

LA VENTA DE LA UNIDAD PRODUCTIVA COMO CULMINACIÓN DEL PROCESO CONCURSAL, EN ESPECIAL, EN SEDE DE LIQUIDACIÓN CONCURSAL

I. INTRODUCCIÓN

La denominada como liquidación concursal refiere tanto a una fase concreta del proceso concursal, como a la culminación del mismo, como al fracaso de la solución preminente querida por el legislador.

Es cierto que nos encontramos ante una de las fases del procedimiento universal, que a diferencia de lo que acontecía en la redacción originaria de la ley 22/2003 sucedía cronológicamente a la fase de convenio y que de hecho no tenía por qué aperturarse si se alcanzaba una solución negociada con los acreedores, pero que en la actualidad, tras las sucesivas reformas habidas, especialmente por la ley 38/2011, puede darse desde la misma declaración del proceso concursal, por la mera solicitud del deudor concursado con su petición inicial; la consecuencia es clara, la apertura directa e inmediata de la liquidación de la concursada con todos los pronunciamientos inherentes a ello.

Es cierto que representa un fracaso del modelo querido y pretendido por el legislador del año 2003, pero no lo es menos que, fruto del desarrollo natural del mercado, de sus necesidades y de la crisis económica padecida en estos últimos años, nos hemos encontrado con un modelo que no daba satisfacción a los requerimientos que desde los agentes involucrados se imponía.

La ausencia de una regulación particular que contemplara soluciones liquidatorias anticipadas, el procedimiento excesivamente formal y la ausencia de medios personales y materiales de la administración de justicia, provocaron el fracaso de ese planteamiento de la ley 22/2003.

Hubo de acudirse a medidas innovadoras, a anticipar soluciones legalmente previstas para ofrecer “salidas” a los problemas acuciantes de los procesos concursales. De hecho esas medidas plasmadas en las resoluciones judiciales fueron las que motivaron el conjunto de reformas legislativas de la ley concursal que eclosionaron en el Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal y en la ley 9/2015 de 25 de mayo, introduciendo la regulación de la venta de la unidad productiva.

Finalmente, en estas previas palabras introductorias también podemos referir que la liquidación concursal, en su modalidad de la venta de la unidad productiva, supone la culminación del proceso universal, como solución solutoria al problema de la insolvencia de la concursada, mediante la que se permite la pervivencia de la estructura empresarial, de sus relaciones comerciales, de las laborales, ofreciendo la posibilidad de satisfacer a los acreedores sus créditos, amén de generar riqueza en el mercado. Desde este prisma, la venta de la unidad productiva, cualquiera que sea la fase en que se acuerde (incluida en la de liquidación), permite defender el cumplimiento de los fines del proceso concursal

II. IDEARIO DE LA LIQUIDACIÓN CONCURSAL

Como cualquier realización en sede concursal el procedimiento de realización de activos, incluida en la fórmula de la venta de la unidad productiva, debe someterse a unos postulados básicos que pudieran garantizar el éxito de la operativa y del cumplimiento de los fines pretendidos:

1. Debe resultar de primordial predicamento de la liquidación el mantenimiento de la integridad de las unidades de negocio, compatibilizándolo con el respeto a las prerrogativas de los acreedores con privilegio especial, bajo el establecimiento de unos plazos lo suficientemente amplios y sucesivos para ejecutar la realización de activos, dadas las especiales circunstancias de la concursada y del tipo de activos a realizar.

2. Como no puede ser de otra forma, el objetivo final es la realización de los activos para la satisfacción de los acreedores del concurso, en el bien entendido que la comunidad de pérdidas que supone la masa pasiva del proceso, minimice los perjuicios derivados del retraso en el cobro y de la imposibilidad de satisfacer íntegramente sus créditos. Para ello se revela esencial el siguiente ideario:

- La agilización del proceso de la liquidación concursal facilitando la tramitación rápida de la misma mediante reglas que favorezcan su terminación en el plazo máximo establecido en la Ley Concursal.
- Transparencia del proceso de realización pública tanto para acreedores como para postores y otros interesados, que pueden verificar en tiempo real el proceso de liquidación.

- Máxima difusión y publicidad del proceso de realización pública, con acceso a través de los actuales medios tecnológicos a la más completa información relativa a los bienes objeto de venta (tasaciones, resoluciones judiciales relevantes en el proceso de liquidación, Plan de Liquidación, bases de la subasta, fotografías, localización de mapas de los bienes objeto de realización, etc.).
- Facilidad en el acceso al proceso liquidatorio de posibles interesados evitando innecesarios desplazamientos físicos para su participación y acceso a toda la información relevante relativa a todos los bienes objeto de realización. Para ello el uso de las nuevas tecnologías existentes representan un gran avance respecto al modelo tradicional.
- Debe primar la seguridad jurídica mediante establecimiento de procesos de seguridad informática. Todo el proceso de venta liquidatoria que se adapte a las nuevas tendencias y tecnologías debe conjugar ambos parámetros, acudiendo a las herramientas existentes que acojan estos principios.
- Descarga sustancial de trabajo al juzgado, externalizando todo el proceso de liquidación que, salvo supuestos especiales, por la naturaleza y características de los bienes objeto de venta, se lleva a efecto desde la aprobación del Plan y hasta la consumación de las ventas sin intervención del mismo.

