

I FORO CONCURSAL DEL TAP

**LA TRANSMISIÓN DE UNIDADES
PRODUCTIVAS.**

Bilbao, 11 de diciembre de dos mil catorce.

Pedro José Malagón Ruiz, Magistrado

LA TRANSMISIÓN DE UNIDADES PRODUCTIVAS.

- LA ENAJENACIÓN UNITARIA-

El derecho concursal moderno atiende a un conjunto de intereses diversos: de los acreedores, de los trabajadores de la empresa en concurso, de los socios, de los proveedores, de los clientes, de los consumidores y especialmente los denominados intereses generales de la economía (conservación del tejido empresarial, mantenimiento del empleo, etc.).

Dentro de estas finalidades, la transmisión de la empresa en concurso o de unidades productivas de la misma tiene como una de sus finalidades la conservación del tejido empresarial.

La LC hace referencia a la transmisión de la empresa, bien en su conjunto o bien a unidades de negocio o unidades productivas (art. 100.2, 146bis, 148.1, 149.1, 191 ter. 2).

Momentos de la transmisión unitaria y notas características.

En la normativa concursal vigente la transmisión puede ser:

- En fase común, por vía del art. 43.2.

- Vía convenio, es decir, mediante la aprobación de los llamados convenios de continuación en los cuales la finalidad es la continuidad del ejercicio de la actividad profesional o empresarial del concursado, bien sea por el propio concursado o por un tercero (convenio de asunción).

- Vía liquidación, es decir, cuando la transmisión de la empresa o de la unidad productiva se efectúa en la fase de liquidación del concurso.

La reforma introducida por el RDL 11/2014, de 5 de septiembre, viene a unificar el régimen de venta de unidad productiva tanto si se da en fase común, por la vía del art. 43, como en liquidación; para ello se viene a añadir un nuevo párrafo al apartado 3º del art. 43 en el que se viene a establecer que “En el caso de transmisión de unidades productivas de bienes o servicios pertenecientes al concursado se estará a lo dispuesto por el art. 146 bis”.

Por lo que respecta al convenio, uno de los contenidos admisibles de la propuesta, como se recoge en el art 100.2.párrafo 3º L.C. es “proposiciones de enajenación, bien del conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a su actividad empresarial o profesional o de determinadas unidades productivas a favor de una persona natural o jurídica determinada” y respecto de estas transmisiones se especifica tras la reforma que “se registrarán por lo dispuesto en el art. 146 bis”.

También es de destacar en esa reforma, como una modificación que intenta favorecer la venta por unidades productivas y en cualquier momento del concurso que, dentro del contenido del informe provisional (art. 75), se incluye la necesaria valoración de la empresa, tanto en conjunto como de las unidades productivas que la integran, y

que esa valoración ha de hacerse desde dos perspectivas: continuidad de operaciones y liquidación; lo que no se establece es el método o criterios para realizar tales valoraciones, que entrañan gran dificultad al depender de variables numerosas y de difícil apreciación objetiva.

Las notas características de esta transmisión serán las siguientes:

- Se puede transmitir la empresa contemplada como conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a su actividad empresarial o profesional.

En este supuesto la delimitación del perímetro es clara ya que incluiría la totalidad del conjunto que existiera antes de la declaración del concurso.

- También se pueden transmitir unidades productivas, noción aparentemente imprecisa, pero que se puede identificar como un conjunto de medios organizados con el fin de llevar a cabo una actividad económica. Es decir, la transmisión no tiene porque ser global, de la empresa concursada en su conjunto, sino que el objeto de la transmisión pueden ser determinadas partes de la misma, pero siempre que esas partes constituyan unidades productivas.

- El concepto concursal de unidad productiva puede delimitarse de forma amplia y flexible, pero siempre sobre la base de la existencia en los elementos patrimoniales que se transmitan de un mínimo de cohesión y de independencia respecto al resto del patrimonio empresarial.

- Se puede distinguir lo que es transmisión de empresa o de unidades productivas, de lo que es una venta en globo o transmisión unitaria, sin más; en el primer caso, habría medios humanos, es decir, trabajadores de la empresa concursada que aseguran que lo transmitido es apto para la continuidad de la actividad económica, sin otra exigencia contractual; en el caso contrario estaríamos ante venta en globo o conjunta de determinados activos, que pueden llegar a ser todos los que componen la masa activa, pero que no sería por si sola apta para la actividad productiva al exigir la contratación de empleados.

Prioridad “siempre que sea factible”.

En la liquidación, la Ley establece una serie de previsiones que se dirigen a fomentar la transmisión unitaria de las empresas en crisis. Ello se da tanto en el art. 148.1, como primera opción del plan de liquidación, como en las normas supletorias del art. 149, que han de seguirse cuando no se presente ningún plan de liquidación o no haya sido aprobado ningún plan a pesar de haber sido presentado.

En todo caso, en la LC, como recuerda su exposición de motivos, la finalidad principal no es el saneamiento de las empresas, sino la satisfacción de los intereses de los acreedores a través, en la medida de lo posible, de una solución conservativa que es la que la Ley potencia.

Son dos finalidades o funciones concurrentes del sistema concursal: la función satisfactiva de los créditos y la función de conservación de la empresa en crisis. Pero en

el bien entendido de que la continuidad de la organización empresarial está subordinada y es instrumental a la satisfacción de los intereses preferentes de los acreedores.

Se apostará por la conservación de la empresa en la medida que sea la forma más eficiente a los intereses de los acreedores. Se puede considerar que se procura la conservación de la empresa cuando se entienda que es más cuantioso el valor de empresa como organización productiva que la suma de sus activos de forma aislada.

En términos generales, la LC, en el art. 148, que contiene el régimen general o principal, opta por una amplia libertad de configuración del contenido del plan de liquidación.

Se establece en el art. 148.1 LC que “*siempre que sea factible*” se realice una enajenación unitaria del conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes y servicios del concursado o de algunos de ellos.

De este modo, la enajenación de la empresa es uno de los posibles contenidos del período de liquidación concursal. Esta expresión de que “*siempre que sea factible*” es un criterio de apreciación, pero que no significa sino que debe referirse a la mejor oferta de adquisición en términos de racionalidad económica. Hay que tener en cuenta la mejor rentabilidad para la masa de acreedores. No hay una obligación legal de ponderar la continuidad posible de la empresa y de las relaciones laborales, por más que sea de interés público.

Es bastante posible que concurran los intereses del concurso y de los trabajadores en orden a considerar que la mejor oferta para la satisfacción de los acreedores sea la que garantice la continuidad de la empresa, pero no tiene por que ser así; en todo caso, existiendo trabajadores, que son evidentes interesados en la decisión, debe articularse un trámite de información y posibles alegaciones antes de decidir cual es la mejor oferta. Ya de por sí, la oferta que asume los puestos de trabajo supone un evidente ahorro para la masa por el importe de las indemnizaciones por la extinción de contratos, lo que supone un punto a su favor en orden a su atractivo económico.

Incentivos; modulación judicial de la sucesión de empresa.

