacienda Pública impagadas.

Sucesivas reformas legales han tratado, con no mucho éxito, de dotar de seguridad jurídica a la venta de unidades productivas, al tiempo que han tratado también de dar cobertura a una aceleración de su perfección y consumación para evitar así que el paso del tiempo deteriore o incluso destruya el atractivo de las unidades productivas.

En esta última línea ha aparecido en los últimos dos años en España la palabra *pre-pack*, que cuenta, además, con el atractivo adicional, difícilmente explicable en términos lógicos, que toda palabra inglesa tiene para ciertos círculos de la abogacía de negocios y también ya para ciertos sectores del empresariado español.

La exposición de este trabajo permite apreciar que hoy por hoy el *pre-pack* en España y en la Unión Europea encuentran un muro legal infranqueable en la declaración de concurso e incluso puede que también en la necesidad de liquidación concursal. No hay, pues, en la actualidad, *pre-pack* preconcursal como instrumento de un plan de reestructuración del deudor insolvente proba-

ble, inminente o actual. E incluso es dudoso que en España en la actualidad la venta de unidades productivas preempaquetadas en concurso no vaya a seguir generando problemas derivados de que los trabajadores y la Seguridad Social sigan pugnando, con éxito, por la aplicación del régimen legal de sucesión de empresa que haga al adquirente sucesor en las deudas laborales y con la Seguridad Social impagadas por el deudor transmitente.

A la vista de toda la potenciación que se viene haciendo en el Derecho comunitario y en el Derecho interno español de la reestructuración empresarial preconcursal entiendo que es el momento de que los legisladores comunitario e interno den un paso más y superen los límites que derivan de la normativa comunitaria y de su interpretación por el TJUE, expuestos en este trabajo, con el fin de modificar el Derecho concursal y el Derecho concursal laboral, dando carta de naturaleza al *pre-pack* preconcursal de unidades productivas inmune a la sucesión de empresa.

Y es que sólo ese paso permitirá que las insolvencias probables puedan sanarse por vía de la venta preempaquetada de unidades productivas, que redundará en beneficio de los trabajadores, del resto de acreedores y de la economía productiva española en particular y comunitaria en general.