3. Como proceso de realización de bienes y derechos, no puede identificarse con ejecución de los mismos. En modo alguno estamos en presencia de un trámite ejecutivo en el que se realizan bienes para pagar a unos acreedores al haber promovido éstos la venta de aquellos. La cuestión ha sido tratada en el auto de 21 de marzo de 2012, dictado por el Juzgado de lo Mercantil nº1 de Oviedo, en el que desarrolla la situación procesal del titular de un privilegio especial en el marco de un proceso de liquidación concursal. Así, dispone: "...La cuestión dista de ser sencilla y no ha merecido una respuesta unánime de la doctrina. GARRIDO [Comentarios a la Ley Concursal, ROJO-BELTRÁN (Dirs.), II, Thomson-Civitas, p. 2391] sostiene que la posición de "ejecutado" la ostenta la administración concursal, quedando vacía de contenido la posición de ejecutante. MORALEJO IMBERNÓN [Comentarios de la Ley Concursal, Bercovitz Rodríguez-Cano (Dir.), II, Tecnos, p. 1620] cree, por el contrario, que la referencia al ejecutante debe entenderse sustituida por la "comunidad de acreedores", lo que en la práctica supone dejar sin efecto aquellas facultades exorbitantes. Sin embargo la posición a mi juicio más correcta es la que defiende CARRASCO PERERA (Op. cit.,

p. 125), quien cree que el ejecutante será la administración concursal, a la cual carece de sentido reconocerle tales atribuciones (téngase en cuenta la prohibición de adquirir bienes de la masa activa, incluso por subasta, art. 151.1 LC). “Puede comprobarse en tal caso –sentencia- cómo se destruye una parte importante de la posición creditoria, simplemente por el hecho de que el acreedor haya dejado de tener la condición de ejecutante”.

Esta es la posición que, a juicio de este juzgador, se adapta mejor a las peculiaridades del supuesto examinado. La posición de ejecutante la ostenta la administración concursal, no el acreedor hipotecario ... Ahora bien, la posición de ejecutante que se reconoce a la administración concursal es *sui generis*. No le son trasladables, sin más, los atributos y potestades que la LEC reconoce a quien ostente tal condición y que han quedado referidas. Antes al contrario, es un ejecutante huérfano de tales facultades, es un mero impulsor de la subasta como corolario de su configuración legal de órgano liquidador. La posición de ejecutado la conserva la concursada, que mantiene ad intra del concurso su plena capacidad procesal (art. 145.3 LC) no obstante su disolución y la suspensión de facultades de administración y disposición que la Ley Concursal liga a la apertura de la fase de liquidación. El acreedor hipotecario, sería, sin merma de la calificación concursal de su crédito como privilegiado especial del art. 90.1.1º, un acreedor más a los efectos de subasta...”

En este punto cabe citar el novedoso AAP de Barcelona de 2 de mayo de 2017, en el que, en relación con la liquidación de los activos concursales, en relación con la posición del acreedor con privilegio especial defiende que el artículo 155.4 LC, como norma de realizar los bienes y derechos sujetos a ese tipo de crédito, tiene incidencia directa en el modo de realizar éstos, “*sobre todo en lo que atañe a la necesidad de garantizar que el acreedor con este privilegio pueda incidir en el procedimiento de venta, bien incidiendo en los mecanismos de realización, bien reclamando la adjudicación del bien en pago o para pago de su crédito, en los términos que se derivan del referido artículo. Del artículo 155.4 LC se extraen una serie de principios y garantías para el acreedor que deben respetarse en la confección del plan de liquidación y, caso de que no lo hiciera, el juzgado debería adaptar el plan al aprobarlo, sea de oficio o bien a instancia de parte. E incluso, en la ejecución del plan han de respetarse esas reglas, al menos en cuanto no resulten abiertamente contradictorias con el plan aprobado.*”

4. En este mismo sentido, como reconoce la STS de 23 de julio de 2013 "Los titulares de un crédito garantizado con una hipoteca, en el caso de que su deudor sea declarado en concurso de acreedores, gozan de la condición de acreedores con privilegio especial, conforme al art.90.1º LC. Esta consideración no impide que, con las limitaciones del art.56 LC para los casos en que el bien gravado esté afecto a la actividad empresarial o profesional del deudor, pueda instarse la ejecución de la hipoteca. En cualquier caso, el apartado 3 del art.57 LC prevé que "abierta la fase de liquidación, los acreedores que antes de la declaración de concurso no hubieran ejercitado estas acciones -de ejecución separada- perderán el derecho a hacerlo en procedimiento separado".

Esto supone que la realización del bien se hará dentro de la liquidación, ya sea en el marco de un plan de liquidación aprobado con sujeción a las reglas contenidas en el art.148 LC, ya sea siguiendo las reglas legales del art.149 LC. De este modo, si se opta por la realización del bien hipotecado, aisladamente o con otros activos del deudor, con lo obtenido (el precio alcanzado con la realización o venta del bien, si se enajenó aisladamente, o la parte proporcional del precio obtenido por la realización del conjunto de activos, que corresponda al bien hipotecado, cuando se haya enajenado junto con otros bienes) deberá pagarse el crédito garantizado con la hipoteca (art.155.1 LC), y esta realización dará lugar a la cancelación de la carga. Sin perjuicio de que la parte del crédito hipotecario no satisfecho con lo obtenido por la realización del bien hipotecado, continuará reconocido dentro de la masa pasiva del concurso, con la calificación que corresponda.

Pero si se opta por la realización del bien hipotecado junto con otros activos, con la subrogación del adquirente en los tres créditos garantizados con la hipoteca, que quedan excluidos de la masa pasiva, entonces debe entenderse que se hizo "con subsistencia del gravamen", conforme al apartado 3 del art.155 LC, por lo que no cabe acordar su cancelación. El plan de liquidación puede prever una forma especial de realización o enajenación de los activos del deudor, alternativa o complementaria a las previstas con carácter general y subsidiario en el art.149 LC, pero no puede obviar los derechos del acreedor hipotecario en el concurso regulados legalmente, en este caso, en el art.155 LC.