Los incentivos a los que se refiere la L.C. son en relación a la posibilidad de que el adquirente no se subrogue en la posición del transmitente frente a los trabajadores y seguridad social (art. 149.2). En relación a la posición del adquirente frente a los trabajadores, la norma, tras la reforma introducida por el RDL 11/14 dispone con carácter general, que en aquellos casos en los que se transmita de forma unitaria una empresa y ésta mantenga su identidad se entenderá que ha habido sucesión de empresa a efectos laborales y de seguridad social (art. 44 ET) y el adquirente responderá solidariamente junto con el transmitente de las deudas anteriores a la transmisión que no hubieren sido satisfechas. Sin embargo, la norma establece la posibilidad de que el Juez pueda acordar que el adquirente no se subrogue en el pago de los salarios e indemnizaciones pendientes de pago antes de la transmisión y que sean asumidas por el FOGASA.

Se deben distinguir dos supuestos, según se transmita una empresa en funcionamiento (con personal) o no en funcionamiento (sin personal).

— En el segundo caso, consideramos que existen dudas de que se puede aplicar de forma automática la sucesión de empresa; puede sostenerse que no estaríamos ante una transmisión de una empresa “que mantiene su identidad”, ante un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, sino que falta un elemento esencial para ello, los trabajadores. En este caso, estaríamos ante una transmisión unitaria de activos, caracterizados por su aptitud para servir, en su caso, para desarrollar una actividad económica con la contratación de trabajadores, pero no estaremos, propiamente, ante una transmisión que pueda provocar sucesión de empresa en los términos del art. 149.2 L.C.

En la primera parte del artículo 149.2 se indica que debe entenderse que existe sucesión de empresa si se mantiene la identidad, es decir, la unidad productiva autónoma, que está compuesta por todos o la mayoría de los contratos de trabajo, el inmovilizado material, los bienes de producción, maquinaria, marcas, clientes, etc. Y desde luego, eso será difícil de apreciar cuando se extingan antes de la transmisión todos los contratos de trabajo de la concursada, sin perjuicio de que esa identidad también pueda verse perjudicada cuando solo se adjudiquen algunos medios de producción. El precepto reconoce el mantenimiento de la unidad esencial de los negocios jurídicos laborales –a efectos de antigüedad, de alta en la Seguridad Social- si se mantienen los perfiles básicos de la entidad económica.

En este sentido no puede perderse de vista que el artículo 146 bis 4 de la Ley Concursal (introducido por el apartado 3 del número dos del artículo único del R.D.-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal) establece 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, salvo que el adquirente la hubiera asumido expresamente o existiese disposición legal en contrario y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.2*. La reforma de la Ley Concursal en este punto pretende el mantenimiento de la actividad laboral y de la empresa, excluyendo la asunción de deudas anteriores *ex lege* salvo declaración en contrario. Por eso, la Exposición de Motivos de la reforma de septiembre de 2014 declara que “se adoptan una serie de medidas para flexibilizar la transmisión del negocio del concursado o de alguna de sus ramas de actividad, ya que en la actualidad existen algunas trabas, que, bien durante la tramitación del proceso concursal, bien cuando la liquidación del concursado sea inevitable, están dificultando su venta. Desde esta perspectiva, las modificaciones que se introducen en esta materia tienen en última instancia la misma finalidad que las relativas al convenio concursal: *facilitar en la mayor medida posible la continuación de la actividad empresarial, lo cual ha de redundar no sólo en beneficio de la propia empresa, sino también de sus empleados y acreedores y de la economía en general*”. Este es el sentido básico de la continuación de la actividad.

La reciente reforma avanza en esta línea, y por tanto, salvo supuestos especiales de cumplimiento de todos los requisitos de la sucesión conforme a la doctrina jurisprudencial creada para salvaguardar los derechos de los trabajadores (cfr. la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1997, con el giro de doctrina que contiene y todas las posteriores en este sentido), no puede admitirse una interpretación plana y automática que, incluso, puede perjudicar los derechos de los trabajadores, que han podido constituir una sociedad laboral para seguir con la actividad, abocando a la misma a la asfixia financiera, si tiene que responder de deudas laborales o de seguridad

social; aparte de que puede hacer perder el interés a cualquiera que quiera hacerse de forma conjunta con los activos para llevar a cabo una actividad económica igual o similar, lo que, evidentemente, perjudica las posibilidades de los trabajadores que han extinguido su relación laboral de volver a ser contratados.

La figura de la sucesión de empresa en el derecho laboral nace en el marco de una doctrina unificada tuitiva y basada en la idea de evitar una conducta fraudulenta, si bien, al ser norma imperativa se aplica también a los casos en que no hay fraude para conseguir la ultraprotección de los trabajadores, pero en situación de insolvencia puede ser perjudicial al interés del mantenimiento del empleo. Por eso el artículo 5 Directiva 23/2001/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, establece que *salvo disposición en contrario por parte de los Estados miembros, los artículos 3 y 4* [que establecen básicamente que los derechos y obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de trabajo o de una relación laboral existente en la fecha del traspaso, serán transferidos al cesionario como consecuencia de tal traspaso y que no pueden constituir despido] *no serán aplicables a los traspasos de empresas, centros de actividad, o partes de empresas o centros de actividad, cuando el cedente sea objeto de un procedimiento de quiebra o de un procedimiento de insolvencia análogo abierto con vistas a la liquidación de los bienes del cedente y éstos estén bajo la supervisión de una autoridad pública competente (que podrá ser un interventor de empresas autorizado por una autoridad pública competente).*

La doctrina unificada del Tribunal Supremo, en los casos en que hay extinción de los contratos de trabajo y no hay permanencia mimética de todos los elementos inmuebles y de producción, ha excluido la aplicación de la sucesión de empresa del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores. Por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2013 (y todas las de esa fecha, sobre el mismo asunto) concluye: “El razonamiento de estas sentencias puede resumirse en los siguientes puntos: 1º) de acuerdo con la legislación comunitaria, seguida por la actual redacción del art. 44 ET (Ley 12/2001), el elemento característico de la sucesión de empresa es la transmisión " de una persona a otra " de " la titularidad de una empresa o centro de trabajo ", entendiéndose por tal " una unidad de producción susceptible de continuar una actividad económica preexistente " (STS/IV 23 de noviembre de 2004 , citada); 2º) en el supuesto particular de la venta judicial, el art. 55.11 ET (redacción anterior a la Ley 3/2012) precisa que la venta judicial de bienes productivos exige, para ser considerada sucesión de empresa a efectos jurídico-laborales, la transmisión de un conjunto organizado de elementos materiales que sean suficientes " por sí mismos " para " seguir " con la " explotación empresarial " (STS/IV 23-noviembre-2004, citada); y 3º) en el caso enjuiciado no cabe hablar en rigor de " continuidad " y de disponibilidad de la explotación empresarial puesto que dicha explotación estaba interrumpida en el momento de la toma de posesión”.

