



TRIBUNAL SUPERIOR DE
JUSTICIA DE MADRID



ILUSTRE
COLEGIO DE ABOGADOS
DE MADRID

GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS PARA LA ENAJENACIÓN DE UNIDADES PRODUCTIVAS EN PROCESOS CONCURSALES

1. FINALIDAD DE LA GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS.

Esta guía de buenas prácticas (en lo sucesivo "**Guía**") tiene por finalidad informar y facilitar criterios a seguir por los distintos profesionales (abogados, economistas y otros profesionales de la rama económica y jueces), deudores concursados (empresas, profesionales y empresarios), entes públicos (Ministerios, Comunidades Autónomas, Ayuntamientos, Empresas Públicas y Cámaras de Comercio) y Organizaciones Empresariales de los distintos ámbitos territoriales y sectoriales que intervienen, en las distintas posiciones, en los procesos concursales, para la enajenación de Unidades Productivas Autónomas (en lo sucesivo "**UP**").

Los criterios adoptados en esta **Guía** pretenden conseguir un objetivo último: maximizar el precio de los bienes y derechos de la concursada; evitar la destrucción del tejido empresarial; aprovechar estructuras e instalaciones de pequeño comercio (hostelería, comercio minorista, etc.); y conservar el empleo y, con todo ello, conseguir una mejor satisfacción de sus obligaciones.

Desde la entrada en vigor de la Ley Concursal (Ley 22/2003, de 9 de julio) hasta la fecha, más del 90% de las empresas en concurso de acreedores concluyen con su liquidación, porcentaje que se incrementa si añadimos aquellos otros en los que se incumple el convenio y se abre la fase de liquidación. **En muchos de estos concursos, salvo excepciones, no se consigue la transmisión de UP, bien porque se ha llegado tarde al concurso y ya no existe actividad o bien porque no se ha realizado el esfuerzo adecuado para delimitar y ofrecer a los distintos agentes del mercado su enajenación.**

Sucesivamente, se han introducido reformas en la LC para impulsar la enajenación de UP desde el momento inicial de la declaración de concurso (Ley 38/2011 de 10 de octubre -191 ter



TRIBUNAL SUPERIOR DE
JUSTICIA DE MADRID



ILUSTRE
COLEGIO DE ABOGADOS
DE MADRID

LC- y RDL 11/2014, de 5 de septiembre y Ley 9/2015 de 25 de mayo –artículos 43 y 146 bis, 148 y 149 LC-).

Desgraciadamente, el COVID-19 está poniendo a prueba nuestro sistema económico, sanitario, social e institucional (estado de alarma). La crisis económica generada no tiene precedente, con una disminución del producto interior bruto próxima al 15%.

Las distintas normas aprobadas sobre COVID-19 (RDL 11/2020, de 31 de marzo; RDL 15/2020, de 21 de abril; RDL 16/2020, de 28 de abril, Ley 3/2020 de 18 de septiembre o RDL 34/2020 de 17 de noviembre) pretenden que el deudor reestructure su deuda sin necesidad de acudir al procedimiento concursal, de ahí que introduzca disposiciones que suspenden el deber de presentar el concurso, pedir la liquidación cuando se sepa que no se puede cumplir con el convenio y facilitan la modificación de los acuerdos de refinanciación y de convenios en fase de cumplimiento, además de prever una preferencia en la tramitación. Sin embargo, ninguna de ellas contiene normas especiales sobre venta de unidad productiva.

El Texto Refundido de la Ley Concursal (RDL 1/2020, de 5 de mayo) entró en vigor el 1 de septiembre de 2020. Este texto armoniza y recoge en los artículos 215 a 225 las especialidades de enajenación de unidades productivas y viene a ampliar el concepto de UP, limitar la extensión de la sucesión de empresa y regular un cauce que otorga una mayor seguridad jurídica al adquirente.

Conseguir el objetivo fijado (impulsar las transmisiones de UP) solo será posible a través de un proceso ágil y rápido de transmisión de la UP en funcionamiento o de una empresa en su conjunto, en el seno del concurso, a un precio de mercado justificado y comprobable y en un marco jurídico que otorgue seguridad al adquirente.

El TRLC prioriza la transmisión de la empresa en su conjunto, de una o varias unidades productivas o centros de trabajo a la enajenación individual de los bienes en la fase de liquidación, siendo habitual que estos carezcan de valor o sean inservibles (mobiliario e instalaciones).



TRIBUNAL SUPERIOR DE
JUSTICIA DE MADRID



ILUSTRE
COLEGIO DE ABOGADOS
DE MADRID

2. DEFINICIÓN DE UNIDAD PRODUCTIVA (UP).

El artículo 202.2 del TRLC establece que *"se considera unidad productiva el conjunto de medios organizados para el ejercicio de una actividad económica esencial o accesoria"*.

Resuelve el TRLC la duda existente, con anterioridad a su entrada en vigor, entre las dos tesis doctrinales, dependiendo de la existencia, o no, de contratos de trabajo vigentes. Considera el TRLC, a estos efectos, que no es necesaria la existencia de contratos de trabajo vigentes para la existencia de UP. Se añade que para determinar los efectos de la sucesión el Juez del concurso será el único competente (artículo 221.2 TRLC), limitándose la sucesión a los trabajadores de esa unidad productiva en cuyos contratos quede subrogado (artículo 222.1. 3º TRLC). La cita contenida en esta guía de un artículo se entiende referida al Texto Refundido de Ley Concursal (RDL 1/2020 de 5 de mayo), salvo que se indique otra norma expresamente.

