

Transmisión de la empresa y de unidades productivas en el concurso de acreedores

Armando Agustín Arteaga San Martín

TESIS DOCTORAL UPF/2015

Director de tesis

Prof. Dr. Fernando Cerdá Alberó
Catedrático de Derecho Mercantil
Universitat Pompeu Fabra

DEPARTAMENTO DE DERECHO



A mis padres, Luis y María, y a mis hijos, Heber y Abner

Agradecimientos

En primer lugar, y por sobre todo, mi gratitud a Dios.

También, a través de estas palabras deseo expresar mis agradecimientos a todos aquellos y aquellas que, de distintas maneras y en diferentes circunstancias, han contribuido al término de este trabajo de tesis doctoral, asumiendo que hay un riesgo de no considerar a todos a quienes debiera o no hacerlo en la forma apropiada.

Sin lugar a dudas, debo agradecer a mi director de tesis, el Prof. Dr. Fernando Cerdá Albero, entre otras cosas, por haber aceptado dirigir mi tesis, por su orientación al momento de definir el tema de esta investigación y por su disposición permanente para guiar mi trabajo con una preocupación encomiable.

También, agradezco a Elizabeth, a mis hijos y a mi familia, por el insustituible apoyo y estímulo permanente.

A mis amigos Herman y Justy, Marcos y Sandra, y a sus respectivas familias, quienes me acogieron durante mis estadías en Barcelona, brindándome hospitalidad y consejo.

A Katherin y Ernesto por su amistad y consejos en la presentación formal de este trabajo.

Igualmente, debo agradecer al Sr. Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Católica Silva Henríquez, don Álvaro Acuña Varcelli, y a don Jorge Ormeño Fuenzalida, director de la Escuela de Derecho, por el apoyo y compromiso en este trabajo, y a través de ellos, a todos mis amigos y colegas de la Silva Henríquez.

Finalmente, y en no en menor medida, agradezco a doña Adela Mulà y a doña Lluïsa Garcia, de la secretaría del programa de doctorado en Derecho de la UPF, por la información y orientación oportuna en los trámites y gestiones que demanda el programa.

Resumen

El presente trabajo tiene por objeto analizar la transmisión de la empresa y de unidades productivas en el ámbito concursal, como parte del contenido de un convenio concursal o de las operaciones de liquidación de la masa activa del concurso, teniendo en consideración las finalidades y principios que orientan a éste. Conforme a ello, se examina la transmisión que puede tener lugar mediante un convenio de asunción y de un convenio con modificación estructural de la sociedad concursada. Tratándose de la liquidación concursal, el estudio considera especialmente las reglas y prevenciones a las que debe sujetarse la venta de unidades productivas. Se precisan las oportunidades procesales que prevé la Ley Concursal para tales efectos y las exigencias generales y particulares que deben ser cumplidas. La doctrina y la jurisprudencia, y las referencias al derecho comparado, son las herramientas de análisis que se utilizan en este trabajo para efectuar el examen dogmático de la Ley Concursal, y poder, también, apreciar las recientes reformas hechas por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, procedente del Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, para promover la transmisión unitaria de la empresa o de unidades productivas en el ámbito concursal y recoger la experiencia acumulada durante una década de aplicación de la Ley Concursal.

Abstract

This work seeks to analyze the transfer of a company and its productive units regarding insolvency law, as part of the contents of an insolvency agreement or the liquidation operations of the assets, considering the aims and principles that guide it. According to that, the transfer that may take place through an assumption agreement and an agreement with structural modifications of the insolvent corporation, are analyzed. As regards the liquidation, the study specially considers the precautionary measures and rules to which the sale must be subject. The procedural opportunities that Insolvency Law provides for such purposes, and the general and particular requirements that must be complied with, are needed. Doctrine and court rulings, as well as comparative law, are the tools of analysis used in this work in order to carry out a dogmatic analysis of Insolvency Law, and in order to evaluate the recent reforms introduced by Law 9/2015, of may 25th, originated in the Royal Law-Decree 11/2014, of september 5th, on urgent measures in insolvency, on the promotion of transfer of units of the company or of productive units, as well as to gather the cumulative experience of a decade of application of the Insolvency Law.

Prólogo

En el contexto de una crisis económica generalizada, la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, ha jugado un papel más que destacado a la hora de ofrecer instrumentos tendientes a paliar o mitigar sus efectos, motivo por el que se ha buscado permanentemente, por medio de diversas modificaciones legales, hacer más eficientes y adecuadas las soluciones concursales que ella establece. Aspecto, éste último, de mucha actualidad, debido a las recientes reformas realizadas por la Ley 9/2015, de 25 de mayo.

La Ley Concursal contempla dos instituciones para proveer de una solución a la colectividad de acreedores y a los demás involucrados en la crisis de insolvencia de la empresa: el convenio y la liquidación. Si bien aquel es concebido como la solución normal del concurso, la práctica acumulada por más de diez años de vigor de la ley, muestra que es la liquidación la vía a través de la cual se canalizan la inmensa mayoría de los concursos. Dentro de las operaciones de liquidación ha adquirido especial importancia y trascendencia la modalidad de una transmisión unitaria mediante la venta de la empresa del concursado o de alguna de sus unidades productivas, por cuanto a través de este camino se ha podido ir concretando, sobre la base de los principios de universalidad y trato igualitario, no sólo la finalidad esencial del concurso, consistente en el pago ordenado y más eficiente posible de los créditos concursales, sino que también una anhelada finalidad de la Ley Concursal, que se anticipó a la crisis económica, de conservar la empresa o alguna de sus unidades productivas, cuando ello es factible, evitando la destrucción del valor económico de las mismas y permitiendo la conservación de las fuentes de trabajo. Sin duda, el convenio de asunción o el de modificación estructural de la sociedad concursada también puede cumplir dichos propósitos, y por ello, su análisis resulta obligatorio, pero haciendo presente que su aplicación práctica, por las razones que veremos, es mucho menor.

Este trabajo se orienta, por ende, a examinar el convenio y la liquidación concursal, como instancias para la transmisión unitaria de la empresa y unidades productivas, dando cuenta de la importancia práctica de esta opción y su especial incidencia en la consecución de las finalidades del concurso. Teniendo como referentes para este examen, especialmente, los aportes de la jurisprudencia mercantil y la doctrina, no sólo es posible considerar el desarrollo de estas soluciones, sino también apreciar las recientes reformas hechas por la citada Ley 9/2015, de 25 de mayo, procedente del Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre.

ÍNDICE

Abreviaturas.....	1
INTRODUCCIÓN	7

CAPÍTULO I PRINCIPIOS Y FINALIDADES DEL CONCURSO DE ACREEDORES

1. PRINCIPIOS CONCURSALES.....	13
1.1. Principio de universalidad.....	14
1.2. Principio de <i>par condicio creditorum</i>	17
2. FINALIDAD(ES) DEL CONCURSO DE ACREEDORES	22
2.1. Finalidad esencial: pago de los acreedores del deudor común.....	22
2.2. Conservación y continuidad de la empresa o de sus unidades productivas ¿medio o finalidad?	25
2.2.1. Concepto de empresa	26
2.2.2. Concepto de unidad productiva.....	29
2.2.3. Conservación y continuidad de la empresa y unidades productivas.....	36
2.3. Recuperación o saneamiento de empresas.....	41
2.4. Finalidades concursales en el Derecho comparado.....	44
2.4.1. Derecho francés.....	44
2.4.2. Derecho de Portugal.....	45
2.4.3. Derecho de Brasil.....	46
2.4.4. Derecho italiano	46
2.4.5. Derecho de Estados Unidos de Norteamérica	47
2.4.6. Derecho inglés	49
2.4.7. Derecho alemán.....	50
2.4.8. Derecho chileno	52

CAPÍTULO II TRANSMISIÓN DE EMPRESA Y UNIDADES PRODUCTIVAS A TRAVÉS DEL CONVENIO CONCURSAL

1. EL CONVENIO CONCURSAL.....	57
1.1. Naturaleza jurídica del convenio concursal y el rol de la autonomía privada en él.....	57

1.2. Principios y finalidades que orientan al convenio concursal	63
1.3. Oportunidades para acordar un convenio concursal.....	68
1.3.1. El convenio concursal durante la fase común: propuesta anticipada de convenio	68
1.3.2. Fase de convenio.....	72
1.3.3. El convenio concursal en el procedimiento abreviado.....	73
1.4. Aprobación y eficacia del convenio	77
2. TRANSMISIÓN DE LA EMPRESA CONCURSADA MEDIANTE UN CONVENIO DE ASUNCIÓN.....	81
2.1. Compraventa de activos.....	81
2.2. Concepto de convenio de asunción	86
2.3. La figura del asuntor: persona natural o jurídica determinada	92
2.4. Audiencia previa de los representantes de los trabajadores.....	95
2.5. Efectos del convenio de asunción	98
2.5.1. Compromiso de continuidad	100
2.5.2. La transmisión total o parcial del activo del concurso	101
a) Transmisión de derechos y contratos	103
b) Transmisión de acciones de reintegración y otras acciones que derivan de los bienes y derechos que se transfieren	107
c) Otras consideraciones sobre el contenido del convenio de asunción	108
2.6. La situación respecto de la asunción del pasivo	109
2.6.1. La no asunción del pasivo como regla en el convenio de asunción	110
2.6.2. Excepciones a la regla de no asunción del pasivo	112
2.6.3. Extensión de la asunción de las deudas, cuando ello excepcionalmente procede	115
2.7. Acuerdos concursales en el Derecho comparado	120
3. PROPUESTA DE CONVENIO CON MODIFICACIÓN ESTRUCTURAL DE LA SOCIEDAD CONCURSADA	123
3.1. Modificaciones estructurales	123
3.1.1. Fusión.	128
3.1.2. Escisión.....	130
3.1.3. Cesión global de activo y pasivo.	132
3.2. Las modificaciones estructurales en el Derecho concursal comparado.....	137
3.3. Modificaciones estructurales en el ámbito concursal español: evolución de la legislación concursal en la materia y autonomía privada.....	140

