

Laboral

# Los acuerdos *pre-pack*, la transmisión de empresa y los derechos de los trabajadores en la justicia europea

La garantía sobre el mantenimiento de las condiciones laborales en caso de transmisión de empresas admite excepciones en situación de quiebra o insolvencia. Si los procesos *pre-pack* cumplen los requisitos exigidos para su aplicación, sigue siendo controvertido, aun cuando la justicia europea avanza hacia una aceptación condicionada en tales supuestos.

## LOURDES LÓPEZ CUMBRE

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Cantabria  
Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo

1. Una nueva cuestión prejudicial cuestiona la interpretación de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo (*DOUE* de 22 de marzo), relativa al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisión de empresas, ante supuestos concursales o preconcursales. En este caso, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de abril del 2022, asunto C-237/20, *FNV*, analiza la petición del Tribunal Supremo de los Países Bajos sobre la legislación neerlandesa, cuestionada, también una vez más (destaca con anterioridad la STJUE de 22 de junio del 2017, as. C-126/16, *FNV*) por la Federación del Movimiento Sindical Neerlandés (*FNV*).

De acuerdo con el derecho nacional, la transmisión de una empresa supondrá la transmisión de los derechos y obligaciones del contrato de trabajo celebrado con el trabajador de la empresa cedente a la cesionaria. Una obligación que no será aplicable cuando se produzca la transmisión de una empresa declarada en quiebra, quedando comprendida la empresa en la masa de la quiebra. A estos efectos, el deudor será declarado en quiebra por el juez —a iniciativa del deudor o a petición de sus acreedores o de uno de ellos— cuando se encuentre en situación de suspensión de pagos y tenga más de un acreedor, y el síndico se encargará de la gestión y liquidación de la masa de la quiebra, debiendo

tener en cuenta los intereses del conjunto de los acreedores, así como los intereses sociales, incluidos los relativos al mantenimiento de los puestos de trabajo. No obstante, se le permite la denuncia, en estos casos, de los contratos de trabajo de los trabajadores respetando un plazo de preaviso de hasta seis semanas.

También el derecho nacional considera el *pre-pack* como una práctica que permite, en el marco de la liquidación de los bienes de un deudor, preparar la venta de una empresa o de una parte de ésta con el fin de aumentar las posibilidades de reembolso íntegro para los acreedores. Los preparativos de la venta consisten en negociar un contrato en virtud del cual se transmitirá la empresa en cuestión o una parte de ésta una vez que se materialice la declaración de quiebra del deudor. El *pre-pack* se distingue, en el derecho nacional cuestionado, de otras operaciones de venta anteriores a una declaración de quiebra porque sus operaciones son preparadas por el «síndico predesignado» bajo el control de un «juez de la quiebra predesignado». El contrato de transmisión de la empresa elaborado en el marco de un procedimiento de *pre-pack* se celebra y ejecuta únicamente una vez que se haya declarado la quiebra, cuando el síndico y el juez de la quiebra nombrados por el tribunal dispongan de competencias legales. Por lo general, estos últimos pueden actuar rápidamente, ya que es habitual nombrar para dichas funciones a quienes ya fueron predesignados. Con este procedimiento previo se evita que la empresa cese total o parcialmente en su actividad tras la declaración de quiebra y se obtiene así, mediante la transmisión de la empresa o de una parte de ésta que se haya mantenido en funcionamiento (*going concern*), el mejor precio de transmisión para esta última con el fin de satisfacer los intereses

de los acreedores de la mejor manera posible.

2. En el supuesto que genera la decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en este caso, el grupo de empresas («antiguo grupo») estaba compuesto por diversas sociedades que desarrollaban una actividad de comercio al por mayor de productos de pesca y de marisco, así como actividades conexas. Por la acumulación de pérdidas económicas, la Comisión Europea impuso a cuatro sociedades del grupo una sanción pecuniaria de veintisiete millones de euros por haber participado en un cártel, sanción que ningún banco aceptó financiar. A raíz de la imposición de la sanción, se consideró la posibilidad de recurrir a un procedimiento de *pre-pack*. A tal fin, varias sociedades independientes del grupo fueron invitadas a presentar una oferta sobre los activos del antiguo grupo; se eligió únicamente la más ventajosa presentada por una de las sociedades y se continuó el proceso con dicha sociedad.