El plan de liquidación puede prever el levantamiento de la carga hipotecaria si con la venta del bien gravado se abona, hasta donde se pudiera, el crédito garantizado, sabiendo que el resto de crédito no satisfecho permanecerá reconocido en la masa

pasiva del concurso, con la clasificación que pudiera corresponderle. Pero si el plan de liquidación opta por la venta del bien con subrogación del adquirente en la deuda garantizada con la hipoteca, y por lo tanto con la exclusión del crédito de la masa pasiva, en ese caso, el plan no puede impedir la subsistencia de la carga, que continuará garantizando el pago del crédito hipotecario, está vez por parte del adquirente del bien que se subroga en la deuda.”

5. La forma en que se lleva a término la realización de bienes y derechos queda a la discrecionalidad de la administración concursal, que puede decidir el cauce por el que se canalice las ventas; incluso el acudir a entidades especializadas o técnicos cualificados en relación con el tipo de bienes o acciones a ejecutar. Lógicamente, esas actuaciones no son gratuitas y supondrán un coste para la venta. En consonancia, procede abonar las mismas, pero siempre y cuando la retribución se fije en base a la labor que desarrolle la actividad de realización, de los medios y conocimientos para la consecución de un fin concreto. Prueba evidente de la bondad de lo que se expone es que el legislador al regular el denominado como “archivo express” por insuficiencia de activo para atender los gastos contra la masa, recoge en el art.176 bis.2 LC, como crédito de satisfacción preferente, los gastos imprescindibles para atender a la liquidación, pudiendo quedar comprendido en ellos todos los que fuesen necesarios para realizar esa tarea de realización, ya sea por la administración concursal o por terceros contratados ad hoc. De hecho, en el AAP Barcelona de 2 de mayo de 2017, se contempla la posibilidad de contratar a entidades especializadas que gestionen la realización de los activos concursales, planteando que su retribución, si el plan así lo prevé expresamente se detraiga del precio. Para ello utiliza el siguiente argumento “*En las normas supletorias del artículo 149.1 LC se indica que la retribución a los intermediarios es por cuenta de los honorarios de la administración concursal. Al ser norma supletoria nada impide que el plan prevea otro sistema de pago...*”

A partir de estas bases, voy a tratar de analizar determinados aspectos conflictivos relativos a la venta de la unidad productiva en la fase de liquidación, sin quepa agotar en este trabajo la totalidad de ellos, por la limitación de espacio

III.- CONCEPTO DE UNIDAD PRODUCTIVA EN EL CONTEXTO DEL CONCURSO DE ACREDITORES

Sentados los postulados previos, entrando en el análisis de la venta de la unidad productiva, el primer gran problema al que nos enfrentamos es el de la conceptuación de la misma, dado que el legislador, en el marco del proceso concursal no efectúa ninguna declaración de qué se tiene que entender por tal. Se regula el proceso de realización, las condiciones de venta, el destino de las relaciones vinculadas a la misma, pero no se contempla una definición o conceptuación de la misma.

Dependiendo del concepto y caracterización que hagamos de la unidad productiva las consecuencias jurídicas aplicables serán divergentes. De hecho, las especialidades previstas en el art.146 bis LC solo se contemplan para la unidad productiva, luego, si lo que se transmite no entra dentro de ésta, esas reglas especiales no resultarían de aplicación, quedando al margen y sometiéndose a las reglas generales que sobre liquidación fija la ley concursal.

En este punto, examinando la postura de la doctrina y de los Tribunales podemos concluir que no existe consenso claro a la hora de definir y establecer cuáles son las notas características del concepto de unidad productiva. De hecho dependiendo de la mayor o menor amplitud que le queramos dar al término, esto es, de lo que integremos dentro del "perímetro" unidad productiva, podemos ofrecer diferentes conceptos.

a) Concepto clásico o estricto: *conjunto de medios materiales y humanos que se utilizan para el desarrollo de la actividad que lleva a cabo el concursado*. Este concepto pone de manifiesto que es precisa la conjunción de dos elementos para hablar de unidad productiva: (i) los medios materiales (derechos de crédito, propiedad intelectual e industrial, *know how*, obligaciones, contratos, licencias, concesiones, maquinaria, herramientas y utensilios y local, en su caso, donde se desarrolla la actividad); y (ii) los medios humanos (trabajadores). De esta forma, la conjunción de estos elementos determina el desarrollo de la actividad económica o empresarial a que se refiere la LC.

b) Concepto flexible: esta concepción considera que la existencia de contratos laborales (medios humanos) no es un requisito indispensable para hablar de unidad productiva. El problema de esta opción estaría en establecer la diferencia y la línea divisoria frente a la venta "en globo".

c) Concepto relativo: esta concepción aboga por una concepción casuística de unidad productiva, elaborada al alimón por la administración judicial y el juez del

concurso, de tal forma que se pueda delimitar el perímetro de la unidad productiva en la solicitud del concurso, o en el informe de la administración concursal, o en la solicitud de transmisión. En este sentido, debe recordarse la conclusión alcanzada en el Congreso de magistrados especialistas mercantiles, en Granada, en octubre de 2014: *corresponde al juez del concurso fijar el perímetro de la unidad productiva que es objeto de venta, que incluye tanto el activo (bienes afectos a la unidad productiva), como el pasivo laboral y de la seguridad social, sobre el que recaiga el efecto legal de la sucesión de empresa.*

d) Concepto de unidad productiva como centro de trabajo: con base en la Sentencia del TJUE de 30 de abril de 2015, dictada en el asunto C-80/14, que hace una interpretación de la Directiva 98/59CE exigiendo que se tomen en consideración los despidos efectuados en cada centro de trabajo considerado por separado (caso de empresas con varios centros de trabajo); podría equipararse unidad productiva a centro de trabajo entendido como la entidad a la que los trabajadores afectados por el despido se hallan adscritos para desempeñar su cometido.