Será UP, a estos efectos, cualquier industria, establecimiento o comercio (grande, mediano y pequeño), o conjunto de ellos, montado con los elementos necesarios para iniciar o continuar una actividad económica, esté o no en funcionamiento, tenga trabajadores o no, sea en propiedad o en régimen de arrendamiento o, por último, pertenezca a una persona jurídica o natural (STJUE de 9 de septiembre de 2015 y 7 de agosto de 2018). Esto permitirá, a título de ejemplo, en un comercio cerrado que cuente con instalaciones y mobiliario, la subrogación en las licencias o autorizaciones administrativas para el ejercicio de la actividad que, de otro modo, se perdería.

3. EMPRESA GRANDE, MEDIANA, PEQUEÑA Y MICROEMPRESA A LOS EFECTOS DE ESTA GUÍA.

A los efectos de esta guía, se considera empresa grande, mediana, pequeña y micro empresa el adoptado por la Recomendación de la Comisión Europea, de 6 de mayo de 2003 y Reglamento CE 651/2014, de 17 de junio (artículo 2 del anexo I). Se exige la concurrencia del número de empleados y volumen de negocio o activo:



TRIBUNAL SUPERIOR DE
JUSTICIA DE MADRID



ILUSTRE
COLEGIO DE ABOGADOS
DE MADRID

Empresa	Empleados	Volumen negocio	Activo
Gran Empresa	>250	>50MM€	>43MM€
Mediana	<250	<=50MM€	<=43MM€
Pequeña	<50	<=10MM€	<=10MM€
Micro	<10	<=2MM€	<=2MM€

La relevancia de esta categoría, a los efectos de la sociedad oferente, se encuentra en los beneficios fiscales, exenciones, bonificaciones y ayudas que pueden obtener en función de su clasificación.

4. DELIMITACIÓN DEL PERÍMETRO DE LA UP, FICHA/FORMULARIO.

El perímetro de la UP es la relación exhaustiva de bienes y derechos (activo), incluidos los condicionales y contingentes, y obligaciones (pasivo), incluidas las condicionales y contingentes. Es muy importante, cuando existe actividad, determinar fechas de corte, existencias, pedidos en curso, anticipos de clientes, anticipos a proveedores y fijar la asunción de gastos e impuestos que genere la operación. La ficha/formulario, a cumplimentar por el deudor, facilitará la identificación de su existencia en un concurso y, en consecuencia, la posibilidad de su transmisión antes de iniciar el proceso de liquidación de cada uno de los bienes de manera individualizada. Se adjunta como Anexo 1 a esta guía ficha/formulario que contempla los supuestos posibles:

- (i) empresa en su conjunto como única unidad productiva;
- (ii) centro/actividad concretos de la concursada (uno o varios), rellenando tantas fichas como unidades productivas identificadas o
- (iii) bienes o medios individuales objeto de enajenación, rellenando la ficha de activos no corrientes.



TRIBUNAL SUPERIOR DE
JUSTICIA DE MADRID



ILUSTRE
COLEGIO DE ABOGADOS
DE MADRID

5. DELIMITACIÓN POR DEUDOR, AC U OFERENTE. MOMENTO MÁS CONVENIENTE.

A partir del momento en que trasciende al mercado las dificultades económicas o la situación de insolvencia del deudor, clientes, proveedores y acreedores limitan su confianza en él y las operaciones que realicen tenderán a llevarse a cabo sin ningún riesgo de crédito:

- i) Los clientes no anticiparán por temor a perderlo;
- ii) Los proveedores exigirán pago al contado; y
- iii) Los acreedores financieros no concederán nuevos créditos y pretenderán deshacer los vigentes o disminuir el riesgo de los vigentes (Las circulares del Banco de España desincentivan la concesión de crédito a una sociedad en concurso porque dicha operación nace automáticamente con la clasificación crediticia de fallido).
- iv) Asimismo, los acreedores públicos denegarán los aplazamientos de pago y procurarán reforzar sus privilegios.

Se considera preciso que el deudor mantenga la confianza de las contrapartes contractuales, en este periodo previo, en que sus prestaciones post-concursales serán pagadas con normalidad por derivarse de contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento.

Asimismo, para generar ese clima de confianza, es conveniente que el deudor se ajuste a esta guía de buenas prácticas debiendo delimitar el perímetro de la UP, valorarla, velar por la transparencia del proceso competitivo, optar por la oferta más conveniente y, finalmente, proponerla al órgano judicial.

La delimitación y la transmisión de la UP, por los motivos expuestos, conviene realizarla antes de la declaración de concurso por el propio deudor o con la solicitud -artículo 530- o inmediatamente a ella.

Una vez declarado el concurso le corresponde dicha delimitación a la AC, tanto en la fase común -informe artículo 292-; como en el plan de liquidación -artículo 415.3 -.



TRIBUNAL SUPERIOR DE
JUSTICIA DE MADRID



ILUSTRE
COLEGIO DE ABOGADOS
DE MADRID

En la propuesta de convenio, le corresponde al deudor incluirlo y contemplarlo en el plan de viabilidad que se presente.

Excepcionalmente, un tercero o interesado podrá presentar una oferta de adquisición de una UP en la que debe constar su delimitación.