En respuesta a una solicitud del antiguo grupo, se nombraron dos «síndicos predesignados» y un «juez de la quiebra predesignado». En su nombramiento, el tribunal precisó que no tenían, en el marco del procedimiento de *pre-pack*, ninguna competencia ni misión legal y que habían sido elegidos para observar, informarse y ser informados, con la posibilidad de aconsejar sobre el proceso. En todo caso, debían guiarse por los intereses del conjunto de los acreedores, como si ya se hubiera declarado la insolvencia y, cuando esto ocurriera, deberían informar sobre el procedimiento de *pre-pack* en los informes públicos. De hecho, acto seguido, el antiguo grupo solicitaría la declaración de quiebra y el tribunal convertiría a los síndicos y al juez predesignados en síndicos y juez de la quiebra.

Las dos sociedades que componen la nueva empresa retomaron la mayor parte de las actividades comerciales del antiguo grupo mediante un contrato de cesión de activos en virtud del cual las actividades del antiguo grupo se transferían a la nueva empresa. Conforme a dicho acuerdo, la nueva empresa asumía los contratos de trabajo de aproximadamente dos tercios de los empleados del antiguo grupo para que realizaran, en el mismo lugar de trabajo, las funciones que ejercían anteriormente, aunque en condiciones laborales menos favorables. La nueva empresa adquirió los locales del antiguo grupo y conservó casi la misma clientela de este último.

Interpuesto un recurso por parte de la organización sindical (FNV), el tribunal optaría por desestimarlos por entender que se cumplían, en este caso, los tres requisitos de aplicación del artículo 5.1 de la Directiva 2011/23, eximiendo a la nueva empresa de mantener las condiciones laborales y de empleo aplicables a los empleados antes de la transmisión. Y todo ello porque se consideraba que el antiguo grupo estaba incurrido en un procedimiento de quiebra, que dicho procedimiento tenía por objeto la liquidación de los bienes del cedente y, en fin, que el procedimiento quedaba sometido a la supervisión de una autoridad pública. Impugnada esta decisión en casación, el sindicato alegó que los dos últimos requisitos previstos no se cumplían en un procedimiento de *pre-pack*, por lo que la transmisión debería someterse a las disposiciones de la Directiva 2001/23 sin excepción alguna y con el mantenimiento íntegro de las condiciones laborales de los trabajadores en la nueva empresa.

3. Aquí, el órgano judicial remitente planteó si el artículo 5.1 de la Directiva 2001/23 debía

interpretarse en el sentido de que el requisito según el cual los artículos 3 y 4 de dicha directiva —en los que se garantiza el mantenimiento de las condiciones laborales en la empresa cesionaria— no son aplicables a las transmisiones de empresas 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 ésta se prepara dentro de un procedimiento de *pre-pack*, cuyo objetivo consiste en posibilitar que en el procedimiento de quiebra se proceda a una liquidación de la empresa en funcionamiento (*going concern*) 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.

Pues bien, ya en su citada Sentencia de 22 de junio del 2017, asunto C-126/16, FNV, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea negó que tales excepciones fueran aplicables en este procedimiento previo, pues no cumple el requisito previsto en el artículo 5.1 de la Directiva 2011/23 un procedimiento que tenga por objeto la prosecución de la actividad de la empresa (apdo. 47). Existe una sensible diferencia entre estos dos procedimientos, ya que uno tiene por objeto la prosecución de la actividad para salvaguardar el carácter operativo de la empresa o de las partes viables de ésta y otro persigue la liquidación de sus bienes maximizando la satisfacción colectiva de los intereses de los acreedores. Aunque no cabe excluir la posibilidad de que exista un cierto solapamiento entre estos dos objetivos en un procedimiento dado, la finalidad principal de un procedimiento que tiene por objeto la prosecución de la actividad de la empresa sigue siendo la salvaguardia de la empresa de que se

trate (apdo. 48). Y, en tanto el objetivo no es, en este caso, la liquidación de la empresa, la finalidad económica y social que persigue no puede explicar ni justificar que, cuando una empresa es objeto de una transmisión total o parcial, sus trabajadores deban verse privados de los derechos que la norma europea garantiza (apdo. 50).

Expuesta esta tesis, no se justificaría el planteamiento de una nueva cuestión prejudicial si no fuera porque el órgano remitente entiende que existe un elemento que hace distinto este supuesto del planteado en el asunto resuelto por la sentencia del 2017. Y es que, cuando se inicia el procedimiento de *pre-pack* en este caso, la insolvencia del cedente se consideraba ya inevitable, por lo que tanto el procedimiento de quiebra como el procedimiento de *pre-pack* que lo precede tenían como finalidad única la liquidación de los bienes del cedente.