3.4. Cuestiones de carácter societario que plantean las modificaciones estructurales en el ámbito concursal.....	148
3.4.1. Naturaleza de la sociedad concursada, y cuáles pueden ser sometida a una modificación estructural.....	151
3.4.2. Coordinación entre las juntas de accionistas o de socios, órganos de administración social y la administración concursal.....	151
3.4.3. Oportunidad para acordar la modificación estructural.....	153
3.4.4. Especiales exigencias de información	157
3.4.5. Exigencia de valorización positiva de las empresas involucradas, aumento de capital e informe de administradores y expertos independientes	158
3.4.6. Cumplimiento de normas concursales sobre convenios	159
3.4.7. Protección de los acreedores concursales y de acreedores sociales	161
a) Responsabilidad solidaria.....	161
b) Derecho de oposición al acuerdo de modificación estructural.....	162
3.4.8. Limitaciones y restricciones societarias que pueden obstaculizar una propuesta de convenio con modificación estructural.....	176
3.4.9. Eficacia y cumplimiento del convenio de modificación estructural	178
3.5. Cuestiones referentes a contratos, fiscalidad y libre competencia.....	183
3.5.1. Situación de los contratos vigentes, especialmente los de carácter laboral	183
3.5.2. Neutralidad tributaria.....	185
3.5.3. Concentración económica y libre competencia	187

CAPÍTULO III

TRANSMISIÓN DE EMPRESA Y UNIDADES PRODUCTIVAS COMO CONTENIDO DE LA LIQUIDACIÓN CONCURSAL

1. LIQUIDACIÓN CONCURSAL.....	191
1.1. Finalidad de la liquidación concursal	191
1.2. Liquidación unitaria de la empresa o de sus unidades económicas: opción preferente de realización « <i>siempre que sea factible</i> ».....	195
1.2.1. Opción preferente en la Ley Concursal: artículos 148 y 149 de la LC	195
1.2.2. Opción preferente de liquidación en las reglas supletorias de liquidación (art. 149.1.1ª LC).....	200
1.3. Preferencia en el derecho comparado.....	202
1.3.1. Derecho de los Estados Unidos de Norteamérica	202
1.3.2. Derecho inglés	204
1.3.3. Derecho alemán.....	204
1.3.4. Derecho italiano	205
1.3.5. Derecho portugués y brasileño.....	206

1.3.6. Derecho chileno	207
1.4. Oportunidad para la transmisión de la empresa o de las unidades productivas..	210
1.4.1. Liquidación en la fase común <i>ex</i> artículo 43 de la LC	210
a) Evolución normativa del artículo 43 de la LC	211
b) Interpretación del artículo 43 de la LC.....	216
c) Reforma del artículo 43 <i>ex</i> Ley 9/2015, de 25 de mayo	221
1.4.2. Fase de Liquidación	223
1.4.3. Procedimiento abreviado	227
1.5. Plan de liquidación y reglas legales de liquidación (arts. 148 y 149 LC)	231
1.5.1. Plan de liquidación	232
a) Autoría del plan de liquidación	232
b) Oportunidad para la presentación del plan de liquidación	233
c) Contenido del plan de liquidación	234
d) Observaciones y propuestas de modificación al plan de liquidación	237
e) Posición de los trabajadores en el contenido del plan de liquidación.....	237
f) Aprobación del plan de liquidación	238
1.5.2. Reglas legales de liquidación	241
a) Evolución normativa de las reglas legales de liquidación.....	241
b) Impacto de las reglas legales de liquidación en la venta de unidades productivas	250
2. VENTA DE UNIDADES PRODUCTIVAS	252
2.1. Transmisión del activo que conforma la unidad productiva que se vende	256
2.1.1. Determinación y valoración de los activos transmitidos.....	257
2.1.2. Subrogación en materia de contratos y derechos	260
2.1.3. Cesión de contratos administrativos, licencias o autorizaciones administrativas incluidas en la unidad productiva	265
a) Subrogación en los contratos administrativos	266
b) Subrogación en licencias o autorización administrativas	270
2.2. Transmisión libre de deudas.....	271
2.3. Sucesión de empresa « <i>sólo</i> » a efectos laborales y de Seguridad Social	274
2.3.1. Criterio de los juzgados de lo mercantil <i>ex</i> apartado 2 del artículo 149 de la LC, en su redacción previa al Real Decreto-ley 11/2014.....	275
2.3.2. Posición de la jurisprudencia de lo social <i>ex</i> artículo 149.2 de la LC, en su redacción previa al Real Decreto-ley 11/2014.....	278

2.3.3. Artículo 149.2 de la LC <i>ex</i> reforma efectuada por el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre	279
2.3.4. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, Sala Social, núm. 6847/2014, de 16 de octubre	280
2.3.5. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social (Sección 1ª), núm. 1573/2014, de 29 de octubre	282
2.3.6. Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Sexta), de 28 de enero de 2015.....	285
2.3.7. Artículo 149.4 de la LC <i>ex</i> reforma efectuada por la Ley 9/2015, de 25 de mayo.....	286
2.3.8. Supuesto básico de la responsabilidad del adquirente y extensión de la misma.....	290
2.4. Excepciones a la sucesión de empresa.....	297
2.4.1. Artículo 33 del ET: subrogación por parte del FOGASA	298
2.4.2. Acuerdos de modificación de las condiciones colectivas de trabajo	302
2.5. Transmisión libre de cargas: situación de los créditos con privilegio especial.....	304
2.5.1. La posición del crédito con privilegio especial en el concurso.....	306
2.5.2. Los créditos con privilegio especial en la venta de unidades productivas .	309
2.6. Sistema de protección a los derechos de los trabajadores	315
2.6.1. Audiencia de los representantes de los trabajadores.....	316
2.6.2. Cumplimiento de las exigencias impuestas por el artículo 64 de la LC.....	317
2.6.3. Acuerdos de modificación de las condiciones colectivas de trabajo	319
2.6.4. La continuidad de los puestos de trabajo como criterio para valorar las ofertas	319
2.6.5. Sucesión de empresa a efectos laborales.....	320
2.7. Valoración de las ofertas y procedimiento de adjudicación del activo	321
2.7.1. Valoración de las ofertas	322
2.7.2. Procedimiento de realización del activo	326
2.8. Posición procesal del adquirente de la unidad productiva.....	329
2.9. Afectación de la competencia	330
CONCLUSIONES.....	335
BIBLIOGRAFÍA.....	343
TABLA DE JURISPRUDENCIA.....	361

Abreviaturas

AAP	Auto de Audiencia Provincial
AEAT	Agencia Estatal de la Administración Tributaria.
AJM	Auto de Juzgado de lo Mercantil
AP	Audiencia Provincial
Ap.	Apartado
APLC	Anteproyecto de Ley Concursal
Art.	Artículo
Arts.	Artículos
ATS	Auto Tribunal Supremo
ATSJ	Auto Tribunal Superior de Justicia
BCUS	<i>Bankruptcy Code U.S.</i>
BOE	Boletín Oficial del Estado
BORME	Boletín Oficial del Registro Mercantil
Cap.	Capítulo
CC	Código Civil
C.COM	Código de Comercio
CE	Constitución Española
CIRE	<i>Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas</i> , de Portugal, Lei N° 39/2003.
Ch. 11	<i>Chapter 11, Bankruptcy Code U.S.</i>
CNUDMI	Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional
Der.	Derecho
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
ECLI	<i>European Case Law Identifier</i>

EM	Exposición de Motivos de la Ley Concursal ¹
ERE	Expediente de regulación de empleo
ET	Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
FOGASA	Fondo de Garantía Salarial
Fund.	Fundamento de
INE	Instituto Nacional de Estadísticas de España
InsO	<i>Insolvenzordnung</i> (Ordenanza alemana de insolvencia, de 5 de octubre de 1994).
JM	Juzgado de lo Mercantil
LAU	Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos
LC	Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal
LCS	Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
Ley 9/2015	Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal
Ley 38/2011	Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal
LF	<i>Legge Fallimentare</i> , de Italia
LGT	Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria
LIR	Ley de Insolvencia y Reemprendimiento, de Chile, N° 20.720, de 9 de enero de 2014 ² .