En la práctica, resultará complicado sin contar con la colaboración del deudor o de la Administración concursal.

En caso de que el deudor sea incapaz de asegurar la continuidad de la actividad, la Administración concursal podrá forzar la apertura de la fase de liquidación o bien la enajenación de la UP, en fase común.

6. DOCUMENTOS NECESARIOS PARA SU DELIMITACIÓN, VALORACIÓN Y CONSIDERACIÓN EN EL PROCESO CONCURSAL.

Los documentos necesarios e imprescindibles para delimitar la UP son los siguientes:

- Descripción de la actividad económica a desarrollar.
- Balance de bienes y derechos (activo), contingentes y condicionales incluidos, y obligaciones (pasivo), incluidos condicionales y contingentes en los supuestos de venta en globo o empresa en conjunto o rama de actividad.
- Relación pormenorizada de bienes, derechos y obligaciones que integran la UP con las cargas reales que pesan sobre los mismos en las que se subrogará el oferente o se cancelarán con la transmisión. Cancelación de embargos y anotaciones acordadas en procedimientos de apremio administración, ejecuciones laborales y ejecuciones singulares a cancelar en el momento de la transmisión de la UP.
- Relación de patentes, marcas, know-how, aplicaciones informáticas incluso las que estuvieran en fase de desarrollo.
- Referencias de proyectos terminados, obras ejecutadas o en curso en los que ha participado el deudor objeto de cesión.



TRIBUNAL SUPERIOR DE
JUSTICIA DE MADRID



ILUSTRE
COLEGIO DE ABOGADOS
DE MADRID

- Participaciones sociales/acciones en sociedades y UTES.
- Relación de contratos civiles y mercantiles en los que se subrogará el oferente.
- Permisos, licencias administrativas, calificaciones públicas y autorizaciones y contratos administrativos.
- Contratos de trabajo.
- Convenio colectivo aplicable a la UP
- Identificación y descripción de las Unidades Generadoras de Efectivo (UGE) y adscripción de los anteriores bienes y derechos a cada una de dichas UGEs.
- Pasivo contra la masa y concursal a asumir por el oferente.
- Exclusiones: Relación de contratos civiles, mercantiles, administrativos, laborales excluidos, así como bienes y derechos no asumidos.
- El acreedor con privilegio especial con garantía sobre bien integrado en la UP.

El acreedor con privilegio especial, cuya garantía recae sobre un bien integrado en una UP, tiene un tratamiento especial (artículo 214). La solución dependerá de si la enajenación es con subrogación o no (artículo 118 LH) y si tiene derecho o no a la ejecución separada en el momento de la autorización de la transmisión de la UP.

El derecho a la ejecución separada lo tiene el acreedor con privilegio especial a partir del momento en que se declare que el bien no es necesario para la actividad, aunque no haya transcurrido un año desde la declaración de concurso o, en caso de ser necesario para la actividad, una vez transcurrido el año. La apertura de la fase de liquidación produce la pérdida del derecho a la ejecución separada (artículo 149), si no la hubiera iniciado o reanudado con anterioridad.

El acreedor con privilegio especial percibirá la parte proporcional del precio obtenido equivalente al valor que el bien o derecho objeto de la garantía real suponga respecto al valor global de la



TRIBUNAL SUPERIOR DE
JUSTICIA DE MADRID



ILUSTRE
COLEGIO DE ABOGADOS
DE MADRID

UP transmitida. Si dicha parte fuera inferior al crédito será necesario el consentimiento del acreedor si tuviera derecho a ejecución separada. Se entenderá concedido este consentimiento si lo hace el 75% de los créditos de esta clase.

Cuando el oferente adquiere la UP con subrogación en la obligación reconocida (artículo 148) se podrá transmitir sin consentimiento del acreedor con privilegio especial, aunque tenga derecho de ejecución separada, salvo que se trate de créditos tributarios y de seguridad social, pero se impone al juez la obligación de valorar la solvencia económica para cumplir con la obligación por parte del adquirente. El oferente debe valorar adecuadamente la cuantía del crédito, la forma de pago y la incidencia de una eventual ejecución inmediata en el supuesto de declaración de vencimiento anticipado o resolución del crédito.

Para evitar problemas posteriores, conviene conseguir el consentimiento expreso, con anterioridad a la enajenación, del acreedor con privilegio especial cuya garantía recae sobre un bien integrado dentro del perímetro de la UP,. Este consentimiento del acreedor con privilegio especial es imprescindible cuando tiene derecho a la ejecución separada (STS 694/2020 de 29 de diciembre).

7. VALORACIÓN.

Se describen en este apartado los distintos criterios de valoración comúnmente aceptados. El resultado de la valoración no puede ser el determinante de la enajenación de la UP, sino una referencia a tener en cuenta.

Como se ha expuesto en la introducción, la finalidad última del proceso de enajenación de la UP, además de los objetivos expuestos, es la de maximizar el precio partiendo del umbral mínimo del valor de los bienes en liquidación vendidos individualmente. A partir de este umbral mínimo siempre resultará más beneficioso para el concurso la venta de la UP.

Preferiblemente, la valoración de la UP se realizará en el momento en el que se delimite el perímetro de la misma, sin perjuicio de que, posteriormente, la AC realice su valoración en el informe de transmisión (artículo 217, 292 o 416 a 420).