En el Congreso de magistrados mercantiles celebrado en Pamplona en el año 2015, la mayoría votó a favor de la innecesidad de los puestos de trabajos o medios humanos para dar una noción de unidad productiva. Si bien se concluyó que esta pregunta quizás dejara de tener importancia para fijar o delimitar el perímetro de la unidad productiva a la vista de la STS Sala Social de 29 de octubre de 2014, y que atribuye a la jurisdicción social la competencia para decidir sobre la subrogación o no del adquirente de la unidad productiva en las cuotas de la Seguridad Social. Una doctrina que ha sido ratificada por la STS, sala 4^a, de 11 de enero de 2017 sobre la base que “... *la jurisdicción social es competente, porque en la resolución del problema se encuentra implicada la recurrente, quien no ha sido parte en el proceso concursal, ni como deudora ni como acreedora, pero, como adquirió bienes de la concursada que pudieran constituir una unidad productiva autónoma, pudiera venir obligada a subrogarse en ciertas obligaciones laborales de la concursada*”

Queda claro que se trata de una cuestión abierta y más aún si tenemos que posicionarnos en el proceso concursal, debido a la inseguridad que genera el poder discutir la cuestión de la subrogación de las relaciones laborales fuera del concurso de acreedores. No obstante ello podríamos concluir que podría tratarse del conjunto de medios a través de los pueda desarrollarse una actividad económica o empresarial,

incluyendo los medios materiales y/o personales que permiten operar de forma organizada en el mercado desplegando una actividad económica o empresarial.

IV. GARANTIAS QUE DEBE OBSERVARSE EN LA VENTA DE LA UNIDAD PRODUCTIVA

En cualquier procedimiento de venta de activos concursales, especialmente en la fase de liquidación, deben observarse unas garantías que se contienen en la LC y a las que se refiere el AJM número 8 de Madrid de 20 de diciembre de 2012. Unas garantías previstas para evitar el fraude en este tipo de operativas. Son las siguientes:

a) Garantías de transparencia: al tratar del ideario que debe presidir la liquidación de activos ya hemos efectuado una referencia al respecto. El artículo 149.1 de la LC permite que se proceda directamente a la venta directa de la unidad productiva, en lugar de acudir a la subasta judicial, cuando las razones de urgencia y mayor beneficio de los intereses del concurso lo aconsejen. En este sentido, la administración concursal viene obligada a que, como establece el AAP de Barcelona de 2 de mayo de 2017, se garantice de modo efectivo la concurrencia de ofertas, cualquiera que sea el sistema de concurrencia de ofertas articulado en el plan de liquidación. De igual forma pronunció el AJM número 4 de Barcelona de 20 de marzo de 2014 cuando argumentó que *“Lógicamente, la seguridad jurídica, principio fundamental de nuestro ordenamiento, exige que las condiciones en las que el postor adquiere la unidad productiva en el proceso de venta sean claras. Su determinación corresponde al juez del concurso, que es el competente para proceder a la realización forzosa de la totalidad del activo concursal. Dichas condiciones se fijan en el plan de liquidación y se aprueba por el juez mediante auto, después de oír a los acreedores interesados, art. 148.2 LC, resolución que puede ser objeto de apelación conforme a lo establecido en el precepto citado”*.

b) Garantías procedimentales: debe quedar claro, en el marco de esa publicidad, el cauce previsto para la realización de la unidad productiva, optando la administración concursal por aquel que considere más apto y conveniente en atención a las circunstancias particulares del concurso. Procedimientos de realización que, siguiendo al AAP Barcelona de 2 de mayo de 2017, podemos resumir en cuatro:

1. La venta en pública subasta, entendiendo por tal la judicial, en el modo previsto por la LEC en todos sus aspectos.

2. La venta por medio de un sistema que garantice la concurrencia de ofertas, fijando un lugar de recepción de las mismas, tales como la secretaría del juzgado, el despacho del administrador concursal o una notaría. En este caso, la clave reside en que, en el plan de liquidación, se concrete los plazos, lugar y condiciones de recepción de las ofertas, la apertura y la posibilidad de mejora (mediante una o varias subastillas ulteriores entre las mejores posturas). El plan también debiera prever los medios de publicidad adoptados para permitir que llegue al mercado el efectivo conocimiento de la oferta de venta y la forma en la que los interesados pueden tener acceso a la información precisa o conveniente para poder realizar sus ofertas en las adecuadas condiciones de seguridad y garantía. A ello se une la obligación complementaria para la administración concursal de ofrecer una información global y completa de este tipo de proceso, poniendo a disposición de los interesados toda la información referida a las ofertas recibidas y al modo en el que se han recibido las ofertas, así como al cumplimiento efectivo de las garantías de publicidad.

3. La venta por medio de persona o entidad especializada, ajena a la administración concursal: es una fórmula que está expresamente en la LEC, en su artículo 641, y que obliga a que el plan de liquidación prevea expresamente qué persona o entidad se va a ocupar de la venta, si lo hace en régimen de exclusiva, etc.