¹ La referencia particular a la exposición de motivos de la Ley Concursal, se hace mediante números romanos en mayúscula, para referirnos a cada uno de los doce segmentos que lo conforman, y en minúsculas, para hacer referencia a un párrafo dentro de cada segmento.

² En estricto rigor, la ley se denomina, extrañamente, Ley N° 20.720 «*Sustituye el régimen concursal vigente por una ley de reorganización y liquidación de empresas y personas, y perfecciona el rol de la superintendencia del ramo*», tal como aparece en el Diario Oficial de Chile, de 9 de enero de 2014. Esta falta de rigurosidad hace que se le conozca indistintamente como «Ley de Reorganización y Liquidación» y como «Ley de Insolvencia y Reemprendimiento» (LIR), como la denomina la Superintendencia del ramo.

LIS	Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades
LIVA	Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido
LM	Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas
LME	Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles.
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
LP	Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes
LPI	Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia
LRF	<i>Lei da Recuperação Judicial, a Extrajudicial e a Falência do Empresário e da Sociedade Empresária</i> , del Brasil (<i>Lei Ordinária</i> 11.101/2005, de 02/09/2005)
LSA	Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (cuerpo legal derogado)
LSC	Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital
LSRL	Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (cuerpo legal derogado)
Núm.	Número
Nº	Número
p.	página

PA	Procedimiento abreviado.
PAC	Propuesta anticipada de convenio.
Págs.	páginas
Párr.	Párrafo
PGC	Plan General de Contabilidad
Real Decreto-ley 11/2014	Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal
Roj	Registro de orden jurídico, del Consejo General del Poder Judicial
RRM	Reglamento del Registro Mercantil
SAP	Sentencia de Audiencia Provincial
SENT.	Sentencia
SJM	Sentencia de Juzgado de lo Mercantil
S/Núm.	Sin número disponible
S/Ref.	Sin referencia disponible
Ss.	Siguientes
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia de Tribunal Superior de Justicia
TGSS	Tesorería General de la Seguridad Social
TJUE	Tribunal de Justicia Unión Europea TRLCSP Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público
TRLGSS	Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social ³

³ Téngase presente el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Seguridad Social, publicado en el BOE núm. 261, de 31 de octubre de 2015,

TRLITPAJD	Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia

que entrarán en vigor el 2 de enero de 2016 (disposición final única) y que deroga, entre otras normas, el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (disposición derogatoria única).

INTRODUCCIÓN

Es un hecho de la causa que de las dos instituciones previstas por la Ley Concursal para proveer de una solución a la colectividad de acreedores y a los demás involucrados en la crisis de insolvencia de la empresa, esto es, el convenio concursal y la liquidación, esta última es la que en la práctica, por lejos, en números, resultar ser la alternativa más recurrida, más allá de la pretensión inicial de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, de hacer del convenio la solución normal del concurso. Particularmente, se puede apreciar, habiendo transcurrido más de diez años de vigor de la ley, que la venta de unidades productivas a través de la liquidación concursal vino a ocupar un lugar muy destacado dentro de la *praxis* concursal, a pesar de que normativamente no estuviera provista de todas las prevenciones necesarias, pero que, por lo mismo, dieron lugar y oportunidad a un rico desarrollo jurisprudencial, que hicieron de esta alternativa de liquidación una opción muy atractiva para quienes están interesados en la adquisición y muy eficiente para los intereses del concurso. Estimamos que este proceso o devenir de las instituciones concursales se ha visto interrumpido con las recientes reformas a la Ley Concursal, según el planteamiento de esta tesis, que justificamos a continuación.

La transmisión de la empresa y de unidades productivas en el ámbito concursal puede ser parte del contenido de un convenio concursal o de las operaciones de liquidación de la masa activa del concurso, en las distintas oportunidades que prevé la Ley Concursal para alcanzar un acuerdo de esa naturaleza o llevar a cabo la liquidación concursal. Uno de los objetivos de este trabajo es precisamente exponer las modalidades a través de las cuales el convenio concursal puede permitir la transmisión de la empresa del concursado o de alguna de sus unidades productivas, las oportunidades procesales que contempla la Ley Concursal para tales efectos y las exigencias generales y particulares que el convenio debe cumplir en dicha función. Del mismo, tratándose de la liquidación concursal, esperamos poder describir sus características como herramienta de transmisión unitaria de la empresa o unidades productivas, definiendo las oportunidades legales para esa enajenación junto a un examen de las prevenciones y reglas a las que debe quedar sujeta la venta respectiva.

Ese objetivo, que descansa en un examen formal de las instituciones concursales, va precedido y guiado por otro objetivo, de carácter más sustancial o de fondo. Éste pretende poner de manifiesto que el convenio y la liquidación, institutos solutorios de la Ley Concursal, están provistos por ella para alcanzar ciertas finalidades propias del concurso de

acreedores sobre la base de determinados principios. Esos principios y finalidades, que identificamos, por un lado, con el principio de universalidad y de *par condicio creditorum*, y por otro, con las finalidades de pago de los acreedores concursales y de continuidad, en todo o en parte, de la empresa y de los puestos de trabajo asociados a ella, cuando ello es factible, cumplen funciones informadoras, integradoras e interpretativa del entramado normativo que regula el convenio y la liquidación concursal. Ello nos permite, por una parte, elaborar una premisa o supuesto para el análisis de la Ley Concursal, consistente en que los preceptos que contiene la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, han sido construidos sobre la base de esos principios y se orientan a la obtención de tales finalidades. Esto significa en otras palabras, que la labor legislativa creadora de la Ley Concursal fue dirigida por tales finalidades y principios, y que como tales aparecen recogidos en su exposición de motivos y, sobre todo, en la construcción particular de cada uno de sus artículos.

Asimismo, los principios y finalidades concursales nos permiten, a su vez, postular un deber ser respecto de cómo han de ser articuladas entre sí las distintas prevenciones normativas e instituciones concursales, enjuiciando la coherencia de las modificaciones legales, que se han introducido en la Ley Concursal, durante el decenio de vigencia, en plasmar tales principios y contribuir a la consecución de las finalidades que conforman el interés del concurso.

La doctrina y la jurisprudencia, en primer término, y las referencias al derecho comparado, secundariamente, son las herramientas que se utilizan en este trabajo para llevar a cabo el examen dogmático de la Ley Concursal con miras a alcanzar los objetivos planteados en este trabajo. Las opiniones de los autores y, sobre todo, los criterios de la jurisprudencia son las mejores herramientas para determinar el sentido y alcance de las normas de la Ley Concursal que regulan el convenio y la liquidación y las opciones de venta de la empresa o de unidades productivas, y son el indicador más preciso acerca de si los preceptos de este cuerpo legal y de las reformas legales a él practicadas, son (in)suficientes, (in)adecuadas o (in)coherentes para satisfacer el interés del concurso, especialmente en el contexto de crisis generalizada. En particular, la doctrina jurisprudencial de los juzgados de lo mercantil, en cuyo seno se tramitan los expedientes concursales y se plantean todas las dificultades, jurídicas y de hecho, que pueden existir para llevar a cabo la venta de unidades productivas, mide la eficiencia de las normas concursales en ese sentido y opera como un catalizador de los aciertos y yerros legislativos en la materia.

Teniendo presente aquello, es posible señalar que un descuido del legislador, por decirlo de alguna manera, puede repercutir negativamente sobre las soluciones concursales. En este aspecto, adelantamos un juicio de valor, cuyo procedencia o pertinencia esperamos fundamentar con el desarrollo de este trabajo y las conclusiones finales que de él podamos extraer, en cuanto a que las recientes reformas efectuadas a la Ley Concursal, impulsadas por el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, y por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, han tenido un efecto adverso y, por lejos, muy distinto a los obtenidos a través de otras reformas legales, como la que tuvo lugar en su momento la Ley 38/2011, de 10 de octubre, si consideramos precisamente las resoluciones judiciales más recientes y el estancamiento que se ha advierte en la venta de unidades productivas.

Conforme a los propósitos u objetivos planteados por este trabajo, el desarrollo del mismo considera tres capítulos o partes: una primera, destinada a exponer los principios y finalidades concursales; una segunda, relativa al convenio concursal y las figuras, en particular, del convenio con asunción y el convenio con modificaciones estructurales de sociedades; y una tercera y última parte, dedicada a la venta de empresa y unidades productivas a través de la liquidación concursal, con especial consideración a la venta de unidades productivas.

En particular, a través de la primera parte del trabajo se exponen los principios generales del Derecho concursal y las finalidades del concurso, que delimitan el interés del mismo. Se trata de una parte de carácter introductorio y conceptual que permite destacar y anticipar algunas de las soluciones concursales en que se alberga la transmisión de la empresa o unidades productivas en el ámbito concursal, y que permiten ir delineando algunos extremos o interrogantes que plantea la Ley Concursal en esta materia, entre ellos, el concepto mismo de unidad productiva.