TRIBUNAL SUPERIOR DE
JUSTICIA DE MADRID



ILUSTRE
COLEGIO DE ABOGADOS
DE MADRID

El perímetro de la UP, definido a priori, será una referencia durante el proceso, pero no debe concebirse como un corsé inflexible. En efecto, en caso de que se presenten ofertas por UPs con distinto perímetro del concebido originariamente por deudor o AC, una oferta con un nuevo perímetro podrá aceptarse siempre que:

- a) la recuperación para la masa sea superior que de otro modo y
- b) que se articulen medios para la comparación homogénea de las posibles ofertas con perímetros asimétricos y para la determinación objetiva de cuál de ellas resulta de mayor interés para el concurso.

En el caso de una UP, como ocurre con una empresa, no puede establecerse un único procedimiento de valoración que pueda ser aplicado de forma estándar, sin tener en cuenta las características particulares de la UP a valorar. Del mismo modo, es importante destacar que el concepto "valor" es un concepto subjetivo, que se produce como resultado del proceso de valoración y no es único ni indiscutible, siendo en muchos casos muy diferente para comprador y vendedor.

Del mismo modo, diferentes compradores pueden tener obtener un valor diferente, por tener diferentes percepciones sobre el futuro del sector y de la UP, distintas estrategias, economías de escala, economías de complementariedad, etc.

Por último, es preciso aclarar que, si bien para la venta de una UP el primer paso es valorarla, con el proceso de valoración no se pretende llegar al precio de la misma, sino que posteriormente, como consecuencia de un proceso competitivo o de una negociación entre las partes (comprador y vendedor), se llega al precio, al que se incorporan factores altamente subjetivos, como sinergias que puede obtener en su actividad el comprador, obtención de preponderancia en el mercado, eliminación de competencia, etc.

Para sintetizar, se proponen dos métodos de valoración para las UP:

- Uno para UP que mantengan actividad productiva rentable o que pueda hacerse rentable, donde se espera que la actividad



TRIBUNAL SUPERIOR DE
JUSTICIA DE MADRID



ILUSTRE
COLEGIO DE ABOGADOS
DE MADRID

se mantenga de manera ininterrumpida, siendo por tanto generadora, o teniendo potencial, de generar rentas actuales y/o futuras.

- Otro para UP que, no manteniendo una actividad productiva en el momento de la valoración, se estime que su valor como UP en su conjunto sea superior al del valor de los activos y pasivos que la integran liquidados individualmente (negocios sin actividad que cuenten con concesiones administrativas que puedan ser transmitidas con la UP, negocios que cesaron su actividad con proyectos en curso y que su reanudación puede ser económicamente rentables, etc.).

7.1 Valoración por actualización de flujos de tesorería.

Este método de valoración parte de las siguientes hipótesis básicas¹:

- Se trata de una UP en funcionamiento.

Se trata de una unidad de conjunto; es decir, formada por un conjunto de bienes y factores, tangibles e intangibles, que trabajan como un todo y, por tanto, o bien no pueden ser evaluados de una manera individualizada, o su la valoración individualizada daría lugar a un valor sensiblemente inferior al del conjunto.

- Fundamentos económicos.
 - De acuerdo con la teoría de la inversión, el valor de la UP viene determinado por su capacidad para generar rentas futuras.
 - A su vez el valor de la UP está relacionado con sus características financieras: crecimiento, flujos de tesorería y nivel de riesgo esperados.

Por tanto, el valor de la UP depende únicamente de su capacidad para generar rentas futuras y el modelo valorativo debe basarse

¹ Documento AECA 7 valoración de Pymes (adaptado a las UP)



TRIBUNAL SUPERIOR DE
JUSTICIA DE MADRID



ILUSTRE
COLEGIO DE ABOGADOS
DE MADRID

en el descuento de tales rentas al momento en el que se desea valorar, que viene determinado por la ecuación del cuadro 1.

El concepto de renta que se adecúa a los fundamentos de este método de valoración es el de renta económica, por lo que los flujos de tesorería generados serían las variables más adecuadas para su aplicación.

Cuadro 1

$$V_0 = \sum_{j=1}^n \frac{FLTE_j}{(1+i)^j} + \frac{VT_n}{(1+i)^n}$$

Dónde:

- i) V_0 es valor actual de la UP.
- ii) **FLTE** son flujos libres de tesorería que se derivan de la actividad de la UP.
- iii) i es la tasa de descuento de los flujos de tesorería.
- iv) V_T es el valor esperado de la empresa en el ejercicio n o valor residual o de continuación a partir de ese ejercicio.

En conclusión, el modelo valorativo propuesto determina el valor de la UP mediante la estimación de la capacidad de la UP de generar flujos de tesorería futuros, descontando tales flujos al momento en el que se desea la valoración.

La proyección de los flujos de tesorería ha de abarcar en todo caso las siguientes fases²:

- i) Análisis de la información histórica, necesaria para la comprensión de las variables básicas, especialmente la cifra de negocios, los costes de la empresa, las inversiones y la financiación.