Más clara es la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2008: “superando anterior criterio jurisprudencial que sostenía la existencia de sucesión de empresa cuando la explotación se transmite -vía subasta judicial- a la SAL previamente constituida por los trabajadores despedidos, que aportan sus subsidios de desempleo (así, las SSTs de 16/11/92 -rcud 2642/91-; 15/02/93 -rcud 1093/92-; 20/03/93 -rcud

1326/92-; 17/05/93 -rcud 1412/92-; 16/07/93 -rcud 1122/92-; 23/11/93 -rcud 501/93-; y 22/12/93 -rcud 1206/93), la vigente doctrina de la Sala mantiene que el art. 44 ET exige que se transmita como tal una empresa o una unidad productiva en funcionamiento o susceptible de estarlo, y este supuesto no se produce cuando ya no existe una organización empresarial que reúna esas condiciones y cuando los contratos de trabajo se han extinguido. Además, la actuación de los trabajadores que, recurriendo a formas asociativas y través de la utilización de relaciones comerciales y de determinados elementos patrimoniales de la anterior empresa, que han obtenido de forma indirecta en el proceso de liquidación de ésta, tratan de lograr un empleo mediante el lanzamiento de un nuevo proyecto empresarial no es sólo una acción lícita, sino que merece la protección del ordenamiento laboral [art. 228.3 LGSS; RD 1044/1985, de 19/Junio], y en estos casos -en los que se trata más de una «reconstrucción» que de una «transmisión» de la empresa - no se está en el supuesto del art. 44 ET, que es una norma con una finalidad de conservación del empleo y no puede convertirse en una fórmula rígida que impide la aplicación de soluciones para la creación de nuevos empleos que sustituyan los perdidos como consecuencia de la crisis de la anterior empresa, como por lo demás permite el art. 4 bis de la Directiva CE 77/187 CE [en la redacción de la Directiva CE 98/50] (SSTS 15/04/99 -rcud 734/98-, dictada en Sala General; 11/04/01 -rcud 1245/00-; 25/06/01 -rcud 1247/00-; 11/07/01 -rcud 2124/00-; y 25/02/02 -rcud 4293/00-”.

Aplicando esta doctrina se puede concluir que no existe un mantenimiento de la actividad empresarial cuando los contratos de trabajo se extinguieron en su totalidad. En caso de extinción parcial, habrá que determinar en cada caso el mantenimiento o no de la identidad de la empresa en función de si se transmite todo o parte (y que parte) de lo que son los medios de producción y elementos necesarios para la continuidad de la actividad productiva.

Lo anterior se ve reforzado por el propio artículo 149.2 que, en su parte final dispone que “Igualmente, para asegurar la viabilidad futura de la actividad y el mantenimiento del empleo, el cesionario y los representantes de los trabajadores podrán suscribir acuerdos para la modificación de las condiciones.”; lógicamente, estos acuerdos solo se pueden dar en empresas con trabajadores, lo que nos lleva a reafirmarnos en que cuando la L.C. habla de “entidad económica que mantiene su identidad” se está refiriendo a la empresa o unidad productiva con actividad, con trabajadores; solo respecto de ella podrá predicarse que existe sucesión de empresa a efectos laborales en los términos que establece la regla supletoria; dicho de otra forma, no en todas las ventas del todo de la empresa o de transmisiones conjuntas se aplica el art. 149.2, sino solo cuando como consecuencia de la enajenación “la entidad económica mantenga su identidad....”

- En el caso de que se transmita una empresa propiamente dicha, es decir, en funcionamiento, con masa laboral, la venta de la Unidad Productiva determina la asunción de una parte de la plantilla laboral por el adquirente. Hay que tener en cuenta que en este caso se establecen ciertas garantías ius laborales, en consonancia con la Directiva 2001/23/CE de 12 de marzo “sobre la aproximación de las legislaciones de los EM relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o centros de actividad; la Directiva parte de la existencia de sucesión de empresa en los supuestos de transmisiones de empresa o unidades productivas, si bien establece en su art. 5 una

excepción “Salvo disposición en contrario por parte de los Estados miembros, los artículos 3 y 4 no serán aplicables a los traspasos de empresas, centros de actividad, o partes de empresas o centros de actividad, cuando el cedente sea objeto de un procedimiento de quiebra o de un procedimiento de insolvencia análogo abierto con vistas a la liquidación de los bienes del cedente y éstos estén bajo la supervisión de una autoridad pública competente”.

En el derecho patrio, el art. 57bis del ET establece que “En caso de concurso, a los supuestos de modificación, suspensión y extinción colectivas de los contratos de trabajo y de sucesión de empresa, se aplicarán las especialidades previstas en la Ley Concursal.”.

La cuestión sería la siguiente:

La inclusión de la norma del art. 149.2 en una regla supletoria del plan de liquidación ¿hace que sea plenamente aplicable la excepción del art. 5 de la Directiva? ¿esta supletoriedad hace que el art. 149.2 no se puede considerar disposición en contrario?.

Es decir, el art. 149 de la Ley Concursal limitaría los efectos de la sucesión de empresa a los supuestos en los que se tengan de enajenar de conformidad con las normas supletorias al plan de liquidación, no con arreglo a lo que el propio plan de liquidación disponga, que puede excluir de forma expresa la sucesión de empresa.

No obstante, esta opinión ya debe descartarse con el nuevo art. 146bis, que en sus apartados 3 y 4 establece lo siguiente:

3. Lo dispuesto en los dos apartados anteriores no será aplicable a aquellas licencias, autorizaciones o contratos en los que el adquirente haya manifestado expresamente su intención de no subrogarse. Ello sin perjuicio, a los efectos laborales, de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores en los supuestos de sucesión de empresa.

4. 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, salvo que el adquirente la hubiera asumido expresamente o existiese disposición legal en contrario y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.2.

Este nuevo artículo tiene el título “especialidades de la transmisión de unidades productivas” y está dentro de la sección segunda (“de los efectos de la liquidación”) del capítulo 2º del Título V de la L.C.

Ello nos lleva indefectiblemente a la conclusión que el art. 149.2 deja de ser una simple regla supletoria del plan de liquidación, sino que es un efecto de la liquidación en aquellos casos en que se de una sucesión de empresa

Si se entiende en este sentido, es decir que, no obstante su inclusión en regla supletoria, el art. 149.2 es aplicable a toda transmisión de empresa o unidad productiva en funcionamiento: ¿la sucesión es a efectos laborales estrictos?, si es así, deben de considerarse no transferibles al adquirente derechos u obligaciones como los derivados

de las cuotas de la seguridad social.

En este sentido el art. 149.2 decía que "cuando, como consecuencia de la enajenación a que se refiere la regla 1ª del apartado anterior, una entidad económica mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesorio, se considerará, a los efectos laborales, que existe sucesión de empresa". Como podemos comprobar no se mencionaba en absoluto la sucesión de empresa a los efectos de las deudas de la Seguridad Social, sino que, en esos casos, solo se habla de sucesión de empresas a efectos laborales, es decir, respecto de los contratos de trabajo en vigor.