La segunda parte del trabajo se refiere a la transmisión de la empresa en el ámbito del concurso de acreedores, a través del convenio concursal. Las figuras objeto de estudio en este apartado son, principalmente, los convenios con asunción y aquellos convenios que suponen la fusión u otra modificación estructural de carácter traslativo de la sociedad concursada, teniendo presente la normativa que contempla sobre fusiones, escisiones y cesiones globales de activo y pasivo, la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. Para esos fines se consideran la naturaleza jurídica del convenio, sus principales características y las oportunidades, como señaló, para alcanzar esta solución pactada a la insolvencia, junto a las particularidades y dificultades que delimitan

la compra de activos y las modificaciones estructurales aplicadas en el contexto de un concurso de acreedores por medio de un convenio concursal.

La tercera y última parte del trabajo se refiere a la transmisión de la empresa en el ámbito concursal pero como parte de un plan de liquidación o por aplicación de las reglas legales supletorias de liquidación previstas en la Ley Concursal, ámbito en el que adquieren especial importancia una serie de prevenciones o reglas previstas por la Ley Concursal, a las que quedan sujetas todas las operaciones de liquidación, en general, o las ventas de unidades productivas, en particular. Precisamente en este contexto es que se analizan las recientes modificaciones a la Ley Concursal, destacando, entre otras, aquellas que modifican su artículo 149 o incorporan en ella el nuevo artículo 146 bis.

Teniendo presente lo anterior, esta tercera parte del trabajo contempla un capítulo dedicado al análisis particular de la venta de unidades productivas, y en la que convergen muchos de los temas tratados en el desarrollo previo y se observa el impacto de esos cambios legislativos y los cambios experimentados en los criterios jurisprudenciales elaborados en la materia a raíz de dichas modificaciones legales.

Forman parte de este trabajo, también, en sus diversas secciones, las referencias generales y particulares que hacemos al Derecho comparado, incorporadas para ilustrar las soluciones concursales que están presentes en otros sistemas jurídicos y las finalidades que las orientan, haciendo presente que, en algunas ocasiones, dicho examen escapa del objeto específico de análisis de este trabajo, abocado a la transmisión de la empresa o unidades productivas dentro de un contexto o ámbito concursal, en atención a que en ciertos casos las instituciones concursales comparadas están referidas a hipótesis extra o pre concursales, o se extienden a la consecución de finalidades que no forman parte del acervo de la Ley Concursal, pero que, a pesar de ello, contribuyen al desarrollo del planteamiento formulado en esta tesis.

CAPÍTULO I

PRINCIPIOS Y FINALIDADES DEL CONCURSO DE ACREEDORES

1. PRINCIPIOS CONCURSALES

Antes de enunciar y describir los principios que orientan al Derecho concursal, convendría tener presente las funciones que todo principio está llamado a desempeñar en el mundo jurídico. En primer lugar, una función informadora, inspirando al legislador, sirviendo como fundamento del ordenamiento jurídico futuro. Esto significa, en el caso que nos interesa, que los preceptos que contiene la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, han sido construidos a partir de ciertos principios que orientaron la labor legislativa y que aparecen recogidos con mayor o menor explicitud en su exposición de motivos y, sobre todo, en la construcción particular de cada uno de sus artículos. En segundo término, los principios pueden desempeñar una función integradora o normativa, actuando como fuente supletoria, en caso de ausencia de la ley, como lo dispone el artículo 1.4 del Código Civil español. Y, por último, los principios pueden también cumplir una función interpretadora, operando como criterio orientador del juez y del intérprete en la aplicación concreta y particular de las normas jurídicas. Debemos acotar que si bien interpretación e integración del derecho son conceptos distintos, un texto legal sólo tiene sentido en función del conjunto sistemático de normas que conforman el Derecho y, por ello, la función interpretativa es en realidad prácticamente inseparable de la obra de integración del derecho.

En el Derecho concursal ese rol informador, integrador e interpretativo es desempeñado básicamente por los principios generales, básicos y comunes de universalidad e igualdad de tratamiento⁴. Esto significa que el examen de las normas de la LC, como asimismo, de otros textos legales, como la Ley de Sociedades de Capital o la Ley sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles, cuya aplicación se pretenda en el orden concursal, debe considerar el procedimiento concursal como un procedimiento de carácter universal y unitario cuya finalidad esencial es la satisfacción de la colectividad crediticia, sobre la base de igualdad entre los acreedores.

⁴ Sin perjuicio, por cierto, de los principios de técnica legislativa de unidad legal, de disciplina y de sistema, a los que la exposición de motivos de la LC da un especial énfasis, y que presiden el trabajo normativo no sólo en España sino también en el Derecho comparado, y también de otros conceptos que se presentan, cada vez con mayor fuerza, como principios, como el de conservación de la empresa. Respecto de estos últimos nos referiremos en el apartado de las finalidades concursales.

La consideración y aplicación de esos principios trae aparejado diversas consecuencias tanto respecto de los acreedores del concursado⁵, como sobre los bienes de éste⁶, especialmente con relación al ejercicio individual de derechos por parte de los acreedores y la ejecución sobre bienes particulares del deudor concursado. Esta unidad parte del supuesto objetivo del estado de insolvencia, es decir, la imposibilidad de cumplir o pagar regularmente las obligaciones a medida que sean exigibles, sea actual o inminente, como presupuesto único para solicitar la declaración de concurso (art. 2 LC).

1.1. Principio de universalidad

El artículo 76 de la LC recoge expresamente el principio de universalidad, expresando en su apartado 1:

«1. Constituyen la masa activa del concurso los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de la declaración de concurso y los que se reintegren al mismo o adquiera hasta la conclusión del procedimiento» (art. 76.2 LC).

Conforme a ello, el artículo 49.1 de la LC, referente a la integración de la masa pasiva, precisa que:

«1. Declarado el concurso, todos los acreedores del deudor, ordinarios o no, cualquiera que sea su nacionalidad y domicilio, quedarán de derecho integrados en la masa pasiva del concurso, sin más excepciones que las establecidas en las leyes...» (art. 49.1 LC).

El concurso se orienta por un principio de ejecución o pago universal, que se traduce en que el concurso comprende la totalidad del patrimonio del deudor concursado (universalidad patrimonial) y a la totalidad de sus acreedores (colectividad de acreedores). En otras palabras, es universal por cuanto convoca a todos los acreedores del deudor concursado y porque no afecta a un bien o unos bienes concretos del patrimonio deudor, sino a la universalidad de sus bienes y derechos que conformarán la masa activa del concurso⁷. Este carácter universal es una consecuencia de la naturaleza del problema de insolvencia que genera el estado de

⁵ De acuerdo al artículo 49 de la LC, los acreedores del concursado quedan *integrados en la masa pasiva* del concurso.

⁶ Los bienes del concursado conforman la *masa activa* del concurso, de acuerdo al artículo 76 de la LC.

⁷ VÁSQUEZ IRUZUBIETA (2011a).

concurso, y que deriva de la insuficiencia patrimonial del deudor. Un problema colectivo obliga una solución de igual característica.

El concurso, como procedimiento universal, comprende a todos los acreedores del concursado. Todos ellos se verán afectados en el ejercicio de las acciones individuales sobre el patrimonio del deudor, obligando al tratamiento colectivo de sus créditos. El conjunto de acreedores concursales o *masa pasiva* del concurso (arts. 49 y 84.1 LC), está conformado, salvo los casos legalmente exceptuados⁸, por todos los acreedores del deudor común existentes en el momento de la declaración de concurso cuyos créditos sean en definitiva reconocidos dentro del procedimiento concursal⁹. Si bien no se genera ningún tipo de relación jurídica de naturaleza sustancial entre los acreedores concursales, el vínculo entre ellos está dado por la consecuencia procesal derivada de la apertura del concurso que se traduce en la pérdida o limitación de sus acciones individuales.

Queda claro, además, que ninguno de los acreedores concursales puede mejorar su situación con posterioridad a la apertura del concurso. Nos parece acertado, en este sentido, decir que el concurso significa la «*solidarización*» de la defensa de los acreedores y que, con respecto al convenio concursal, a través del cual se materializan en primera instancia las soluciones colectivas al problema de la insolvencia del concursado, ha de respetar la estructura comunitaria del concurso y, por consiguiente, frente al deudor no se sitúan el conjunto de acreedores aislada o individualmente considerados, sino que, como contraparte, una comunidad de acreedores o masa pasiva del concurso¹⁰.

Conforme a lo anterior, el juez del concurso es competente, exclusiva y excluyentemente, para conocer de las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores, a las que se refiere el título I del libro IV de la LEC; de toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado (art. 8, apartados 1 y 3, LC), y para adoptar las medidas cautelares que considere necesarias para asegurar la

⁸ Como ocurre respecto de los créditos con privilegios sobre buques y aeronaves, que pueden ser separados de la masa activa del concurso mediante el ejercicio, por el procedimiento correspondiente, de las acciones que tengan reconocidas en su legislación específica. Con todo, la ejecución separada deberá haberse iniciado en el plazo de un año desde la fecha de declaración del concurso, tras lo cual, de no haberse efectuado, ya no podrá tener lugar y la clasificación y graduación de créditos se regirá por lo dispuesto en esta ley (art. 76.3 LC).