La resolución mencionada plantea como requisitos imprescindibles que se precisen las siguientes condiciones:

“a) Debe determinar con claridad los plazos para realizar las gestiones (que deben coordinarse con los plazos de duración de la liquidación concursal).

b) Debe establecerse expresamente un de precio mínimo de venta. Ese precio mínimo habrá de constar en el plan de liquidación; si no constara en el plan de liquidación, el precio mínimo debe recogerse en la resolución en la que se autorice de modo concreto la gestión de la venta y, caso de que no constara, debe entenderse de aplicación lo dispuesto en la LEC. En todo caso ese precio mínimo ha de ser conocido por los acreedores (sobre todo de los que gozan de privilegio especial), con el fin de que puedan hacer observaciones.

c) Es especialmente importante fijar en el plan el régimen de retribución a la persona o entidad especializada que puede ser un porcentaje sobre el precio de venta, una escala de porcentajes en función del precio final de venta, o una cantidad fija.

d) Si el plan prevé expresamente el sistema de retribución no habría problema en incluir expresamente que esa comisión o retribución se detraería del precio. En las normas supletorias del artículo 149.1 LC se indica que la retribución a los intermediarios es por cuenta de los honorarios de la administración concursal. Al ser norma supletoria nada impide que el plan prevea otro sistema de pago.”

4. La venta directa: esta fórmula es distinta de la referida a la concurrencia de ofertas en que la administración concursal decide a cuál de ellas se produce la adjudicación. Este supuesto parte de la premisa de la existencia de una única oferta en firme y, por medio del plan, propone que se adjudique directamente a un oferente conocido y predeterminado que ha ofrecido un precio cierto. En este caso se correría el riesgo de perder otras eventuales ofertas que con la debida publicidad podrían tener entrada en el proceso liquidatorio y ofrecer mejores condiciones para el concurso. De ahí la importancia de la publicidad y contradicción del plan de liquidación.

c) Garantías subjetivas: la señalada transparencia y la apertura al mercado de la venta de la unidad productiva, garantiza evitar el fraude de que el adquirente pertenezca al mismo círculo empresarial, persona o familiar que la concursada. No se plantea la imposibilidad de que personas físicas o jurídicas integradas en dicho marco puedan acceder a dicha adquisición, sino que, en el marco de un proceso libre concurrencial, plenamente transparente, con las debidas cautelas y sobre todo respetando el mayor interés del concurso, se logre la transmisión de la unidad productiva a quien lo merezca por cumplir las reglas básicas del plan de liquidación. Debe eliminarse cualquier género de sospecha u óbice respecto del adquirente, evitando albergar la duda de que se ha escogido este procedimiento de venta de unidad productiva como medio para defraudar los intereses de los acreedores.

d) Garantías laborales: el art. 149.1.3^a párrafo 2º "in fine" de la LC establece que en caso de enajenación de unidades productivas "*en todo caso serán oídos por el juez los representantes de los trabajadores*", garantía que debe observarse mediante traslado al legal representante de los trabajadores, y, en caso de no existir el mismo, debe efectuarse con audiencia a todos ellos.

V.- RÉGIMEN DE CONFORMIDAD DE LOS ACREDITADORES PRIVILEGIADOS ESPECIALES EN LA TRANSMISIÓN DE LA UNIDAD PRODUCTIVA

Una clave del éxito de la venta de la unidad productiva reside en la satisfacción de los intereses de los acreedores, en concreto de los que gozan del privilegio especial.

De hecho la normativa concursal, además de regular cuestiones propias de las relaciones contractuales vinculadas a la concursada, además de contemplar las reglas acerca de la sucesión empresarial respecto de determinadas deudas (que será objeto de análisis en el siguiente apartado), ha incorporado, tras el RD 11/2014, determinadas reglas en favor de aquellos acreedores. Estas reglas se contemplan en el art. 149.2 LC, cuyo tenor literal es el siguiente: *“Para los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial se aplicará lo dispuesto en el artículo 155.4. Si estos bienes estuviesen incluidos en los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes o de servicios pertenecientes al deudor que se enajenen en conjunto, se aplicarán, en todo caso, las siguientes reglas:*

a) Si se transmitiesen sin subsistencia de la garantía, corresponderá a los acreedores privilegiados la parte proporcional del precio obtenido equivalente al valor que el bien o derecho sobre el que se ha constituido la garantía suponga respecto a valor global de la empresa o unidad productiva transmitida.

Si el precio a percibir no alcanzase el valor de la garantía, calculado conforme a lo dispuesto en el artículo 94 será necesario que manifiesten su conformidad a la transmisión los acreedores con privilegio especial que tengan derecho de ejecución separada, que transmisión y que pertenezcan a la misma clase, según determinación del artículo 94.2. En tal caso, la parte del valor de la garantía que no quedase satisfecha tendrá la calificación crediticia que le corresponda según su naturaleza.

Si el precio a percibir fuese igual o superior al valor de la garantía, no será preciso el consentimiento de los acreedores privilegiados afectados.

b) Si se transmitiesen con subsistencia de la garantía, subrogándose el adquirente en la obligación del deudor, no será necesario el consentimiento del acreedor privilegiado, quedando excluido el crédito de la masa pasiva. El juez velará por que el adquirente tenga la solvencia económica y medios necesarios para asumir la obligación que se transmite. Por excepción, no tendrá lugar la subrogación del adquirente a pesar de que subsista la garantía, cuando se trate de créditos tributarios y de seguridad social”.

No existen complejidades si en la transmisión que se acordase, la garantía vinculada al privilegio especial se mantiene, haciéndose cargo de la misma el adquirente.

La regla es excluir el crédito correspondiente, quedando obligado el nuevo titular de la unidad productiva frente al originario acreedor privilegiado. Un acreedor que, por mor de la situación concursal del deudor, por los intereses en juego, no tiene que mostrar su conformidad, quedando vinculado por la decisión del Tribunal que velará por sus intereses al comprobar la solvencia del adquirente en aras a cumplir con el pago del crédito transmitido. Y todo ello salvo de las deudas procedentes de créditos tributarios y de seguridad social, que no se transmiten al comprador, a pesar de que la garantía se mantenga.