² Documento AECA 7 valoración de Pymes (adaptado a las UP)



TRIBUNAL SUPERIOR DE
JUSTICIA DE MADRID



ILUSTRE
COLEGIO DE ABOGADOS
DE MADRID

- ii) Comparación de las variables básicas con las del sector en que opera la UP.
- iii) Análisis de la situación actual de la UP y de las medidas necesarias para su continuidad como unidad generadora de rentas.
- iv) Establecimiento de hipótesis de comportamiento de las variables en los próximos ejercicios.
- v) Proyección de Cuenta de Pérdidas y Ganancias y Balance.
- vi) Estimación de los flujos de tesorería futuros.

Para el cálculo de los flujos de tesorería generados por la UP en cada ejercicio se propone el siguiente esquema:

BENEFICIO OPERATIVO ANTES DE IMPUESTOS
+
AMORTIZACIONES
-
IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES OPERATIVO
-
INVERSIONES REALIZADAS
+ / -
VARIACIÓN DEL FONDO DE MANIOBRA
=
FLUJOS DE TESORERIA GENERADOS

Por último, tiene una especial relevancia la tasa de descuento aplicada para calcular el valor actual de los flujos de caja que se espera se generen en el futuro.

En el caso de venta de UP, tanto en sede preconcursal como concursal, la relevancia todavía es mayor, por los riesgos añadidos que acompañan a estas operaciones. La tasa de descuento a



TRIBUNAL SUPERIOR DE
JUSTICIA DE MADRID



ILUSTRE
COLEGIO DE ABOGADOS
DE MADRID

aplicar debe cumplir los siguientes requisitos: (i) representar una rentabilidad razonable para la operación teniendo en cuenta las eventuales incertidumbres asociadas a los flujos y (ii) considerar una prima de riesgo asociada a la operación.

En el Anexo 2 se incluye una propuesta de contenido del informe de valoración de unidades productivas en el ámbito preconcursal cuando se utilice el método de actualización de flujos de tesorería, así como de la documentación que debe acompañarse para una rápida y adecuada revisión del informe.

7.2 Valor del coste corregido y del fondo de comercio.

En este método se consideran:

- Por un lado, los elementos (de activo y pasivo) que integran la UP de forma individualizada, ya sean tangibles o intangibles, asignando a cada uno de ellos un valor contable corregido (igual al valor de mercado o de realización).
- Por otro lado, aquellos elementos intangibles que no figuran en los estados contables y que son los que posibilitarán que la UP sea rentable (concesiones administrativas, know-how, marcas, clientela, I + D, etc.)

El fondo de comercio, así considerado, es el que hace que la UP sea interesante para el inversor ya que será el que permita que la misma pueda obtener rentas (flujos de tesorería) positivas en el futuro.

Para determinar el valor del fondo de comercio de la UP habrá que considerar los flujos de tesorería que se estima que éste podrá generar en el futuro, por lo que para su valoración habrá que utilizar métodos de valoración similares al incluido en el apartado 8.1 anterior.

Así, con este método, el valor de la UP se determina mediante la suma del valor de mercado de los activos y pasivos que la componen y del valor del fondo de comercio.

En el Anexo 3 se incluye una propuesta de contenido del informe de valoración de unidades productivas en el ámbito preconcursal cuando se utilice el método de coste corregido más fondo de



TRIBUNAL SUPERIOR DE
JUSTICIA DE MADRID



ILUSTRE
COLEGIO DE ABOGADOS
DE MADRID

comercio, así como de la documentación que debe acompañarse para una rápida y adecuada revisión del informe.

7.3 Otros criterios de valoración.

Podrán utilizarse otros criterios de valoración, cuando se den las circunstancias para poder hacerlo, debiéndose justificar cuáles son esas circunstancias y la bondad del método aplicado frente a los propuestos en los apartados anteriores.

En particular, se podrá aplicar el método de valoración por referencias, consistente en comparar el valor de la UP con otras empresas o UPs, con valores medios del mercado en que se desenvuelve la misma o con transacciones similares, cuando se den las siguientes circunstancias:

- Que se trate de compañía o UPS comparables.
- Que las circunstancias en las que se produce la transacción sean similares
- Que las cifras para la comparación sean adecuadas.

8. PARTICIPACIÓN Y COLABORACIÓN DE MINISTERIOS, COMUNIDADES AUTÓNOMAS, AYUNTAMIENTOS, EMPRESAS PÚBLICAS Y ORGANIZACIONES EMPRESARIALES EN LA COMERCIALIZACIÓN DE UPS.

El TRLC no regula un proceso de concurrencia, transparencia ni apertura o publicidad, a excepción de la publicidad propia del informe de la AC, informe de la UP y plan de liquidación en el tablón de anuncios del Juzgado y en Registro Público Concursal o las generales para el supuesto de enajenación mediante subasta.

Sin perjuicio de la publicidad prevista en las normas, la UP, debidamente delimitada y valorada, se publicitará obligatoriamente en una plataforma única dependiente del Ministerio de Justicia, sin perjuicio de la publicidad que voluntariamente se realice en otros medios (Ayuntamiento, Cámara de Comercio y Organización Empresarial nacional y sectorial) que se habiliten. A estos efectos se considera relevante



TRIBUNAL SUPERIOR DE
JUSTICIA DE MADRID



ILUSTRE
COLEGIO DE ABOGADOS
DE MADRID

que los citados entes públicos y organizaciones empresariales establezcan medios y registros de publicidad en los que se publiciten las UPS en tramitación a los que puedan acceder inversores e interesados en su adquisición, contribuyendo así a la mejora de la transparencia y concurrencia de los procesos. Los organismos a los que corresponda recibirán la misma información sobre las UPs, en formato de ficha donde se han definido los parámetros esenciales de cada UP, con la delimitación de su perímetro y la valoración efectuada, de forma que la comunicación que salga al mercado sea homogénea. Es muy importante que los entes públicos y privados antes citados adopten medidas de publicidad e información para que la comercialización de UPS goce de la mayor concurrencia posible. Ello redundará en hacer estos procesos más transparentes, generará una mayor concurrencia de oferentes y se obtendrá un mayor precio.