⁹ Comunicación de créditos (art. 85 LC), y reconocimiento de los mismos (arts. 86 y 87 LC).

¹⁰ DE LA CUESTA (2004), p. 32.

integridad del patrimonio del deudor, de conformidad con lo previsto en la LEC (art. 17.1 LC).

En otras palabras, la declaración de concurso determina el sometimiento de los acreedores al *concurso*, de manera tal que en virtud de esta suerte o destino común las pretensiones individuales de los acreedores concursales quedan condicionadas a la solución del concurso (convenio o liquidación) como únicas vías para alcanzar la satisfacción de sus créditos¹¹. Las excepciones, por tanto, que el procedimiento concursal pueda reconocer a ciertos acreedores, no sólo debieran ser interpretadas restrictivamente, sino que, además, no debieran afectar o comprometer el éxito de las soluciones concursales. La calidad de acreedor concursal, que se extiende a todo acreedor del deudor titular de un derecho de crédito o de una prestación obligacional de carácter patrimonial anterior a la declaración del concurso, alberga a todos los acreedores cualquiera sea su clase. Conforme a ello, declarado que sea el concurso, todos los acreedores del deudor, ordinarios o no, cualquiera que sea su nacionalidad y domicilio, quedarán de derecho integrados en la masa pasiva del concurso, sin más excepciones que las establecidas en las leyes (art. 49.1 LC).

En este sentido, la Ley Concursal española encuentra en las clásicas obras de Amador Rodríguez (*Tractatus de concursu*)¹² y Francisco Salgado de Somoza (*Labyrinthus creditorum concurrentium*)¹³, y en la expresión «*concurso*» que ellas emplean, en cuanto describen la concurrencia de todos los acreedores sobre el patrimonio del deudor común y la unidad de procedimiento que se sigue para ello, la inspiración terminológica necesaria para evocar la referencia esencial a los intereses de los acreedores del deudor y el pago de sus créditos como criterio final de interpretación de las normas concursales¹⁴, desplazando el centro de referencia, desde el deudor quebrado o en quiebra, a los acreedores concursales o concurso¹⁵. En nuestros días, la apertura del concurso trae consigo, como consecuencia procesal, una colectivización de intereses y destinos, que supone una pérdida o limitación de las acciones individuales y que compromete al conjunto de acreedores solidariamente a alcanzar la finalidad común del concurso por medio de un instrumento que refleja igualmente esa

¹¹ BELTRÁN (2006), p. 990.

¹² *Tractatus de concursu et privilegiis creditorum in bonis debitorum et de eorum prelationibus* (1616).

¹³ *Labyrinthus creditorum concurrentium ad litem per debitorum communem inter illos causatam* (1646).

¹⁴ EM, I, v.

¹⁵ MORILLAS (2003), p. 4. El término «*concurso*», señala la autora, es un término más objetivo, como lo es también el término «*Insolvenzordnung*» de la legislación alemana, que se aleja, además, de las connotaciones punitivas y sancionatorias de vocablo «*quiebra*».

estructura comunitaria del concurso. En este sentido, el concurso tiene por función el hacer posible este principio de comunidad de pérdidas¹⁶.

1.2. Principio de *par condicio creditorum*

La exposición de motivos de la Ley Concursal comienza haciendo alusión a este principio y la manera en él había sido afectado por ciertas prácticas que tuvieron lugar durante el periodo anterior a la entrada en vigor de la Ley Concursal:

«(...) Las severas y fundadas críticas que ha merecido el derecho vigente no han ido seguidas, hasta ahora, de soluciones legislativas, que, pese a su reconocida urgencia y a los meritorios intentos realizados en su preparación, han venido demorándose y provocando, a la vez, un agravamiento de los defectos de que adolece la legislación en vigor: arcaísmo, inadecuación a la realidad social y económica de nuestro tiempo, dispersión, carencia de un sistema armónico, predominio de determinados intereses particulares en detrimento de otros generales y del principio de igualdad de tratamiento de los acreedores (...)» (EM, I, i).

La misma exposición de motivos, más adelante, destaca que este principio ha de constituir la regla general que orienta al concurso.

«Se considera que el principio de igualdad de tratamiento de los acreedores ha de constituir la regla general del concurso, y que sus excepciones han de ser muy contadas y siempre justificadas» (EM, V, ii)¹⁷.

El principio de igualdad de trato es un principio que se proyecta en diversas áreas del Derecho, no sólo en el ámbito del derecho concursal. La Ley de Sociedad de Capital, por ejemplo, dispone que la sociedad debe dar un trato igual a los socios que se encuentren en

¹⁶ ARANGUREN (2013), p. 430.

¹⁷ EM, V, ii.

En este mismo se orientan el *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas* de Portugal (Lei N° 39/2003), que declara que el *plan de insolvência* debe obedecer a un principio de igualdad de los acreedores de la insolvencia, sin perjuicio de las diferencias justificadas por razones objetivas. Conforme a este principio, el tratamiento más desfavorable a acreedores que se encuentran en idéntica situación que otros, requiere del consentimiento de aquellos o su voto favorable a los acuerdos adoptados. Se considera nulo, por ende, cualquier acuerdo entre el administrador de la insolvencia o el concursado a través del cual se otorguen ventajas a un acreedor, que no haya sido acordada con el voto de otros afectados (art. 194 CIRE).

condiciones idénticas (arts. 97, 99.3 y 514 LSC)¹⁸. En el ámbito del derecho concursal, el principio de universalidad obliga a considerar el conjunto de acreedores afectados por la situación de insolvencia, como una colectividad con un común destino, la igualdad de tratamiento entre los acreedores es un principio, una idea-fuerza¹⁹ y un efecto del concurso que nos lleva a estimar a cada acreedor, salvo las excepciones legales, en un plano de igualdad con respecto a los restantes titulares que conforman esa colectividad. La esencia del principio de *par condicio creditorum* descansa en regla de proporcionalidad que debe guiar en el trato y pago de los créditos con la masa activa del concurso. Éste se transforma en el medio idóneo para dar una solución ordenada ante la hipótesis de insolvencia de un deudor, de manera que sus acreedores puedan obtener de esa forma el pago de sus créditos, en la medida que ello sea posible patrimonialmente, bajo la regla de la *par condicio creditorum*²⁰. La *par condicio creditorum* posterga o desplaza el principio *prior in tempore potior in iure* que opera a favor de los acreedores en ámbito extraconcursal y que permite al acreedor que ejecute patrimonialmente primero a su deudor obtener también el pago primero, privilegiando la diligencia de cada acreedor.

Este principio, que es también un referente en el derecho comparado, se considera un principio de orden público económico, un bien jurídico del derecho concursal o, incluso, una finalidad del mismo²¹. Y que tendría sus antecedentes más remotos, en cuanto al reparto igualitario, en la *merx peculiaris* del Derecho romano, y que suponen una modificación de las reglas generales de concurrencia de pluralidad de acreedores en virtud de la *actio peculio*²².

Conforme a lo anterior, el concurso busca la tutela del derecho de los acreedores a la distribución igual y proporcional del patrimonio del concursado. El principio de igualdad de condición de los acreedores del deudor común se traduciría en una especie de *ley del dividendo*,

¹⁸ El actual artículo 97 de la LSC viene del artículo 50 bis de la LSA, que fuera introducido por disposición final primera de la Ley de Modificaciones Estructurales. En la exposición de motivos de la LME se señala, a propósito de esa reforma en la LSC, que se «*ha considerado oportuno introducir alguna norma de la Directiva 77/91/CEE, de 13 de diciembre de 1976, como el principio de igualdad de trato, hasta ahora considerado un principio implícito, y adecuar la redacción de otras normas directamente relacionadas con las que debían ser objeto de incorporación y ha aprovechado la oportunidad, en fin, para adecuar el régimen del derecho de suscripción preferente y de las obligaciones convertibles al pronunciamiento de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera), de 18 de diciembre de 2008.*» (exposición de motivos LME, párrafo IV).

Sobre la igualdad de trato de los accionistas puede consultarse SANCHEZ-CALERO (2010).

¹⁹ PEINADO (2005); VÁSQUEZ IRUZUBIETA (2011b).

²⁰ GARCIA (2011), p. 28, y ZUBIRI (2011), p. 196.

²¹ El derecho alemán reconoce el trato igualitario de los acreedores (*Gleichbehandlung der Gläubiger*, § 294 InsO) como un principio del procedimiento insolvencia de la InsO.

²² Digesto 14.4.5.15, Ulpiano. La constitución de la idea de una *merx peculiaris* se vincula a un procedimiento de carácter concursal conocido como *vocatio in tributum* y la acción específica *tributaria*. Por todos, puede verse LAZO (2010).

que parte del supuesto de que el patrimonio del deudor es insuficiente para atender a todos los créditos lo que obliga a dividirlo entre los acreedores a prorrata de todos los créditos, y de suerte tal que el beneficio y sacrificio que soportan los acreedores es proporcionalmente el mismo²³. Esta paridad de trato cede antes situaciones excepcionales que como tales tiene una existencia previa al mismo concurso, contexto en el cual se encuentra el régimen de los privilegios de carácter general o especial que gozan ciertos créditos, o que obedece a un interés social comprometido, como sucede en el especial tratamiento de los créditos laborales y de la Seguridad Social.