Donde se encuentran problemas reales es el otro supuesto que recoge la norma, aquel en que la transmisión de la unidad productiva se realiza sin subsistencia de las garantías vinculadas a los créditos privilegiados, donde la normativa contempla los siguientes escenarios:

- a) El precio recibido, en la parte proporcional correspondiente, alcanza para pagar la totalidad del privilegio especial (calculado en los términos del art.94 LC), se produce la transmisión y se abona dicho crédito, sin que sea necesario el consentimiento del acreedor con privilegio especial.
- b) El precio obtenido, en la parte proporcional que la norma indica, no cubre ese mínimo: procede distinguir si el acreedor goza de derecho de ejecución separada o no en aras a determinar si debe consentir o no la operación de venta, dado que si detenta ese derecho, puede formular oposición, y la venta no llevarse a término (es lo que se denomina como derecho al bloqueo de la transmisión). Pero siempre y cuando represente al menos el 75% del pasivo afectado por la transmisión y de la misma clase (poder de arrastre para privilegiados minoritarios afectados)

Por su claridad en la exposición, debemos traer a colación el análisis y conclusiones que a este respecto efectuó el auto del juzgado mercantil nº 5 de Barcelona, del 23 de marzo de 2015.

Lo primero que resolvió el Juzgado fue aclarar quiénes son los acreedores con privilegio especial que tienen derecho de ejecución separada, refiriendo por tales los que habían iniciado la ejecución de su garantía con anterioridad a la declaración de concurso. Y ello, en aplicación del art. 57. 3 LC que es meridianamente claro: *“abierta la fase de liquidación, los acreedores que antes de la declaración de concurso no hubieran ejercitado estas acciones (ejecución de garantías reales) perderán el derecho de hacerlo en procedimiento separado”*.

Este razonamiento dio lugar al siguiente pronunciamiento en el auto antes mencionado: “6. *El párrafo 2º del art. 149.1.3ª a) de la LC , está previsto para que los acreedores privilegiados con derecho de ejecución separada puedan oponerse a una venta por debajo de unos precios mínimos, por entenderse que en una ejecución separada podrían obtener un mayor precio o adjudicarse el bien. Así, se les concede no solo un derecho de bloqueo ("conformidad a la transmisión") sino un poder de arrastre para los privilegiados minoritarios afectados por la transmisión (" que representen al menos el 75 por ciento del pasivo de esta naturaleza afectado por la transmisión y que pertenezcan a la misma clase").*

7. *Finalmente, interpretados de forma sistemática y a sensu contrario, el párrafo 1 y el párrafo 2 de la letra a) regla 3ª del art. 149.1 de la LC , antes transcrita, permite concluir que cuando no existan acreedores especialmente privilegiados con derecho de ejecución separada - como en nuestro caso -, se podrá autorizar la transmisión de la unidad productiva sin subsistencia de la garantía, en cuyo " caso corresponderá a los acreedores privilegiados la parte proporcional del precio obtenido equivalente al valor que el bien o derecho sobre el que se ha constituido la garantía suponga respecto a valor global de la empresa o unidad productiva transmitida".*

8. *Consecuencia de lo anterior, ambas entidades financieras, Banco Santander y Banco Sabadell, al no tener derecho de ejecución separada, quedan sometidas a la ejecución colectiva, que en este caso se produce mediante la liquidación de una unidad productiva en funcionamiento, en la que se hayan integrados los bienes inmuebles objeto de garantía. Y han de soportar el riesgo de que en caso de la transmisión de la unidad productiva se obtenga un precio de realización inferior al valor de la garantía real e inferior incluso al que, de haber ostentado el derecho de ejecución separada, pudieran haber percibido”.*

Con este razonamiento queda claro que si el acreedor con privilegio especial no tiene un derecho de ejecución separada, más allá de ostentar un alto porcentaje representativo de los créditos afectados en la venta, más allá que el precio no cubra su privilegio, no ostentará derecho de oposición, por la simple razón de que no habrá que requerir su consentimiento a la venta de la unidad productiva, sin subsistencia de la garantía.

En segundo lugar, este auto a que hemos hecho referencia, analiza otro punto substancial y esencial como es la interpretación del concepto “*precio obtenido*” a

efectos del importe a percibir por los acreedores privilegiados como consecuencia de la transmisión de una unidad productiva sin subsistencia de la garantía.

Por una razón de pura lógica, dependiendo de qué debe incluirse dentro del concepto “del precio obtenido”, el reparto del producto que se recibe del adquirente, se destinará a unos acreedores o a otros, y en especial a los acreedores con privilegio especial en los casos que la transmisión se produce sin subsistencia de la garantía y sin su conformidad.

Las opciones acerca de la consideración de este “precio obtenido” son las siguientes:

a) interpretación restrictiva de "precio obtenido": incluye solo precio en sentido estricto, dinero efectivo. No incluye asunción de deudas legales y con terceros ni renuncia a créditos/préstamos realizados por la compradora.

b) interpretación moderada de "precio obtenido": incluye no sólo dinero en efectivo sino también subrogaciones legales o asunción de obligaciones con terceros (deudas laborales y de la seguridad social, déficit de postconcursal de funcionamiento de la unidad, etc.) .

c) interpretación extensa de "precio obtenido": se incluye no sólo dinero en efectivo sino también cantidades retenidas para subrogaciones legales o asunción de obligaciones con terceros así como renuncia a créditos/préstamos realizados por el adquirente. Por tanto, incluirían todos los conceptos relacionados en la oferta

Queda claro que en función del criterio interpretativo que se acoja, las consecuencias económicas para el acreedor privilegiado son completamente divergentes.