Precisamente por todo ello, la Ley General Tributaria en su art. 42.1.c) exonera expresamente de responsabilidad por las deudas tributarias pendientes, al que adquiere en un procedimiento concursal una unidad productiva. Así, el citado precepto dispone lo siguiente: "Serán responsables solidarios de la deuda tributaria las siguientes personas o entidades: (...) c) Las que sucedan por cualquier concepto en la titularidad o ejercicio de explotaciones o actividades económicas, por las obligaciones tributarias contraídas del anterior titular y derivadas de su ejercicio. La responsabilidad también se extenderá a las obligaciones derivadas de la falta de ingreso de las retenciones e ingresos a cuenta practicadas o que se hubieran debido practicar. Cuando resulte de aplicación lo previsto en el apartado 2 del art. 175 de esta ley, la responsabilidad establecida en este párrafo se limitará de acuerdo con lo dispuesto en dicho artículo. Cuando no se haya solicitado dicho certificado, la responsabilidad alcanzará también a las sanciones impuestas o que puedan imponerse. (...) Lo dispuesto en el primer párrafo de esta letra no será aplicable a los adquirentes de explotaciones o actividades económicas pertenecientes a un deudor concursado cuando la adquisición tenga lugar en un procedimiento concursal."

Esta última cuestión queda respondida con la inclusión en la última reforma de la Seguridad Social dentro de los supuestos de sucesión de empresa previstos en el art. 149:

"2. Cuando, como consecuencia de la enajenación a que se refiere la regla 1.ª del apartado anterior, una entidad económica mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesorio, 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 cesionario y los representantes de los trabajadores podrán suscribir acuerdos para la modificación de las condiciones colectivas de trabajo."

Lo anterior nos lleva a apreciar una indudable consecuencia perversa de la reforma: para proteger a los trabajadores, según la nueva regulación, es más conveniente extinguir las relaciones laborales; en caso contrario, será difícil que nadie asuma una empresa en concurso, dado que deberá de responder de deuda laboral y de seguridad social; a su vez, este posible beneficio que para las posibilidades de transmisión unitaria es la extinción de relaciones laborales perjudicará al conjunto de acreedores cuyas posibilidades de cobro se verá perjudicadas por el devengo de los créditos contra la

masa anejos a las extinciones laborales.

Por último, puntualizar que la exención de responder de la deuda laboral que haya pagado el FOGASA exige algunas precisiones legales:

- Exige una expresa autorización judicial.
- No distingue la Ley entre deuda contra la masa – derivada de la continuidad de la actividad empresarial – y deuda concursal – anterior al concurso, luego el Juez puede pronunciarse respecto de la subrogación tanto de una como de otra deuda,
- En cualquier caso debe ser oído el Fondo de Garantía Salarial, audiencia que puede ser en el trámite de observaciones del plan de liquidación.

POSIBILIDAD DE ADQUISICIÓN POR PERSONA FÍSICA Y/O JURÍDICA ESPECIALMENTE RELACIONADA.

El art. 146bis 4., en su segundo párrafo, establece una excepción en la no responsabilidad del adquirente por las deudas concursales y contra la masa, además de las que figuran en el párrafo anterior, relativas a la asunción voluntaria o a la sucesión de empresa a efectos laborales:

La exclusión descrita en el párrafo anterior no se aplicará cuando los adquirentes de las unidades productivas sean personas especialmente relacionadas con el concursado.

Esto, entendido “a sensu contrario” viene a implicar que cuando resulte que el adquirente sea alguna de las personas a las que se refiere el art. 93 L.C., deberá de responder, conjuntamente con la concursada, de todos los créditos anteriores a la transmisión que no hayan sido abonados en el concurso.

Es evidente que esta norma trata de evitar adquisiciones por las que el concursado por sí o por personas relacionadas viene a hacerse de nuevo con la empresa, pero libre de la deuda que motivo el concurso, lo cual constituye una clara actuación fraudulenta; seguramente, habrá pocas adquisiciones a las que se aplique este precepto en las que la relación del adquirente con la concursada sea clara; será en aquellas otras en las que la especial relación se intente ocultar, bien sea a través de testaferros, bien sea a través de formas societarias utilizadas con forma fraudulenta, en las que esta derivación de responsabilidad encuentre su verdadera razón de ser..

Se trata, por tanto, de una responsabilidad solidaria entre la concursada y el adquirente, por la especial relación entre ambos; al respecto y para mayor protección jurídica, la nueva norma modifica el artículo 93 de la LC, añadiendo sujetos a la lista de personas con especial relación con la persona física o jurídica concursada. Y, así, al cónyuge, pareja de hecho, personas en convivencia, ascendientes, descendientes y hermanos o cónyuges de todos ellos se suman, como personas relacionadas con el concursado persona natural: a) las personas jurídicas controladas por el concursado o por las personas citadas en los números anteriores o sus administradores de hecho o de derecho; se presumirá que existe control cuando concurra alguna de las situaciones previstas en el art. 42.1 del Código de Comercio (art. 93.1.4º LC); b) las personas

jurídicas que formen parte del mismo grupo de empresas que las previstas en el número anterior (art. 93.1.5° LC); y c) las personas jurídicas de las que las personas descritas en los números anteriores sean administradores de hecho o de derecho (art. 93.1.6° LC). Por su parte, se consideran personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica, los socios y, cuando éstos sean personas naturales, las personas especialmente relacionadas con ellos, los administradores, de derecho o de hecho, los liquidadores del concursado persona jurídica y los apoderados con poderes generales de la empresa, así como quienes lo hubieren sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso y las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso y sus socios comunes, en los términos establecidos por el art. 93.2 LC.

TRANSMISIÓN DE RELACIONES NEGOCIALES

La realización global implicará también, de ordinario, no solo transmisión de activos, sino también de posiciones negociales en relación con bienes y derechos que no sean de titularidad de la concursada, como por ejemplo, contratos de arrendamiento de local, leasing, etc., en cuyo caso, se plantea la cuestión de si es posible o no una transmisión forzosa de la posición negocial; es decir, si el tercero contratante con el concursado está o no obligado a consentir la sucesión contractual por parte del adquirente; a priori, parece que la regla general en el derecho privado es que las situaciones de novación subjetiva por cambio en la posición del contratante obligado requerirá la conformidad de la contraparte, por aplicación del art. 1.205 del C. Civil; sin embargo, existen razones también para sostener la posición contraria; existían ya reglas específicas en la L.C. que avalaban esa posición; así el art. 155.3, según el cual el Juez podrá autorizar la enajenación de los bienes y derechos afectos “con subsistencia de gravamen y con subrogación del adquirente en la obligación del deudor”; el tenor literal del precepto parece que admite que esta novación en la posición del arrendatario se haga de forma imperativa, no obstante la posición contraria del arrendador financiero, en contra de la regla general de la novación, mediante la cual la sustitución de un nuevo deudor en lugar del primitivo, no puede hacerse sin el consentimiento del acreedor (art. 1205 Cc). Sin embargo, la dicción de la norma parece indicar ser suficiente la autorización judicial para la enajenación con subsistencia de gravamen y subrogación del adquirente, condicionando la misma tan solo a la audiencia de los interesados (previa solicitud de la administración concursal). El juez no estaría vinculado por lo que digan los interesados. El acreedor, aunque puede expresar su oposición a esta venta, en las condiciones que plantea la norma, no parece que pudiera obligar al juez a modificar su decisión, impidiéndole autorizar la misma. Extrapolando esta norma a cualquier otra posición contractual se podría sostener una transmisión forzosa de la posición contractual mediante autorización judicial.