Pero la existencia de este principio no es un tema que convenza a toda la doctrina. No son pocos los autores que la vista de estas excepciones o especiales tratamientos ponen en duda de que estemos verdaderamente ante un principio general del Derecho concursal. Algunos, aludiendo a la referencia que se hace en la exposición de motivos de la LC, en cuanto a que el principio de igualdad de tratamiento de los acreedores ha de constituir la regla general del concurso, y que sus excepciones han de ser muy contadas y siempre justificadas, estiman que la referida regla es un falacia²⁴ o no es la regla general y que las supuestas desigualdades no son tan excepciones²⁵.

Se habla, incluso, de este principio más como un mito que como un principio real o efectivo dentro del concurso, dado que la proliferación de privilegios, o como un principio de carácter residual²⁶. Otros estiman que la aplicación de la *par condicio* o igualdad de trato entre los acreedores queda reducida a los acreedores ordinarios y al seno de cada categoría en los acreedores privilegiados y en los subordinados, pues el pago de los acreedores se efectúa conforme a los criterios, jerarquías y clasificación establecidos en la legislación concursal²⁷.

²³ PEINADO (2005), p. 433.

²⁴ SAP de Barcelona (secc. 15ª), s/núm., de 5.10.2006 (JUR 2007\145340). El fundamento jurídico cuarto del referido fallo, señala que es perfectamente entendible que la EM de la LC resalte como uno de sus objetivos centrales el de rescatar el principios de igualdad de trato entre los acreedores, admitiendo excepciones muy contadas y siempre justificadas y reduciendo los privilegios y preferencias a efectos del concurso, en atención a la multiplicidad, heterogeneidad, asistematicidad y dispersión normativa de los privilegios concedidos a ciertos créditos y las posibilidades de ejecución separada que reconocía la legislación anterior. Pero concluye que es *«inexacto pretender que la LC haya restaurado la igualdad de trato, pues ésta no ha existido nunca»*, agregando que *“... La doctrina es constante al advertir, en un examen de nuestros institutos concursales, que la idea de que las pérdidas sean distribuidas entre todos los acreedores por igual y de forma paritaria nunca llegó a concretarse, unas veces porque algunos de ellos se protegían de posibles insolvencias mediante garantías convencionales, y otras porque esa protección específica era otorgada por el mismo legislador en atención a sus características»*.

²⁵ VILLORIA (2008), p. 322.

²⁶ PEINADO (2005), p. 404.

²⁷ TIRADO (2009), p. 1085.

Por nuestra parte, estimamos que el principio de igualdad de tratamiento de los acreedores o *par condicio creditorum*, tal como se recoge en la exposición de motivos de la Ley Concursal²⁸, constituye la regla general del concurso y, por tanto las excepciones a este principio han de ser también muy contadas y siempre justificadas. Se trataría, además, de excepciones legales y *numerus clausus*, que excluirían las analogías y obligan a una interpretación restrictiva. Como principio opera como fundamento de diversos preceptos concursales, como los que regulan el ejercicio de acciones para ejecutar garantías reales (art. 56 y 57 LC)²⁹; el que prohíbe compensar créditos y deudas del concursado (art. 58 LC)³⁰; o el que consagra las acciones de reintegración (art. 71 LC)³¹; o el que prohíbe alterar a través del convenio la clasificación de los créditos establecidos por la Ley (art. 100.3 LC); la norma que consagra el derecho de oposición de los acreedores a la aprobación judicial del convenio concursal (art. 128.1 LC); las normas del pago a los acreedores (art. 154 y ss. LC); o las normas sobre coordinación de pagos anteriores en fase de convenio (art. 162 LC).

Reconocemos, sin duda, que la existencia de diversos privilegios de carácter especial (art. 90 LC) y general (art. 91 LC), constituyen la excepción de mayor significación al principio de trato igualitario entre los acreedores. A ello se une la calidad de derechos de ejecución separada, que fuera considerado una de las novedades más importantes de la LC, respetando la naturaleza propia del derecho real sobre cosa ajena, que impone una regulación diferente de la aplicable a los derechos de crédito integrados en la masa pasiva del concurso (art. 57 LC)³². No obstante, la exposición de motivos de la LC expresa que la regulación de la

²⁸ EM, I, i; V, i.

²⁹ SAP de Barcelona (secc. 15ª), s/núm., de 05.10.2006 (JUR 2007\145340).

³⁰ SAP de Barcelona (secc. 15ª), núm. 235/2014, de 2.07.2014 (AC 2014\1469); SAP de Barcelona, núm. 89/2015, de 04.03.2015 (vlex.com/vid/568453694); entre otras.

La jurisprudencia, también, ha reiterado que el principio de *par condicio creditorum*, y sobre el cual se estructura el artículo 58 de la LC, resulta aplicable a la compensación de un crédito concursal, pero no es aplicable la norma aludida a los créditos contra la masa, por ser extraconcursoales en el sentido de que no se incluyen en la masa pasiva (SAP de Barcelona, núm. 225/2014, de 26.6.2014 [JUR 2014\228832]).

³¹ Entre otras: STS (Sala de lo civil, secc. 1ª), núm. 629/2012, de 26.10.2012 (RJ 2012\1041); STS (Sala de lo civil, secc. 1ª), núm. 124/2015, de 17.03.2015 (RJ 2015\1472), y SAP de Barcelona, núm. 145/2015, de 02.07.2015 (vlex.com/vid/578472414). La primera de ellas expresa que: «... en principio, un pago debido realizado en el período sospechoso de los dos años previos a la declaración de concurso, siempre que esté vencido y sea exigible, por regla general goza de justificación y no constituye un perjuicio para la masa activa. Sin embargo, ello no excluye que en alguna ocasión puedan concurrir circunstancias excepcionales (como es la situación de insolvencia al momento de hacerse efectivo el pago y la proximidad con la solicitud y declaración de concurso, así como la naturaleza del crédito y la condición de su acreedor), que pueden privar de justificación a algunos pagos en la medida que suponen una vulneración de la *par condicio creditorum*».

³² La exposición de motivos de la LC (EM, III, x) anuncia que el derecho a ejecución separada se espera no perturbe el mejor desarrollo del procedimiento concursal ni impida soluciones que puedan ser convenientes para los intereses del deudor y de la masa pasiva, para ello se determina la paralización temporal de las ejecuciones, en tanto se negocie un convenio o se abra la liquidación, con el máximo de un año a partir de la

clasificación de los créditos constituye una de las innovaciones más importantes que introduce la ley, porque reduce drásticamente los privilegios y preferencias a efectos del concurso, sin perjuicio de que puedan subsistir en ejecuciones singulares, por virtud de las tercerías de mejor derecho, y agrega que el principio de igualdad de tratamiento de los acreedores ha de constituir la regla general del concurso, y que sus excepciones, como se dijo, han de ser muy contadas y siempre justificadas.

declaración de concurso, salvo que al tiempo de la declaración de concurso ya estuviese anunciada la subasta, las actuaciones de ejecución iniciadas con anterioridad se suspenderán y no se reanudarán, ni podrán iniciarse otras, hasta que transcurran los plazos que la LC señala.

2. FINALIDAD(ES) DEL CONCURSO DE ACREEDORES

2.1. Finalidad esencial: pago de los acreedores del deudor común

La Ley Concursal, a través de su exposición de motivos, califica la finalidad de satisfacer los créditos de los acreedores del concurso como la finalidad esencial del mismo:

«... la unidad del procedimiento se consigue en virtud de la flexibilidad de que la Ley lo dota, que permite su adecuación a diversas situaciones y soluciones, a través de las cuales puede alcanzarse la satisfacción de los acreedores, finalidad esencial del concurso» (EM, II, iv).

En contraste con otros sistemas jurídicos comparados que han optado por definir expresamente la finalidad del procedimiento concursal u omitir cualquier referencia explícita a las finalidades del concurso³³, el Derecho concursal español construye la idea de una finalidad propia del concurso sobre la base de un concepto de contenido jurídico indeterminado traducido como el «*interés del concurso*»³⁴. La determinación de este concepto y su contenido permiten establecer cuál o cuáles son los bienes e intereses jurídicos que busca proteger, y determina, a su vez, el alcance interpretativo y funcional de los mismos, como asimismo, los instrumentos dirigidos a la consecución de la pretensión de alcanzar la máxima satisfacción de los diversos intereses subjetivos involucrados y el comportamiento esperado de los órganos del concurso.

El interés del concurso debe ser concebido como una finalidad concreta que se depende de la exposición de motivos y de la normativa concursal, que debe ser interpretada y aplicada

³³ La *Insolvenzordnung* (InsO) se pronuncia explícitamente y en primer término acerca de la finalidad del concurso, señalando que el “procedimiento de insolvencia tiene por finalidad satisfacer colectivamente a los acreedores del deudor mediante la realización de su patrimonio y la distribución del producto resultante, o mediante un plan de insolvencia en el que se contenga un reglamentación diferente especialmente dirigida a la conservación de la empresa” (§ 1 InsO).