En el auto del juzgado mercantil nº 5 de Barcelona de 13 de abril de 2015 se decanta por la interpretación más estricta al considerar lo siguiente:

a) la oferta de adquisición de la unidad productiva determina un valor de adquisición que supone una aportación económica para determinados pagos que se pueden denominar finalistas y otras cantidades que consistiendo en la subrogación o condonación de pasivos no suponen una entrada de liquidez para la concursada, sino una minoración de deuda;

b) el término "*precio obtenido*" debe entenderse en su interpretación más extensa, como toda contraprestación en sentido económico a que el adquirente se obliga a cambio de la unidad productiva. Es, en definitiva, el "*beneficio obtenido*" para la masa del concurso;

c) cualquier interpretación alternativa a la expuesta, supondría vaciar de contenido la norma del art.149.2 LC y dar lugar a resultados no queridos por el legislador, que trata de garantizar, en estos casos, que el acreedor hipotecario que ve sacrificada su garantía en pro

de la transmisión de la unidad productiva, participe en el beneficio obtenido para la masa del concurso con esa operación, en igual proporción al valor de su sacrificio en relación con el valor global de lo transmitido.

VII.- LA SUCESIÓN DE EMPRESA Y ALCANCE LA SUBROGACIÓN EN MATERIA LABORAL Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Más allá de la determinación y definición de la unidad productiva, del proceso escogido para la realización de la misma, de la fijación de los derechos a favor de los acreedores privilegiados, una de las claves esenciales del procedimiento son los efectos que para el adquirente se pueden producir respecto de las deudas concursales vinculadas a aquello que se transmite; en particular los créditos en materia laboral y de Seguridad Social.

Debemos recordar que el art. 146 bis, en su apartado cuarto, tras señalar que la transmisión no llevará aparejada obligación de pago de los créditos no satisfechos por el concursado antes de la transmisión, ya sean concursales o contra la masa, establece unas excepciones: *“salvo que el adquirente la hubiera asumido expresamente o existiese disposición legal en contrario y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.4”*.

Una norma introducida por el RDL 11/2014, que se complementa con el art. 149.4 LC (al que se remite el art. 146 bis) y que señala: *“cuando, como consecuencia de la enajenación a que se refiere la regla 1.ª del apartado 1, una entidad económica mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesoria, se considerará, a los efectos laborales y de Seguridad Social, que existe sucesión de empresa. En tal caso, el juez podrá acordar que el adquirente no se subrogue en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por el Fondo de Garantía Salarial de conformidad con el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores. Igualmente, para asegurar la viabilidad futura de la actividad y el mantenimiento del empleo, el cessionario y los representantes de los trabajadores podrán suscribir acuerdos para la modificación de las condiciones colectivas de trabajo”*.

La lectura de la norma no deja lugar a dudas imponiendo que a los efectos tanto laborales como de la Seguridad Social (siendo la referencia a esta administración pública una de las grandes novedades, dado que antes no se recogía expresamente,

permitiendo defender que esos créditos vinculados a la misma no se transmitían con la unidad productiva quedando en el seno del concurso), en los casos de venta de unidad productiva, se produce el efecto de la sucesión de empresa laboral.

De igual manera hay que valorar otro cambio legislativo sensible, como es la redacción del encabezamiento del art. 149 LC que pasa de contemplar reglas supletorias de liquidación a *"reglas legales de liquidación"*, generando normas imperativas, de carácter obligatorio, que deben observarse siempre y en todo caso.

Esta nueva redacción conduce a plasmar un trato privilegiado a favor de una parte del crédito público, en el sentido que, por el pago del precio por la unidad productiva, el adquirente se ve compelido a asumir, no solo aquello que aceptó en su oferta sino, especialmente, las deudas laborales y de Seguridad Social. Queda claro, y de forma lógica, que dicho adquirente va descontar la cuantía de dichas deudas y cuotas que legalmente tiene que satisfacer del precio total y final a pagar por la unidad productiva, con lo que, el resto de acreedores del concurso percibirán una cuantía menor de la que podrían percibir si al adquirente no descontara del precio final las imposiciones legales a favor de la Seguridad Social y de los créditos laborales.

Podía plantearse alguna duda de la legalidad de dicha normativa desde el punto de vista del ordenamiento comunitario. Pero la realidad es que la reforma ha contado con el refrendo de la jurisprudencia comunitaria, cuando el auto de TJUE de 28 de enero de 2015 señala que *"el art. 5.2 Directiva 2001/23 no se opone a que el Estado miembro disponga o permita que las cargas que, en el momento de la transmisión o de la apertura del procedimiento de insolvencia, resulten para el cedente de contratos o relaciones laborales, incluidas las relativas al régimen legal de la seguridad social, no se transfieran al cesionario, siempre que dicho procedimiento garantice una protección de los trabajadores como mínimo equivalente a la establecida por la Directiva 80/987, si bien nada impide que dicho Estado miembro prevea que tales cargas deban ser soportadas por el cesionario aun en caso de insolvencia del cedente"*. Es clarísima la dicción de la resolución judicial en apoyo de la reforma efectuada por el legislador español, quedando amparado a todas luces.

La única opción de “reducir” el impacto de la literalidad de la norma viene configurada por lo que se ha venido a denominar como la delimitación del perímetro de la unidad productiva, la identificación del conjunto de medios materiales y personales que quedan incluido en aquello que es objeto de transmisión. Se argumenta que, en el marco de la delimitación de lo que puede constituir una unidad productiva (en la visión que no

necesariamente debe coincidir con la totalidad de la estructura de la concursada, como podría ocurrir en el caso en que una persona jurídica concursada disponga de diferentes centros de trabajo y se identifique cada uno de ellos como unidades productivas distintas y diferenciadas que pueden someterse a procesos de realización por separado), el adquirente sólo debería asumir las deudas de la TGSS y de las relaciones laborales vinculadas a los contratos laborales vigentes en el momento de la transmisión y que se transfieren en el marco de esa unidad productiva, quedando fuera todos los créditos que no tuvieran relación con esa delimitación, en particular las deudas de la TGSS de los contratos que ya estuviesen extinguidos en el momento de la transmisión o que formaran parte de otra unidad productiva; en definitiva, que el adquirente solo asumiría la deuda de la TGSS propia de los contratos laborales en los que se subrogase

Así se ha acordado por el auto del juzgado mercantil nº 1 de Alicante de 13 de marzo de 2015 y por el auto del juzgado mercantil nº 5 de Barcelona de 13 de abril de 2015.