Además, la AC remitirá a las principales empresas y organizaciones empresariales del sector la ficha/información de la UP con la delimitación de su perímetro y valoración para que se conozca por todos aquellos que pudieran tener interés en su adquisición, además de publicarlo en su propia web.

Este proceso de información, comunicación y publicidad de la UP permitirá la selección de un mayor número de interesados en su adquisición y asistentes al proceso concurrencial, a excepción de aquellos supuestos de oferta vinculante (artículo 530) presentada con la solicitud o venta directa por razones de urgencia. Incluso, en estos dos supuestos, sin paralizar la tramitación judicial, se debería comunicar a los entes relacionados en este apartado y la AC remitir información sobre la misma a las principales empresas del sector.

9. CONTENIDO DE LA OFERTA.

La oferta presentada por quien esté interesado en la adquisición de la UP deberá contener (artículo 218):

- La identificación del oferente y la información sobre su solvencia económica y financiera (que pueda garantizar la continuidad y el mantenimiento de la UP una vez transmitida) y los medios humanos y técnicos a su disposición.



TRIBUNAL SUPERIOR DE
JUSTICIA DE MADRID



ILUSTRE
COLEGIO DE ABOGADOS
DE MADRID

- La determinación de bienes, derechos, obligaciones, contratos, licencias o autorizaciones incluidos en la oferta y conformación de la UP utilizando en su caso las fichas indicadas en el apartado 4.
- El precio, modalidad de pago y garantías aportadas.
- Si existen bienes con privilegio especial se deberá distinguir entre el precio que ofrecería con subsistencia o sin subsistencia de las garantías.
- La subrogación o no en los contratos laborales.
- La subrogación o no en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes.
- La asunción o no de créditos contra la masa o concursales. La subrogación o no en los créditos con privilegio especial.
- Modo de transmisión de la UP (compraventa, aportación de rama actividad, etc.).
- Declaración de vinculación o no de la sociedad oferente de la UP con la concursada.
- Si la adquisición se vehicula a través de una sociedad de nueva constitución ("NEWCO").

10. SUCESIÓN DE EMPRESA Y COMPETENCIA DEL JUZGADO MERCANTIL DEL CONCURSO, RESPECTO DE LOS CONTRATOS LABORALES.

A efectos laborales, en caso de transmisión de la UP, se considerará que existe sucesión de empresa (artículo 44 ET), limitándose, a estos efectos, a los contratos laborales en los que se subroga.

El Juzgado Mercantil del concurso es el competente para declarar la existencia de sucesión de empresa, cuestión que puede resultar controvertida en la jurisdicción social, limitado a los efectos del artículo 224 del TRLC a los contratos incluidos en la UP al tiempo de la transmisión.



TRIBUNAL SUPERIOR DE
JUSTICIA DE MADRID



ILUSTRE
COLEGIO DE ABOGADOS
DE MADRID

Es responsabilidad del oferente valorar debidamente el riesgo adicional, incluida una eventual derivación de responsabilidad que exceda de los contratos vigentes en los que se subroga.

11. SUBROGACIÓN DEL ADQUIRENTE EN LOS CONTRATOS INCLUIDOS EN LA UP.

El adquirente de la UP quedará subrogado en los contratos afectos a la continuidad de la actividad, sin necesidad de consentimiento de la otra parte. Las deudas anteriores a la declaración de concurso (crédito concursal) solo se asumirán por el oferente si así consta en la oferta. Esta novación subjetiva se produce por ministerio de la Ley, quedando liberado el deudor concursado excepto en la deuda concursal no asumida. Se recomienda la notificación de la transmisión de la UP, por parte de la AC, a los titulares de contratos con obligaciones recíprocas vigentes a la declaración de concurso que resulten esenciales para la continuidad de la actividad, especialmente aquellos relacionados con patentes, marcas o cualquier derecho de propiedad industrial o intelectual o en los que se haya contratado "*intuitu personae*".

Respecto de los contratos a los que resulte de aplicación la Ley de Contratos del Sector Público, su cesión se llevará a efecto de acuerdo con esta norma especial. En efecto, el artículo 222.1 del TRLC establece que "*(...) el adquirente quedará subrogado en los contratos afectos a la continuidad de la actividad profesional o empresarial que se desarrolle en la unidad o unidades productivas objeto de transmisión, sin necesidad de consentimiento de la otra parte..*", a excepción de los contratos administrativos que se producirá de acuerdo con la legislación sobre contratos del sector público.

12. MOMENTO PARA SU PRESENTACIÓN POR EL DEUDOR O ADMINISTRACIÓN CONCURSAL

La presentación de la oferta de adquisición de la UP puede ser realizada por el deudor en la propia solicitud incluyendo un plan de liquidación que contenga una propuesta escrita vinculante de adquisición de unidad productiva (artículo 530 TRLC).