El *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas* de Portugal, declara en su exposición de motivos (Sumario, 3) y en su normativa que el objetivo principal de cualquier procedimiento de insolvencia es la satisfacción, de la forma más eficiente posible, de los derechos de los acreedores (art. 1º CIRE).

Más recientemente, la Ley N° 20.720, de Reorganización y Liquidación de Empresas y Personas de Chile, de reciente entrada en vigor el 09 de octubre de 2014, se limita a indicar que los procedimientos concursales que ella consagra se orientan a la reorganización y liquidación del activo y pasivo de la empresa deudora concursada, en contraste con la derogada Ley de Quiebras, recogida en el Libro IV del Código de Comercio chileno (Ley 18.175), que declaraba expresamente que el juicio de quiebra tenía por objeto realizar en un solo procedimiento los bienes de una persona natural o jurídica, «a fin de proveer al pago de sus deudas, en los casos y en la forma determinados por la ley» (art. 1 Ley de Quiebras, de Chile).

³⁴ TIRADO (2009), p. 1062.

precisamente según dicha finalidad. La exposición de motivos de la Ley Concursal reconoce que la finalidad esencial del concurso es alcanzar la satisfacción de los acreedores, y para ello se dispone de diversas soluciones articuladas a través de un procedimiento concursal dotado de unidad y flexibilidad. Dicha finalidad es el reflejo, por una parte, del principio de responsabilidad universal que pesa sobre el deudor, en cuanto a que al momento de contraer una obligación compromete todos sus bienes, presentes y futuros, en garantía del cumplimiento de la misma, y por otro, en la necesidad de dar una solución a la insolvencia o crisis económica general del deudor que le impide satisfacer a sus acreedores a partir de las reglas o normas propias del Derecho común. En este sentido, el derecho concursal opera como una especie de *última ratio* frente al incumplimiento del deudor cuando ello afecta a toda la colectividad de acreedores, proveyendo una solución (*concurzal*) a la hipótesis de insolvencia.

Si partimos de la consideración de que finalidad del concurso es la satisfacción colectiva de los créditos de los acreedores concursales, y damos a tal fin un carácter esencial dentro del derecho concursal, ello significa, como destacan algunos autores, que los *«intereses del concurso»* deben ser identificados exclusivamente con el interés de la colectividad de acreedores a obtener el pago más íntegro posible de sus créditos, teniendo presente la situación de insolvencia que afecta al deudor común³⁵. En otras palabras, el concurso tendría por finalidad la satisfacción ordenada de los créditos bajo un criterio de eficiencia y maximización del valor de los activos, y como referente y criterio, debe guiar la adopción las decisiones dentro del concurso, especialmente de la administración concursal y del juez del concurso, en cuanto órganos del concurso³⁶.

No obstante la claridad de este planteamiento, es necesario formular algunas precisiones. En primer término, el interés del concurso debe asociarse al interés *«colectivo»* de los acreedores del concurso, y no individual de cada uno de ellos o de algunos de ellos³⁷; en segundo lugar, se trata de una finalidad esencial, que puede coexistir con otras, especialmente de carácter no

³⁵ PALOMAR (2003), p. 19; LOPEZ (2011), p. 97; GARCÍA (2011), p. 28, y GARCÍA-CRUCES (2011), p. 248.

³⁶ ARANGUREN (2013), p. 430.

³⁷ AJM N° 10 de Barcelona, s/núm. de 10.3.2014 (concurso Tecus Plásticos, S.L.; s/ref.). En él se plantea, con referencia a las alegaciones que habitualmente hacen los titulares de créditos con privilegio general, como es la AEAT, en este caso: *«Como ya se ha dicho en el Auto aprobatorio del Plan de Liquidación de esta misma fecha, el Juez del concurso debe velar por los intereses generales del concurso y de todos los acreedores, entre ellos y fundamentalmente los trabajadores, y no solamente por los intereses de unos pocos acreedores, por mucho que estos sean titulares de créditos con privilegio general»* (fund. der. tercero).

esencial; y en tercer lugar, una cosa resulta ser la finalidad de pago y otra la forma o medios a través de los cuales dicha finalidad puede ser alcanzada, puesto que ella puede obtenerse recurriendo a diversos instrumentos, que deberán preferirse unos a otros según la idoneidad de los mismos para lograr tal finalidad.

Desde esa última perspectiva, una lectura adecuada impide confundir la finalidad concursal de pago de los acreedores con un medio en particular de satisfacer los créditos. Asociar, por ejemplo, los conceptos de concurso y finalidad de pago de la colectividad crediticia, por una parte, con la liquidación individual de los bienes del concursado, constituiría un despropósito contrario a cualquier construcción racional de un derecho concursal contemporáneo³⁸. La mayor satisfacción posible de los acreedores puede alcanzarse por diversos medios, los cuales deberán preferirse unos a otros, precisamente, según grado de maximización del valor del activo que supone cada uno de ellos.

En efecto, esa finalidad esencial, al igual que los principios informadores del derecho concursal, debe orientar la interpretación y aplicación de las distintas instituciones y herramientas que prevé la legislación concursal y, en especial, de los remedios o institutos solutorios que consagra para hacer frente a la situación de insolvencia del concursado y de las instancias que prevé para asegurar la eficacia y legalidad de los mismos³⁹. En este sentido, el convenio concursal, como uno de los remedios concursales a la crisis de empresa, debe buscar, en definitiva, la satisfacción conjunta y equitativa de los acreedores como colectividad crediticia. A través del convenio, las partes involucradas en la solución concursal pueden adoptar todas las medidas conducentes al propósito final de pagar a los acreedores concursales, dentro del marco legal en vigor, que van desde las imperativas proposiciones de *quita y espera*, hasta todas aquellas que no estando expresamente prohibidas por la legislación concursal, puedan ser conducente a dicho fin. Lo mismo puede predicarse, *mutatis mutandis*, con relación a la liquidación.

En cuanto finalidad esencial no es excluyente *per se* de otros propósitos y finalidades que pueden ser alcanzados por medio de las instituciones concursales, permitiendo el adecuado

³⁸ Tradicionalmente, el procedimiento de pago de los créditos de los acreedores concurrentes se ha centrado en la realización universal de los bienes del concursado y, principalmente, con el producto de la liquidación del patrimonio del deudor en una instancia de enajenación particular de sus bienes. Las soluciones esencialmente liquidatorias se alzaron históricamente como el *medio* más directo y expedito para alcanzar la finalidad satisfactoria de los créditos concursales.

³⁹ TIRADO (2009), págs. 1064 y 1066.

diálogo entre el derecho concursal y las distintas áreas del derecho mercantil y del derecho de empresa, en general. Planteada la premisa de que la finalidad esencial del concurso es el pago de los acreedores, cuyos intereses han sido colectivizados mediante el procedimiento de comunicación y reconocimiento de sus créditos, la discusión se ha presentado en la construcción de idea de conservación y continuidad de la empresa concursada como finalidad subsidiaria o accesoria del concurso.

2.2. Conservación y continuidad de la empresa o de sus unidades productivas ¿medio o finalidad?

Si la finalidad de pago ha sido clásicamente el fin, por definición, del derecho concursal, su posición de exclusividad dentro de los intereses que orientan al concurso ha sido afectada por la irrupción de otras finalidades que, con mayor o menor intensidad, vienen siendo recogidas en las legislaciones concursales de los distintos países, especialmente, desde mediados del siglo veinte. La Ley Concursal no ha sido ajena a ese proceso, reconociendo, en este sentido, una finalidad de conservación en el concurso. Su exposición de motivos declara al respecto, en alusión al convenio concursal, que:

«La finalidad de conservación de la actividad profesional o empresarial del concursado puede cumplirse a través de un convenio, a cuya propuesta se acompañará un plan de viabilidad. Aunque el objeto del concurso no sea el saneamiento de empresas, un convenio de continuación puede ser instrumento para salvar las que se consideren total o parcialmente viables, en beneficio no sólo de los acreedores, sino del propio concursado, de los trabajadores y de otros intereses. El informe preceptivo de la administración concursal es una garantía más de esta solución» (EM, VI, vii).

Lo mismo se predica en torno a la liquidación concursal:

«Aun en este último caso, la ley procura la conservación de las empresas o unidades productivas de bienes o servicios integradas en la masa, mediante su enajenación como un todo, salvo que resulte más conveniente a los intereses del concurso su división o la realización aislada de todos o alguno de sus elementos componentes, con preferencia a las soluciones que garanticen la continuidad de la empresa» (EM, VII, v).

Antes de avanzar sobre la idea de una finalidad de continuidad en el ámbito concursal, debemos señalar que ella no sólo estaría referida a la empresa como un todo, como un conjunto, sino también a la continuidad de algunas de sus unidades productivas susceptibles de ser conservadas. Por esa razón, dedicaremos algunas líneas a conceptualizar la empresa y lo que podemos entender como unidades productivas o económicas.