Esta postura se refuerza con el art. 191ter, dedicado a las especialidades del procedimiento abreviado en caso de solicitud de concurso con presentación de plan de liquidación, cuyo apartado 2°, párrafo 3° señala que “*En el auto por el que se apruebe el plan de liquidación el juez podrá acordar la resolución de los contratos pendientes de cumplimiento por ambas partes, con excepción de aquellos que se vinculen a una oferta efectiva de compra de la unidad productiva o de parte de ella.*”, lo que, a “sensu contrario” podría también interpretarse como continuidad forzosa de aquellos contratos que se vinculen a la oferta de compra de la unidad productiva, es decir, aquellos que el

adquirente ponga como condición “sine quantum” para la compra. En esta cuestión es de resaltar el Auto que autoriza la venta de la unidad productiva del grupo textil “blanco” de 20/12/13; en dicha resolución, el Juez analiza la esencialidad de la sucesión en las posiciones contractuales para el éxito de la transmisión productiva y a la pregunta de cuál es el soporte legal para acordar la cesión de contrato sin requerir consentimiento, el Juez parte de que estamos ante una cesión forzosa, no voluntaria de la posición contractual, derivada de lo forzoso de la liquidación concursal, de la prioridad que da la L.C a la venta de la unidad productiva, incompatible con la terminación de las relaciones contractuales y, como soporte normativo, el art. 191 ter L.C. que, si admite la resolución de contratos por decisión judicial, implica que los contratos se transmiten si no se resuelven.

Dice la indicada resolución lo siguiente:

“.....No se está ante una cesión voluntaria de la relación contractual, sino forzosa. Y lo es un triple reforzado sentido.

(vi).- El primero es que se enmarca dentro de un acto liquidatorio de la masa concursal, un acto debido conforme a Derecho, ya que la AC está obligada legalmente a la liquidación del activo concursal, y por lo tanto ha de proceder ese órgano concursal, ni siquiera el deudor contratante, a dicha enajenación. Si la cesión se vincula a la enajenación, ha de afirmarse que se está ante un acto indefectible, de ejecución imperativa.

(vii).- El segundo de los sentidos de esa forzosa cesión se manifiesta en que, si el contrato sirve instrumentalmente al desarrollo de actividad de una unidad productiva, existen mandatos legales en la liquidación que obligan a la AC a enajenar como tal dicha unidad productiva, *arts. 148.1 y 149.1.1ª LC*, el cual afirma que "el conjunto de establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas se enajenarán como un todo", es decir, se impone un deber a la AC de proceder a la liquidación del haber concursal mediante la venta de las unidades productivas como tales que puedan existir. De hecho, para acudir a otra solución, sólo puede hacerlo bajo autorización expresa del Juez, "salvo que (...) el juez estime más conveniente para los intereses del concurso su previa división". No existe libre elección en este punto para la AC, no tiene autonomía para optar por el cese de la actividad de esa unidad productiva, con terminación de los contratos instrumentales a ella, y vender sus elementos integrantes de modo aislado. Además, ello podría incluso constituir un supuesto de responsabilidad para dicha AC, por la pérdida de valor de tal activo.

(viii).- El último aspecto de ese forzamiento es que la unidad productiva sólo puede conservarse como tal con el mantenimiento de las relaciones contractuales por las que se instrumentaliza la actividad económica que desarrolla. Si se admitiese la extinción de esos contratos como consecuencia de la cesión, se produciría el estrangulamiento de la actividad económica de manera automática, con el cese de su actividad, lo que frustraría en todo caso, siempre, cualquier posibilidad fiable de proceder a la enajenación de una unidad productiva por la AC, y con ello se cercenaría la vía para alcanzar la realización de los actos exigidos legalmente en los *arts. 148.1 y 149.1.1ª LC*.

(ix).- Este es precisamente el sentido del *art. 191 ter.2 LC*, aún quizás siendo

demasiada escueta sede normativa para tan poderoso efecto jurídico. Dicho precepto se dedica, precisamente, a regular un concurso abocado a la solución liquidatoria, sin otra posibilidad. Y en tal marco, se indica que "en el auto por el que se apruebe el plan de liquidación el juez podrá acordar la resolución de los contratos pendientes de cumplimiento por ambas partes, con excepción de aquellos que se vinculen a una oferta efectiva de compra de la unidad productiva o de parte de ella". La ley por tanto parte del mantenimiento de la vigencia de los contratos necesarios para el mantenimiento de la unidad productiva, cuyo destino ha de ser necesariamente, se está ante un concurso con solución exclusivamente liquidatoria, la enajenación, lo que conllevará, también como consecuencia necesaria, la cesión de dichos contratos.

(x).- Y todo ello, lógicamente, con desvinculación de la voluntad de la parte contractual cuyo contrato se cede, ya fuera relevante su consentimiento a tal fin, como requisito de la validez de la cesión, por el régimen legal del tipo de contrato de que se trate, ya por pacto expreso de las partes en el contrato. Esa posibilidad estará prevista, legal o convencionalmente, para un supuesto de hecho diferente, la cesión voluntaria, pero no para una cesión forzosa, por imperativo legal, de contratos vinculados instrumentalmente a una unidad productiva. Ese supuesto es el no contemplado en dichas normas o previsiones contractuales y el que debe regirse por los principios de mantenimiento de la actividad empresarial, derivados de la normativa concursal. Ha de entenderse que la finalidad impuesta en la LC no puede depender de la conservación de dichos contratos, una vez cedidos, por la voluntad de la contraparte contractual, por esa sola causa. De hecho, la claudicación de los principios de autonomía de la voluntad y vinculación contractual en situación concursal es más que evidente a lo largo de la LC, ya sea en materia de resolución no causal, del *art. 61.2 pf. 2º LC*, ya sea por la potestativa exclusión de la facultad resolutoria, *art. 62.3 LC*, ya por otras facultades exorbitantes, respecto de la normación clásica del Derecho de contratos, prevista en los arts. 66 y ss. LC.”

La cuestión se resuelve con el nuevo art. 146bis.

1. En caso de transmisión de unidades productivas, se cederán al adquirente los derechos y obligaciones derivados de contratos afectos a la continuidad de la actividad profesional o empresarial cuya resolución no hubiera sido solicitada. El adquirente se subrogará en la posición contractual de la concursada sin necesidad de consentimiento de la otra parte. La cesión de contratos administrativos se producirá de conformidad con lo dispuesto por el artículo 226 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

2. También se cederán aquellas licencias o autorizaciones administrativas afectas a la continuidad de la actividad empresarial o profesional e incluidas como parte de la unidad productiva, siempre que el adquirente continuase la actividad en las mismas instalaciones.