TRIBUNAL SUPERIOR DE
JUSTICIA DE MADRID



ILUSTRE
COLEGIO DE ABOGADOS
DE MADRID

Si la oferta de adquisición de la UP se presenta con posterioridad a la solicitud de concurso, el oferente o interesado en su adquisición podrá proponerla a la AC para que inicie su tramitación ante el Juzgado Mercantil del concurso. La oferta por la UP se podrá presentar desde la declaración de concurso (artículos 215 a 225) hasta la sentencia aprobando el convenio, incluso dentro de la propuesta de convenio, o hasta que se dicte auto acordando la conclusión del concurso.

Se reitera la importancia de iniciar la tramitación para la enajenación de la UP lo antes posible para evitar la degradación de la actividad, instalaciones o medios que la integran. El oferente deberá entregar a la AC la oferta, con el contenido fijado en el apartado 10º de esta guía. La AC la presentará ante el Juzgado del concurso para su autorización (artículo 518). Abierta la fase de liquidación, la enajenación de la UP se realizará en la forma prevista en el plan y, si no estuviera contemplada en el plan, se tramitará de acuerdo con el artículo 215 a 225 y no necesariamente como modificación del plan de liquidación (artículo 420).

13. VENTA DE LA UNIDAD PRODUCTIVA A INSTANCIAS DEL DEUDOR.

Se trata del supuesto contemplado en el art. 530 del TRLC (ex artículo 191 ter de la ley Concursal) en la que el deudor, con su solicitud de concurso, interesa su liquidación y presenta una oferta en firme de compra de la unidad productiva.

En este punto, se estará a la "guía de buenas prácticas procesales" aprobada por los Jueces Mercantiles de Madrid, en reunión de 22 de enero de 2021, o bien a la guía o protocolo aprobada por los Jueces Mercantiles de la demarcación judicial correspondiente.



TRIBUNAL SUPERIOR DE
JUSTICIA DE MADRID



ILUSTRE
COLEGIO DE ABOGADOS
DE MADRID

14. VENTA DE LA UNIDAD PRODUCTIVA EN SEDE CONCURSAL:

14.1 Tramitación y modos de enajenación de la UP: Subasta y venta directa.

El modo ordinario de enajenar la UP será mediante subasta, judicial o extrajudicial (artículo 215), salvo que el Juzgado del concurso autorice la venta directa o a través de persona o entidad especializada (216), cuya retribución será a cargo de la AC, sin exceder de lo que haya percibido (artículo 216.3).

La AC facilitará un proceso abierto, transparente y concurrencial (artículo 217), excepto en el supuesto de venta directa en el que está más limitado.

La decisión del modo de enajenación corresponderá a la AC. La elección de la enajenación directa deberá justificarse por razones de urgencia, oportunidad, mercado, deterioro de actividad e incluso riesgo de paralización de la misma. En la venta directa de la UP, puede reducirse el contraste de mercado por las razones expuestas.

Transitoriamente, si la AC estima que la concursada no es capaz de continuar con la actividad se podría buscar financiación transitoria post-concursal (artículo 206) hasta la consecución de la autorización en favor del adquirente.

En los supuestos de oferta vinculante, la AC tendrá en cuenta los trabajos realizados por la concursada, con anterioridad a la declaración de concurso, con posibles oferentes e interesados, así como informes de valoración de la UP, al proponer al Juzgado Mercantil que autorice la venta directa.

14.2 Informe de la AC y presentación en el concurso.

La AC, al aportar la oferta de compra de la UP al Juez del concurso, presentará informe identificando al oferente, evaluando el sector en el que se desarrolla la actividad, delimitando el perímetro de la UP, las condiciones de transmisión, fechas de corte, gastos del proceso, asunción de créditos contra la masa, pasivo concursal, el modo de enajenación (subasta, venta directa o a través de persona o entidad especializada) y publicidad de la oferta recibida.



TRIBUNAL SUPERIOR DE
JUSTICIA DE MADRID



ILUSTRE
COLEGIO DE ABOGADOS
DE MADRID

Determinará el plazo para la presentación de ofertas (artículo 217), aunque sea mediante venta directa de modo que cualquier interesado pueda formular oferta, siempre sin suspender la tramitación de la autorización para su enajenación.

En el caso de venta mediante subasta y, en general, en todos los procesos en que concurren más de un ofertante, con carácter previo, o simultáneo, a la tramitación de la oferta se exigirá del ofertante la acreditación de solvencia suficiente para garantizar la continuidad de la actividad de la UP.

14.3 Transparencia, concurrencia, publicidad y audiencia a los representantes de los trabajadores

Las resoluciones que el juez adopte para la transmisión de la UP se dictarán previa audiencia a los representantes de los trabajadores, si los hubiere, por plazo de 15 días, además de ponerse de manifiesto a los acreedores e interesados (artículo 217, 518). Esta labor de traslado, notificación, comunicación e información de la UP a los representantes de los trabajadores podrá ser asumida por la AC.

La oferta se publicará en el Registro Público Concursal, portales que se habiliten para ello en Comunidades Autónomas, Ayuntamientos, Cámaras de Comercio y organizaciones empresariales nacional, territorial y sectorial dependiendo si es empresa grande, mediante, pequeña o micro.