Quizá por este matiz el Tribunal de Justicia de la Unión Europea introduce una serie de consideraciones adicionales a las anteriores. Expone que, en la medida en que el artículo 5.1 de la Directiva 2001/23 distingue entre el 'cedente' y una 'empresa', un 'centro de actividad' o una 'parte de empresa o de centro de actividad' pertenecientes a aquél, la actividad económica global del cedente debe distinguirse de las actividades individuales de las diferentes entidades incluidas entre sus bienes por liquidar. Del tenor literal del citado precepto se desprende que el ámbito de aplicación de esta disposición y, por consiguiente, la excepción que establece no se limitan a las empresas, centros de actividad o partes de empresas o de centros de actividad cuya actividad haya cesado definitivamente antes o después de la transmisión. Según reza el apartado 50 de dicha sentencia: «En efecto, dado que establece

que los derechos y obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de trabajo o de una relación laboral existente en la fecha de la transmisión no se transfieren al cesionario cuando se cumplan las condiciones establecidas en dicha disposición, el artículo 5, apartado 1, de la Directiva 2001/23 implica que una empresa o parte de una empresa todavía en funcionamiento debe poder ser transmitida al amparo de la excepción prevista en dicha disposición. Al proceder de este modo, la Directiva 2001/23 previene el riesgo de que la empresa, el centro de actividad o la parte de empresa o de centro de actividad de que se trate se devalúen antes de que el cesionario se haga cargo, en el marco de un procedimiento de quiebra abierto con vistas a la liquidación de los bienes del cedente, de una parte de los activos o actividades del cedente considerados viables. Así pues, esta excepción tiene por objeto descartar el grave riesgo de deterioro, desde el punto de vista global, del valor de la empresa transmitida o de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores, en contradicción con los objetivos del tratado».

Considera, además, que esta interpretación del artículo 5.1 de la Directiva 2001/23 no queda desvirtuada por el hecho de que la transmisión de una empresa, de un centro de actividad o de una parte de una empresa o de un centro de actividad realizada durante un procedimiento de quiebra o un procedimiento de insolvencia análogo abierto con vistas a la liquidación de los bienes del cedente haya sido preparada antes de la apertura de dicho procedimiento, puesto que esta disposición no se refiere al periodo anterior a la apertura de los procedimientos de quiebra o de insolvencia de que se trate. Entiende el tribunal que esta constatación se encuentra corroborada en el artículo 5.2, del que se desprende claramente que las

excepciones que prevé se refieren a los supuestos en que los artículos 3 y 4 de dicha directiva se aplican a una transmisión efectuada «durante» un procedimiento de insolvencia abierto respecto de un cedente.

Por lo tanto, 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.

Sin embargo, en el supuesto analizado y como pone de manifiesto la Abogacía del Estado, el procedimiento de *pre-pack* en

cuestión no ha tenido una aplicación uniforme en los distintos órganos jurisdiccionales nacionales, por lo que constituye una fuente de inseguridad jurídica. En tales circunstancias, no puede considerarse que el procedimiento de *pre-pack* establecido por la jurisprudencia del órgano remitente aplique la excepción prevista en el artículo 5.1 de la Directiva 2001/23 con las debidas garantías jurídicas. En consecuencia, «el artículo 5, apartado 1, de la Directiva 2001/23 debe interpretarse en el sentido de que el requisito que recoge, según el cual los artículos 3 y 4 de dicha directiva no serán aplicables a las transmisiones de empresas 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 la empresa o de una parte de ésta se prepara, 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 un 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 rijan por disposiciones legales o reglamentarias» (apdo. 55).

4. En otro orden de consideraciones, también se plantea como cuestión prejudicial si la exigencia de que el cedente se halle «bajo la supervisión de una autoridad pública competente» del precepto en cuestión se cumple cuando la transmisión de una empresa o de una parte de ésta 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», que carecen —en principio— de tal competencia de supervisión.