Esta solución parece la más adecuada, dado que el Juez del concurso, en el marco de un proceso de realización de activos, mediante la ejecución de plan de liquidación debidamente aprobado una vez que se ha sometido a publicidad y contradicción, autoriza la transmisión de determinados activos ciertos y bajo un condicionante impuesto por la ley. Y reitero que en un proceso en el que se da audiencia a todos los interesados, tanto trabajadores como administraciones públicas. La lógica imperante debería derivar a que fuera el juez del concurso el que delimitara los efectos de esa transmisión y su alcance.

Ahora bien, esa competencia del juez del concurso para pronunciarse sobre esos efectos de la sucesión de empresa en los casos de venta de unidad productiva en sede concursal ha sido contradicha por la doctrina emanada por los órganos jurisdiccionales sociales, y en particular la STS, Sala 4^a de lo Social de 29 de octubre de 2014 (ponente don Manuel Ramón Alarcón Caracuel), dictamina que el estudio de la sucesión empresarial al amparo del art. 44 del Estatuto de los Trabajadores, incluida la venta de unidad productiva en sede concursal, corresponde a la jurisdicción social.

El propio TS en su sentencia de 11 de enero de 2017 vuelve a concluir que el órgano jurisdiccional competente para decidir si ha existido o no sucesión de empresa en los términos previstos en el *artículo 44 del ET* y, consiguientemente, si hay obligación a subrogarse en las obligaciones laborales de la concursada cuyos bienes adquirió, es la jurisdicción social. Basa su argumento en que no hubo relación con el proceso concursal,

ni como deudor ni como acreedor, por parte del comprador, dado que su intervención se limitaba a comprar una unidad productiva de la concursada.

De hecho, en esta última sentencia se recuerda que la Sala Especial de Conflictos de Competencia del *art. 42 de la LOPJ* en sus Autos de 9 de diciembre de 2015 (Conflicto 25/2015) y de 9 de marzo de 2016 (Conflicto 1/2016), dictó resoluciones en las que se declaró que cuando se accionaba contra sociedades diferentes de la concursada en liquidación, sin que se encuentren en situación de concurso, la competencia corresponde a la jurisdicción social. En estas resoluciones se afirma que la competencia atribuida al juez del concurso cede en favor de los órganos de la jurisdicción social cuando: “*1. La acción ejercitada, de ser estimada, llevaría aparejada la condena de diversos sujetos que no son parte en el procedimiento concursal, en el que intervienen la entidad concursada [cualquiera de ellas puesto que son varias, no todas, en este caso], como deudoras, y los acreedores. (...) Este análisis ya ha sido abordado previamente por la doctrina de esta sala, que, con ocasión de la interpretación del incidente concursal laboral contemplado en el artículo 64.10 de la LC , en los autos 24/2011, de 6 de julio (conflicto 23/2010) y 30/2011, de 6 de julio (conflicto 19/2011), se declaró que el juez del concurso es excepcionalmente competente para conocer de las acciones individuales de extinción del contrato de trabajo, pero solo cuando reúnen acumulativamente determinados requisitos, entre los que se encuentra que la acción se dirija «contra el concursado, ya que de dirigirse contra un grupo empresarial generador de responsabilidad solidaria cuyos integrantes no están declarados en situación concursal, como afirma el auto 17/2007, de 21 de junio (conflicto 11/2007), posteriormente reiterado entre otros en el 117/2007, de 30 de noviembre (conflicto 3/2007), la demanda sobrepasa, tanto en términos materiales como subjetivos, el [objeto] contemplado en el artículo 64.10 de la Ley Concursal”*

La consecuencia de esta doctrina ya tuvo reflejo en el Congreso de Magistrados especialistas mercantiles celebrado los días 4, 5 y 6 de noviembre de 2015, en Pamplona, en el que se llegó a la siguiente conclusión: “*La práctica mayoría de los asistentes concluyeron que, tras la STS Sala de lo Social de 29 de octubre de 2014, que atribuye la competencia para la determinación de la subrogación de las cuotas de la seguridad social a la jurisdicción social, ya no cabe plantear esta cuestión en sede mercantil. De esta forma, la mayoría de los asistentes abogaron por la práctica de que el Juez del Concurso no se pronuncie sobre la cuestión en el auto de autorización de venta de la unidad productiva*”.

No obstante lo que se acaba de exponer, a la vista de las enseñanzas de las sentencias dictadas, cabría plantearse una solución práctica en aras a delimitar ese perímetro, como sería la de crear un incidente concursal en el que dar cabida a todas las partes implicadas en el asunto al objeto de fijar qué deudas se transmiten al adquirente y cuáles no. Se trataría de aplicar las reglas generales procesales de la ley concursal, de los art.192 y siguientes, y así obtener una sentencia, con los efectos de cosa juzgada propios de la misma, y evitar una discusión ante un orden jurisdiccional diferente. En todo caso, la TGSS y los trabajadores, seguro que plantearían un conflicto de jurisdicción que conduciría a que la Sala especial reprodujera lo que hasta la fecha ha venido sosteniendo, confirmando la competencia del orden jurisdiccional social para decidir sobre si hay o no sucesión empresarial.