El proceso competitivo deberá reunir los requisitos de publicidad o apertura, transparencia y concurrencia, adaptándose a las circunstancias del caso especialmente en caso de venta directa. Se ajustará en la medida de lo posible a los hitos habituales de los procesos de M&A (*teaser, non-disclosure agreement, information memorandum, non-binding offer, data room, due diligence, binding offer*, y rondas de ofertas que resulten óptimas en función del perfil del caso).

Cuando la participación en el proceso competitivo esté asociado a la prestación de dinero nuevo por los oferentes, la AC se asegurará de que el dinero nuevo se ofrezca a aquel/los postor/es que ofrezcan las mejores condiciones de financiación. En caso de no poder subastarse el dinero nuevo, la AC se asegurará de que no



TRIBUNAL SUPERIOR DE
JUSTICIA DE MADRID



ILUSTRE
COLEGIO DE ABOGADOS
DE MADRID

se concedan al prestamista de dinero nuevo prerrogativas o ventajas que de facto impidan la competencia o la penalicen indebidamente.

14.4 Trámite de alegaciones de acreedores, oferentes e interesados.

De la oferta y del informe de la AC sobre la UP se dará traslado a todos los personados para que puedan hacer alegaciones por un plazo de 3 a 10 días sobre la propuesta de transmisión de la UP (artículo 216 y 518), excepto en los supuestos de enajenación de la UP de acuerdo con el plan de liquidación aprobado (artículos 416 a 419).

Las alegaciones que puedan realizar los personados en el concurso, se pondrán referir a cuestiones o defectos procesales de la tramitación de la UP, cuestiones que afecten al interés del concurso o que, directamente, les afecten personalmente.

14.5 Informe complementario de la Administración Concursal.

De estas alegaciones el TRLC no prevé que se dé traslado a la AC para que emita nuevo informe pudiendo el Juzgado Mercantil del concurso resolver directamente. Si bien, por transparencia del propio proceso, puede resultar conveniente que la AC informe, previamente a la decisión judicial, sobre las alegaciones que se hayan podido formular.

14.6 Medidas para agilizar su tramitación judicial.

La tramitación de la autorización de venta de UP no se suspenderá bajo ningún pretexto, aunque se encuentre en tramitación algún proceso penal.

Durante la tramitación de la autorización la AC facilitará la documentación, de la que ha gozado el ofertante, a quien la requiera para formular oferta, previo acuerdo de confidencialidad, para que la pueda analizar y participar en el proceso concursal en igualdad de condiciones.



TRIBUNAL SUPERIOR DE
JUSTICIA DE MADRID



ILUSTRE
COLEGIO DE ABOGADOS
DE MADRID

14.7 Autorización por el Juzgado del Concurso.

El Juzgado, examinada la oferta, el informe de la AC presentando la oferta, alegaciones e informe complementario, dictará auto autorizando, o no, la transmisión de la UP en la forma solicitada, a la mayor brevedad posible.

14.8 Formalización de la transmisión de la UP.

Una vez firme el auto aprobando la transmisión de la UP, se solicitará testimonio de la resolución y se procederá al otorgamiento de la escritura pública, o elevación a escritura de contrato privado, de transmisión de la UP en la forma autorizada (compraventa, aportando de rama de actividad, etc.). Además del testimonio del auto, la AC aportará credencial y auto de declaración de concurso.

La efectividad de la transmisión de la UP se produce con la firma de la escritura de transmisión de la UP, no con el auto autorizándola.

Alternativamente al auto de autorización, podrá solicitarse el dictado de auto de adjudicación, especialmente en casos de subasta, en cuyo caso no será necesario el otorgamiento de escritura pública de transmisión.

14.9 Notificación de la transmisión a trabajadores y titulares de contratos subrogados.

Formalizada la transmisión de la UP, el adquirente de la UP notificará la sucesión de empresa de acuerdo con lo previsto en el artículo 224.1.3º TRLC.

La AC también deberá informar a las partes contratantes en cuyos contratos se subroga el adquirente, la transmisión de esa unidad productiva y la identidad del adquirente.

La notificación a las contrapartes de los contratos conviene realizarla por la AC antes de su autorización, aunque no esté prevista dicha notificación en el TRLC.



TRIBUNAL SUPERIOR DE
JUSTICIA DE MADRID



ILUSTRE
COLEGIO DE ABOGADOS
DE MADRID

14.10 Implicación de entes públicos, empresas públicas, cámaras de comercio y organizaciones empresariales.

Se procurará que el Ministerio de Justicia u otro que se determine, las Comunidades Autónomas y Entidades locales (todas las empresas de su ámbito territorial), así como las Organizaciones empresariales favorezcan la información sobre la comercialización de UPs contribuyendo a la creación de sistemas de información y publicidad para poner en conocimiento de inversores y potenciales oferentes la intención de proceder a su enajenación dentro de su ámbito territorial y sectorial.

Ello contribuirá a que el proceso de enajenación de la UP se realice de modo transparente y con la mayor concurrencia posible.

El deudor o la AC comunicarán a dichas entidades, respectivamente, las características de la UP objeto de enajenación tan pronto como esté delimitado su perímetro, describiendo como se llevará a efecto el proceso para su enajenación, publicándose el formulario correspondiente.

Madrid, 22 de abril de 2021

EL PRESIDENTE DEL TRIBUNAL
SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

CELSO RODRÍGUEZ PADRÓN

EL DECANO DEL COLEGIO
DE ABOGADOS DE MADRID

JOSE MARÍA ALONSO PUIG