3. Lo dispuesto en los dos apartados anteriores no será aplicable a aquellas licencias, autorizaciones o contratos en los que el adquirente haya manifestado expresamente su intención de no subrogarse. Ello sin perjuicio, a los efectos laborales, de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores en los supuestos de sucesión de empresa.

4. *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, salvo que el adquirente la hubiera asumido expresamente o existiese disposición legal en contrario y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.2.*

La exclusión descrita en el párrafo anterior no se aplicará cuando los adquirentes de las unidades productivas sean personas especialmente relacionadas con el concursado.

La determinación de que contratos o licencias sean o no necesarios para la continuidad se concretará por el adquirente en la oferta, sin necesidad de que se predetermine en el plan de liquidación.

Puede plantear dudas la dicción literal de la expresión “*cuya resolución no hubiere sido solicitada*” que se contiene en el apartado 1; la principal es la relativa a la legitimación: ¿a quién pretende atribuir el legislador la legitimación para excluir un determinado contrato del efecto “*ipso iure*” de la subrogación del adquirente en la posición de la concursada inherente a la transmisión de una unidad productiva que estable dicho artículo 146 bis?: si el adquirente manifestando su opción expresa por no subrogarse en dicho contrato o si la otra parte del contrato instando la resolución del mismo previamente al dictado de la resolución judicial que adjudique la unidad productiva en cuestión. En mi opinión, atendiendo al espíritu de la norma, esa legitimación debe, necesariamente, recaer, única y exclusivamente, en el adquirente, toda vez que bastaría con instar la resolución por la otra parte del contrato en cuestión una vez iniciado el proceso de venta de una unidad productiva para entender que no cabría en ese caso la subrogación del adquirente de la unidad productiva, al “haberse solicitado ya la resolución”, poniendo en peligro la viabilidad de estos procesos. Entendemos que este no es el espíritu de la norma que se infiere de la exposición de motivos del RDL 11/2014, apartado IV, cuando dice “*Se trata, como se ha expuesto previamente, de garantizar en lo posible la continuación de la actividad empresarial, facilitando, fundamentalmente, la venta del conjunto de los establecimientos y explotaciones del concursado o de cualesquiera otras unidades productivas.*”

Si lo que se pretende es garantizar *la continuación de la actividad empresarial*, facilitando los procesos de venta, la legitimación para excluir un contrato de un proceso de venta de una unidad productiva entendemos debe recaer, reiteramos, exclusivamente, en el oferente/adquirente. La expresión utilizada por el legislador es, entendemos, desafortunada al parecer otorgar a la otra parte del contrato la facultad de instar la resolución en el momento en que conozca de la existencia de un proceso de venta de una unidad productiva a la que su contrato pudiera estar afecto impidiendo dicha subrogación y dejando a su arbitrio en definitiva el proceso.

Esta interpretación que se postula más acorde con la voluntad del legislador de eliminar los distintos obstáculos que puedan surgir en la transmisión de las unidades productivas, lo que se espera se convierta en un incentivo para la adquisición de empresas o ramas de negocio de las sociedades en concurso, facilitando así su viabilidad y continuidad que es, en definitiva, el principal objetivo del procedimiento concursal.

Además, es la que se concilia con los subsiguientes apartados del artículo; así el apartado 3º (*...el adquirente haya manifestado expresamente su intención de no*

subrogarse) o el apartado 4º, último párrafo (La determinación de que contratos o licencias sean o no necesarios para la continuidad se concretará por el adquirente...).

Lo que no llega a aclarar la norma es la circunstancia del control de que el adquirente cumpla con las condiciones personales y económicas que se pueden exigir para una determinada autorización o licencia administrativa; no parece que ello deba de ser controlado desde el procedimiento; es el interesado el que debe de cerciorarse que cumple con esas condiciones, habida cuenta que la subrogación es automática, salvo indicación en contra del adquirente; deberá ser después de la adquisición, ya cuando la unidad productiva haya salido del concurso, de conformidad con la normativa administrativa, cuando pueda darse resolverse la baja en la autorización por pérdida sobrevenida de las condiciones exigidas

LA TRANSMISIÓN CON ACTIVOS AFECTOS A PRIVILEGIO ESPECIAL.

Antes de la reforma del RDL de 5-9-14, la posición mayoritaria entendía que las reglas contenidas en el art. 155 sobre la forma de realización de los bienes afectos al pago de los créditos especialmente privilegiados (hipoteca, prenda, arrendamiento financiero) no son necesariamente aplicables al plan de liquidación. Por lo tanto, en el plan y, concretamente, en la transmisión de empresa o unidad productiva, se podían contener previsiones diferentes en cuanto a la transmisión de esos activos.

A favor de esta última posición podría mantenerse que se trata de una inclusión en el plan de liquidación. Como hemos mencionado antes, el plan de liquidación es el medio esencial que determina las pautas a seguir para la realización de los bienes, de manera que las reglas de enajenación que se establezcan deberán seguirse obligatoriamente. En apoyo de esta opción, el art 148 de la ley establece el contenido del plan de liquidación, contenido que debe ser vinculante y por ello estaríamos ante una norma preferente respecto al art 155.3 y 4. de la ley, por lo que si el acreedor privilegiado no ha hecho uso de la facultad antes de la redacción del plan no podrá invocar la aplicación de este precepto.

El Auto de 10-5-2012 de la Audiencia Provincial de Alicante indica en tal sentido que: "El artículo 148 prevé la aprobación judicial del plan atendiendo las observaciones o propuestas de modificación que puede o no acoger al igual que la de acordar la aplicación de las reglas legales supletorias del artículo 149 entre las que se prevé -art 149-1-3ª- que la realización de los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial se haga conforme a la previsión contenida en el artículo 155-4, de modo tal que resulta evidente que desde la perspectiva del plan de liquidación, la regla para la realización de bienes para el pago de créditos con privilegio especial, constituye una regla supletoria legal.

En consecuencia, y como señala el Auto impugnado, hay sin duda una evidente preferencia legal del plan de liquidación frente a los criterios que la Ley califica de supletorios con lo que ello supone de superación de los criterios contenidos en las reglas supletorias."

Refuerza tal postura el hecho de que el art. 148 LC recoge literalmente que "la AC presentará al Juez un plan para la realización de los bienes y derechos integrados en

la masa activa....", sin diferenciar o distinguir entre estos por su afección o no a algún tipo de garantía real, siendo evidente en consecuencia que el Plan de Liquidación deberá también comprender el modo de liquidar tales bienes afectos.