Ya la sentencia del 2017 citada confirmaría que el procedimiento de *pre-pack* que precede a la declaración de quiebra que tiene por objeto la liquidación de los bienes del cedente no tiene fundamento en la legislación o en la normativa neerlandesa, sino que tiene su base en la creación jurisprudencial. Por esta razón, dicha operación no se lleva a cabo bajo la supervisión del tribunal competente, sino que la efectúa la dirección de la empresa, que dirige las negociaciones y adopta las decisiones que preparan la venta de aquélla. Por lo demás, ni el «síndico predesignado» ni el «juez de la quiebra predesignado» tienen formalmente poder alguno, no estando sujetos a ninguna supervisión por parte de ninguna autoridad pública (apdo. 54).

Pero también estas apreciaciones son matizadas en el caso de autos. Se entiende, según expone el órgano remitente, que el estatuto y las funciones del «síndico predesignado», definidos por el tribunal que lo nombra o por las indicaciones del «juez de la quiebra predesignado» no difieren sustancialmente del estatuto ni de las funciones del síndico en el procedimiento de quiebra. El «síndico predesignado» podría, al igual que el síndico de una quiebra, incurrir en responsabilidad por una falta en el ejercicio de sus funciones y su responsabilidad personal se apreciaría sobre la base de los mismos criterios que se aplican al síndico de una quiebra. Por su parte, el «juez de la quiebra predesignado» —al igual que el juez de la quiebra en el procedimiento de quiebra—

garantiza la supervisión, en el procedimiento de *pre-pack*, del «síndico predesignado» para que este último no se extralimite en sus competencias y actúe en interés del conjunto de los acreedores. Asimismo, el tribunal que los nombra a los dos supervisa, en caso de un procedimiento de insolvencia posterior, que dichas personas hayan seguido todas las indicaciones dadas pues, de lo contrario, no podrían ser nombradas como síndico y juez de la quiebra, respectivamente, en el momento de la declaración de quiebra.

De hecho, en el supuesto analizado desde que se declaró el inicio del procedimiento de quiebra, los síndicos y el juez de la quiebra que estaban encargados de seguir el procedimiento de quiebra y que habían sido nombrados por el tribunal a tal efecto disponían de competencias legales en este sentido y estaban sujetos a los mismos requisitos de objetividad e independencia que los que se aplican a un síndico y a un juez de la quiebra nombrados en una quiebra no precedida de un procedimiento de *pre-pack*. No en vano, el hecho de que la transmisión preparada durante el procedimiento de *pre-pack* únicamente se ejecute una vez que se haya producido la apertura del procedimiento de quiebra no les resta legitimidad, ya que el síndico y el juez de la quiebra podrán negarse a dicha transmisión si consideran que es contraria al interés de los acreedores del cedente cuyos bienes deben ser liquidados. Por consiguiente, la sentencia admite que el hecho de que la transmisión de la empresa o de una parte de ésta se prepare en el marco de un procedimiento de *pre-pack* previo a la declaración de quiebra por un «síndico predesignado», sometido a la supervisión de un «juez de la quiebra predesignado», no obsta a que se cumpla el requisito del artículo 5.1 de la Directiva 2011/23, esto es,

no impide la apreciación sobre la supervisión de una autoridad pública (apdo. 65). Eso sí, como en el supuesto anterior, se exige que el procedimiento de *pre-pack* se rija por disposiciones legales o reglamentarias.

5. Se trata de una decisión que modula la que ya aportó el tribunal en un supuesto de similar factura sobre el mismo conflicto en relación con la aplicación de este derecho nacional y su adecuación a la directiva. Sin embargo, ahora, el tribunal da un paso más en la aceptación de la excepción a la regla sobre el mantenimiento de las condiciones del contrato de trabajo cuando se produce una transmisión de empresas. En su momento, estimaría que este tipo de operaciones previas no tienen como finalidad última la liquidación de la empresa, sino su conservación, por lo que, en aras del cumplimiento de la norma europea, la transmisión total o parcial de aquella supone que sus trabajadores no se vean privados de los derechos reconocidos por el ordenamiento europeo. La mera circunstancia de que dicha operación de *pre-pack* pueda

pretender también maximizar la satisfacción de los intereses de los acreedores no resulta suficiente para transformarla en un procedimiento dirigido a su liquidación, que es precisamente lo que la norma europea exige para aplicar la excepción.

Pues bien, en la decisión aquí analizada, la interpretación es otra bien distinta. Y, así, si la regla general de la Directiva 2011/23 es la garantía en el mantenimiento de las condiciones laborales y la excepción ha de ser interpretada y aplicada restrictivamente, el tribunal considera que 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 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 hecho.