Una segunda opción sostenía que el art 155.4 de la ley es una norma especial y por lo tanto de aplicación preferente al régimen general que instaura el art 148 de la ley, por lo que necesariamente el plan de liquidación debe seguir el procedimiento previsto en el art 155.4 de la ley. Se trataría de una norma de mantenimiento del valor de la garantía que evita que el aquella garantía libremente constituida por el deudor y su acreedor sobre el crédito de este último, pueda verse privada de parte de su efectividad por razón del concurso del deudor. Se basa en que es una constante de la LC la necesidad de que la declaración de concurso no afecte a estabilidad del mercado hipotecario; en que, por ello, se mantiene a favor del acreedor la posibilidad de ejecución separada de la garantía, solo limitada temporalmente en los supuestos del art 56; ejecución separada sujeta a las reglas procesales de naturaleza extraconcursal que le son propias y que no se verá afectado por la apertura de la fase de liquidación, sino que, en caso de tratarse de ejecución de hipoteca sobre bienes afectos, lo que determina es la acumulación a la fase de liquidación, coexistiendo una realización individual sobre el bien hipotecado, con una realización colectiva sobre el resto de los bienes y derecho del deudor y manteniéndose ante el juzgado donde se hubiera iniciado de no tratarse de bienes afectos (AAP Madrid Sección de 16 de marzo de 2012); si por el contrario el acreedor no ejercita su derecho de ejecución el privilegio será objeto de realización dentro de la liquidación y con lo obtenido por el bien se hará pago al deudor con exclusión del resto de acreedores y hasta la satisfacción de su crédito; también se basa esta postura en que, incluso en este caso en que el acreedor garantizado no hace uso de ese derecho de ejecución separada, vela la LC porque la situación concursal del deudor no afecte al valor de la garantía constituido y se puedan producir situaciones de enajenación del activo por un valor inferior al contemplado al momento de constituir la garantía o sin las condiciones de publicidad y concurrencia necesarias y a esa finalidad obedece el art 155.4.

Se indica que el hecho de que el art 155.4 sólo aparezca contemplado en cuanto a su aplicación dentro de las reglas supletorias del art 149, no significa que tenga ese carácter; que, antes al contrario puede observarse como el artículo contempla una regla específica relativa a la enajenación de activos afectos al privilegio especial independientemente del momento del concurso en que se produzca. Esa regla específica se extiende tanto a los efectos que sobre la garantía suponga la enajenación como a la forma y procedimiento en que se lleve a cabo. Así se contempla la enajenación como elemento integrante en el convenio, a través de la dación en pago, sin que se contemple esa posibilidad dentro de las normas relativas al contenido del convenio de acreedores y del mismo modo la norma contempla de forma imperativa como se habrá de proceder a la enajenación de esos bienes y derechos, cuando la misma se lleve a efecto fuera de convenio. El hecho de que el art 155 se contemple expresamente dentro de las reglas supletorias es precisamente para permitir que a falta de previsión específica en el plan de liquidación los bienes y derechos afectos al privilegio especial puedan ser enajenados directamente pues de lo contrario sólo se aplicaría la subasta prevenida en la LEC a cuyas reglas se remite a su vez el art 149 de la LC.

Una tercera opción es la ecléctica que determinaría la aplicación del art 155.4 cuando el acreedor lo pidiese. Nos encontramos ante una norma especial que establece

una forma determinada de realización de los bienes afectos a créditos con privilegio especial, regulándose también su aplicación en la liquidación, pero siempre que el acreedor privilegiado quiera hacer uso de esa facultad; es decir, es posible que se estipule en el plan de liquidación un sistema concreto de realización de bienes afectos a créditos con privilegio especial, y dicho mecanismo será aplicable, conforme al art 148 de la ley, salvo que el acreedor privilegiado en el trámite de alegaciones opte por la aplicación del art 155.4 de la LC. Una vez que ha hecho uso de esa facultad el acreedor, el plan de liquidación deberá contener la realización del bien conforme a las pautas previstas en el mencionado precepto, aunque es posible que el acreedor pueda, antes de la realización del bien, renunciar a su aplicación. Es cierto que el precepto permite, fuera del convenio, y por tanto en liquidación, la realización del bien mediante el sistema de venta directa, pero supeditado a que el precio ofertado sea superior al mínimo pactado(debe entenderse que es el que sirve de tipo para la subasta en la ejecución hipotecaria), con pago al contado; sin embargo es posible que el acreedor acepte un precio inferior según lo previsto en el párrafo segundo del art 155.4 de la ley, incluso aunque sea inferior al valor de mercado, pero siempre que conste el consentimiento del acreedor. De esta manera, cabrá incluir en el plan de liquidación la posibilidad de venta directa del bien durante un plazo determinado, con la necesaria comunicación al acreedor de las ofertas recibidas si no cumplen el precio de tipo de subasta, por si lo acepta, y en caso de aceptarlo se procederá a dar cumplimiento a lo previsto en el art 154.4 párrafo 3º de la LC.

La última reforma introduce en el art. 149., regla 3ª lo siguiente:

“Para los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial se aplicará lo dispuesto en el artículo 155.4, salvo que estuviesen incluidos en los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes o de servicios pertenecientes al deudor que se enajenen en conjunto, en cuyo caso se estará a 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 representen al menos el 75 por ciento del pasivo de esta naturaleza afectado por la 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.”

Cabe también plantearse si, en todo caso, si no estamos ante venta conjunta, sigue prevaleciendo lo que se establezca en el plan de liquidación, dado que seguimos estando ante una regla supletoria; en todo caso, lo anterior no es una opinión unánime, ni mucho menos, y lo más aconsejable sería, en el caso de establecer en el plan de liquidación ventas directas aisladas de bienes sujetos a p. especial, establecer precios mínimos que sean asumibles por los acreedores privilegiados o, en su caso, contar con la conformidad con estos en caso de ventas a precio inferior.

En el artículo transcrito, en primer lugar, se trata de determinar que parte del precio unitario de la unidad productiva va dirigida al pago de los créditos con p. especial y se establecen distintas reglas en función de que la transmisión sea sin subsistencia del gravamen o no.

En el primer caso se establece una regla simple de proporcionalidad, de modo que la parte del precio de la unidad productiva que se aplique al pago de los créditos con p. especial será equivalente al valor que los bienes afectos tengan en el conjunto transmitido que forma la unidad.

Después, habrá que tener en cuenta el valor de la garantía determinado en el modo establecido en el también nuevo art. 94.2 L.C. para determinar si hará falta o no el consentimiento de los acreedores con p. especial para la transmisión de los activos afectos; solo en el caso de que la parte del precio que se reciba no cubra el valor de la garantía, la transmisión se sujetará a la aprobación del 75% de los acreedores con p. especial que tengan derecho a la ejecución separada y que pertenezcan a la misma clase. Entendemos que en el caso de que la transmisión se realice en la liquidación y no haya ejecuciones separadas de acreedores con p. especial (art. 57.3 L.C.), no será necesario el consentimiento de los mismos para la transmisión de los activos aun cuando sea por un precio proporcional inferior al valor de la garantía, lo cual lleva a la consecuencia de que la aplicabilidad de este artículo será, sobre todo en los supuestos del art. 43.2.

En el caso de transmisión con subsistencia de la garantía no será necesario el consentimiento de los acreedores privilegiados, que quedaran excluidos de la masa pasiva, debiéndose entender con el adquirente para el cobro de sus créditos.

La norma añade la obligación de que por parte del Juez se vele por que el adquirente tenga la solvencia económica y los medios necesarios para asumir la obligación que se transmite, lo que no se indica es como se investiga por el Juez esa solvencia ni que elementos debe de tener en cuenta para valorar la misma y si, en ejercicio de esa obligación puede impedir la venta de la unidad productiva, lo que sí es claro es que, estando ante una venta de un activo en el que el crédito que se subroga es frente a un deudor en concurso, parece claro que, por pura lógica, lo normal es que el nuevo deudor sea más solvente que el antiguo, por lo que, si partimos de este criterio de apreciación, poco perjuicio puede invocar la entidad financiera de una indebida apreciación de la solvencia del adquirente.

REGLAS SUPLETORIAS PARA LA TRANSMISIÓN DE LAS UNIDADES PRODUCTIVAS; EN ESPECIAL, LA PARTICIPACIÓN DE EMPRESAS ESPECIALIZADAS

En el art. 149 LC se contienen las reglas aplicables en el caso de no aprobarse el plan de liquidación y, en su caso, en lo que no estuviese previsto en el aprobado; varias de estas reglas están referidas a la venta unitaria.

En la regla 1º se sigue estableciendo la prioridad de la venta como un todo frente a las ventas aisladas de activos, salvo que se estime mas conveniente éstas por el Juez, con el previo informe de la administración concursal.

Se sigue estableciendo como forma preferente de enajenación la subasta en segundo párrafo de esta regla, si bien ahora se da la opción de sustituirla por la venta directa por decisión judicial cuando la administración concursal informe que es la forma mas idónea para salvaguardar los intereses del concurso; no cabe duda que esta modificación no es sino resultado de la numerosa jurisprudencia menor que en las aprobaciones de los planes de liquidación amparaba la venta directa como método preferente de enajenación frente a las reticencias de acreedores, como la hacienda pública o la TGSS.

Además, también se establece que el Juez podrá acordar la venta por entidad especializada.

- Participación de empresa especializada en el proceso de venta.

Parece que, respecto de los medios para llevar a cabo la liquidación, no existe obstáculo para que la administración concursal contrate asesores especializados bajo la figura de auxiliares delegados (art. 32 LC) que les ayuden a la búsqueda de un posible comprador y en las negociaciones de venta o en cualquier otro aspecto relacionado (subastas privadas, etc.).

Respecto a esto, la reforma, en el art. 149 L.C., frente al anterior sistema de obligada subasta y (en caso de resultar infructuosa) posterior venta directa, autoriza a optar en primer lugar por este segundo cauce de venta o por la venta a través de entidad especializada si esos cauces resultan útiles para el concurso, previo informe del administrador en ese sentido, si bien se introduce una norma que afecta al derecho de retribución de la administración concursal, de modo que en aquellos casos en los que el administrador concursal se valga de empresas especializadas, la retribución de estas se descontará de la retribución del administrador concursal, con lo que se aplica el mismo mecanismo que el previsto para los auxiliares delegados:

“La enajenación del conjunto o, en su caso, de cada unidad productiva se hará mediante subasta. No obstante, el juez podrá acordar la realización a través de enajenación directa o a través de persona o entidad especializada cuando la subasta quedare desierta o cuando, a la vista del informe de la administración concursal, considere que es la forma más idónea para salvaguardar los intereses del concurso. La transmisión mediante entidad especializada se realizará con cargo a las retribuciones de la administración concursal.”

Hasta ahora era frecuente este recurso a empresas especializadas que se incluía en el propio plan de liquidación, tanto para la venta directa como para subastas “on line”; a falta de mención específica, se consideraba que tampoco era un gasto directo para la masa del concurso, al esgrimirse que tales empresas no cobraban de la concursada, sino del adquirente final, en función de un determinado porcentaje; esto se podría considerar que suponía una disminución indirecta del precio, del que se descontaría lo que hubiese de abonar a la empresa especializada.

Ahora parece que con la nueva regulación ello no es posible; la índole del precepto, por afectar a una materia sensible, como es la retribución del administrador concursal y por tener una evidente relación con la figura del auxiliar delegado, parece que debe de ser de obligado cumplimiento, aun cuando sistemáticamente aparezca como una regla supletoria del plan de liquidación.

En todas estas decisiones del Juez del Juez, si existen trabajadores, será necesaria la previa audiencia, por plazo que quince días, de sus representantes y deberán seguirse los trámites del art. 64 para la adopción de las medidas de índole colectivo que sean necesarias para llevar a cabo la transmisión de la empresa o unidad productiva.

Se sigue estableciendo que contra estas resoluciones del Juez no cabe recurso alguno; consideramos que esto no será aplicable a las resoluciones que se dicten en el marco del plan de liquidación aprobado, a las que se aplicará el régimen de recursos del art. 197 L.C.

En la regla 4º se vienen a establecer unas reglas relativas a las ofertas en la subasta y venta directa introducidas por el RDL 11/14:

4ª En caso de enajenación del conjunto de la empresa o de determinadas unidades productivas de la misma mediante subasta se fijará un plazo para la presentación de ofertas de compra de la empresa, que deberán incluir una partida relativa a los gastos realizados por la empresa declarada en concurso para la conservación en funcionamiento de la actividad hasta la adjudicación definitiva, así como la siguiente información:

a) Identificación del oferente, información sobre su solvencia económica y sobre los medios humanos y técnicos a su disposición.

b) Designación precisa de los bienes, derechos, contratos y licencias o autorizaciones incluidos en la oferta.

c) Precio ofrecido, modalidades de pago y garantías aportadas. En caso de que se transmitiesen bienes o derechos afectos a créditos con privilegio especial, deberá distinguirse en la oferta entre el precio que se ofrecería con subsistencia o sin subsistencia de las garantías.

d) Incidencia de la oferta sobre los trabajadores.

Si la transmisión se realizase mediante enajenación directa, el adquirente deberá incluir en su oferta el contenido descrito en esta regla 4ª.

De estas reglas lo que más llama la atención es, sin duda, que las ofertas tengan que incluir una partida relativa a los gastos realizados para la conservación en funcionamiento de la actividad hasta la adjudicación definitiva; en definitiva, parece que la oferta deberá de hacerse cargo del pago de los créditos contra la masa relacionados

con el mantenimiento de la actividad de la concursada; será problemático determinar si determinados gastos son o no subsumibles aquí (cuotas de la s. social, honorarios de la ad. concursal).

Por lo demás, no cabe duda que estas exigencias de las ofertas son lógicas y deberán ser asumidas sin más por todos los planes de liquidación.

Por último, la regla 5ª, también nueva, admite la posibilidad de que el Juez decida adjudicar a favor de una oferta que no sea la mejor económicamente, siempre que su precio no difiera en más del 10%, si considera que es la que garantiza mejor la continuidad de la empresa y de los puestos de trabajo o la mejor satisfacción de los acreedores, lo cual debe de entenderse en función del menor costo para la masa derivada del ahorro por la no extinción de relaciones laborales.