2.2.1. Concepto de empresa

Desde un punto de vista socioeconómico, la empresa, como ente dinámico, puede ser considerada como un fenómeno unitario que comprende la organización del capital y del trabajo, destinada a la producción o mediación de bienes y servicios⁴⁰. En este sentido, la empresa la conforman el conjunto agregado de bienes y derechos organizados por la actividad del empresario⁴¹.

La normativa concursal, por su parte, no considera una definición de lo que comprende dicho vocablo, como sí lo hacen otros cuerpos normativos concursales del Derecho comparado⁴².

⁴⁰ VICENT (2010), p. 305. También en VILATA (2008).

⁴¹ ALONSO (2010), p. 569.

⁴² El *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas* de Portugal considera un concepto de empresa para los efectos de esa ley, referida a toda organización de capital y de trabajo destinada a ejercer cualquier actividad económica («*Noção de empresa. Para efeitos deste Código, considera-se empresa toda a organização de capital e de trabalho destinada ao exercício de qualquer actividade económica*». Art. 5º CIRE).

El Derecho concursal brasileño, por otra parte, si bien no contiene una definición dentro de la normativa concursal, si contiene un concepto de empresa en el Código Civil, que data del año 2002, que sirve de referencia supletoria a los efectos concursales («*Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços*» [art. 966 Código Civil del Brasil]).

Conforme al referido artículo 966, cuyo contenido habría sido considerado durante la tramitación legislativa de las normas concursales, se considera empresario a quien ejerce profesionalmente una actividad económica para la producción o distribución de bienes o servicios. Conforme a ello, la actividad empresarial supone la coordinación u organización económica de diversos factores productivos, como el capital, el trabajo y las materias primas, para la producción de bienes y servicios para el mercado (DE MELLO; 2008, p. 5 y 189; ULHOA; 2011, p. 45).

Otros sistemas jurídicos han optado por definiciones más bien de carácter funcional, que no describen en lo esencial lo que entienden por empresa a efectos concursales. La *Legge Fallimentare* comienza su articulado precisando que quedan sujeto al *fallimento* y al *concordato preventivo*, el empresario que ejerce una actividad comercial, con exclusión de los entes públicos («*I. Sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori che esercitano una attività commerciale, esclusi gli enti pubblici...*» [Art. 1.I LFI]).

La Ley de Insolvencia y Reemprendimiento de Chile, por su parte, contiene en su artículo 2º un conjunto de definiciones, funcionales a su aplicación, dentro de las cuales se considera el término «empresa deudora», que de manera muy amplia comprende a toda persona jurídica privada, con o sin fines de lucro, y a toda persona física contribuyente del impuesto de primera categoría o del número 2) del artículo 42, de la Ley sobre Impuesto a la Renta chilena. Las personas jurídicas privadas en Chile corresponden a las sociedades y a la empresa individual de responsabilidad limitada. Las personas naturales, aquí, comprendería, por una parte, a los contribuyente de primera categoría, esto es, a personas naturales que obtienen rentas del capital y de empresas comerciales, industriales y mineras, entre otras; y por otra parte, también considera a las personas naturales que

La Ley Concursal, tal como lo declara su exposición de motivos, avanzó dando término a la clásica e histórica distinción del Derecho del quiebras, entre «*comerciantes*» y «*no comerciantes*» (EM, II, iii), para aplicarse a cualquier deudor, tenga o no tal carácter, sea persona natural o jurídica (art. 1º LC). No obstante, en vista de la preferencia por una realización unitaria o en bloque de los bienes que conforman la masa activa del concurso, adquieren especial importancia los conceptos de empresa y de unidad productiva. Respecto de la primera las referencias son variadas y en diversidad de formas. En ocasiones la LC se refiere a ella como la «*empresa*» o «*empresas*» (arts. 13, 31, 33, 43, 44, 64, 75, 93, 118, 146 bis, 149, 172, 178 bis LC), y en otras ocasiones empleando otros términos, tales como: «*empresarios*» (art. 64, 231, 232 LC), «*actividad empresarial*» (arts. 5 bis, 33, 43, 44, 45, 55, 56, 71, 71 bis, 84, 100, 142, 146 bis, 178 bis, 235, 236 LC), «*grupo de empresas*» (arts. 6, 28, 93 LC), «*unidad empresarial*» o «*conjunto empresarial*» (art. 64 LC). A ello se une la especialidad que se presenta respecto de aquellas personas naturales «*no empresarias*» (art. 242 bis LC). En el caso de las personas naturales, la LC precisa el término «*persona natural empresario*», a propósito de los acuerdos extrajudiciales de pago, en el citado artículo 231 de la LC, subsumiendo bajo este concepto no solamente aquellos que tuvieran tal condición de acuerdo con la legislación mercantil, sino igualmente a aquellos que ejerzan actividades profesionales o tengan aquella consideración a los efectos de la legislación de la Seguridad Social, así como los trabajadores autónomos. El referido artículo 231 de la LC, nos permite advertir que el concepto de «*empresa*» y sus derivados, que en principio está utilizando la normativa concursal está recogido, por tanto, de la legislación mercantil, salvo para referirse precisamente a la persona natural empresario, como indica la norma.

En la perspectiva del derecho mercantil, el concepto de empresa constituiría un término equívoco, o *plurívoco*, que puede entenderse, en un sentido de empresa/sujeto, también como empresa/establecimiento, o como empresa/actividad y empresa/patrimonio. En cuanto sujeto, la voz empresa y empresario tiene, también, varios sentidos, según la amplitud que se dé a estos vocablos, atendiendo a la actividad que el sujeto puede desarrollar. En un sentido más amplio, estaría referido a todos los operadores económicos que actúan autónomamente o bajo responsabilidad propia en el mercado. En este concepto amplio, serían empresarios los comerciantes, los trabajadores autónomos y los profesionales titulados en el ejercicio libre. En un sentido menos amplio, la voz empresa estaría referida a quienes ejercen una

obtienen ingresos provenientes del ejercicio de las profesiones liberales o de cualquiera otra profesión u ocupación lucrativa no comprendida en la primera categoría o que puede ser trabajador dependiente.

actividad empresarial mercantil, excluyendo a los profesionales titulados. Ya en un sentido restringido, la empresa y el empresario estarán referidos al comerciante o empresario mercantil. Por otra parte, en cuanto establecimiento, la empresa conformaría una organización socioeconómica, objeto de derechos y susceptibles de transmisión unitaria y de garantía real. La empresa como actividad empresarial constituiría el esfuerzo de concurrir al mercado con bienes y servicios.

Por último, siguiendo esos criterios, la empresa también puede ser conceptualizada desde una perspectiva patrimonial, que resulta de especial relevancia para los efectos de nuestro examen de la Ley Concursal, como organización integral de todos los activos y pasivos y de todos los establecimientos pertenecientes al empresario, en cuanto sujeto de derecho, y que este puede transferir y también transmitir globalmente a través de contratos de transmisión de activos y pasivos o por medio de modificaciones estructurales traslativas, como la fusión, la escisión o la cesión global de activo y pasivo⁴³.

Como la idea de empresa en un sentido patrimonial estaría haciendo referencia al conjunto de bienes que el empresario destina al proceso productivo y reflejan el activo de la masa del concurso, la definición o precisión de sus límites no resulta tan apremiante como cuando nos referimos a una parte de la misma, entendida como unidad productiva. Con todo, la idea de empresa es un elemento gravitante en las soluciones concursales del convenio y la liquidación. El artículo 100, apartado 2, de la LC, referente al contenido de la propuesta de convenio, hace referencia a proposiciones de enajenación 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». Este concepto de empresa o «actividad empresaria» del concursado, se recoge nuevamente en el apartado 5, del citado artículo 100 de la LC⁴⁴. Por su parte, los artículos 146 bis, 148.1 y 149.1.1ª de la LC, en la fase de liquidación, se refieren también a la enajenación unitaria del «conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes y servicios» del concursado.

⁴³ Teoría de los «tres círculos concéntricos». VICENT (2010), págs. 145-147, y 304,

⁴⁴ El apartado 2 del artículo 100 de la LC, supone, en su primer párrafo, que el deudor es una sociedad, al referirse a proposiciones consistentes en ofertas de conversión del crédito en acciones, participaciones o cuotas sociales, obligaciones convertibles, créditos subordinados, en créditos participativos, en préstamos con intereses capitalizables o en cualquier otro instrumento financiero de rango, vencimiento o características distintas de la deuda original. Lo mismo que su apartado 3, al referirse a la posibilidad de fusión, escisión o cesión global de activo y pasivo de la persona jurídica concursada.

Debemos considerar que los términos empleados por la Ley Concursal para referirse a la empresa no se refieren a la simple base física del negocio, sino que, sobre todo, al conjunto de bienes, derechos y servicios, en la forma y contenido antes señalados, cuya transmisión conjunta se postula como la alternativa más favorable para los intereses del concursado, de sus acreedores y de los trabajadores dependientes del empleador concursado, tanto en el ámbito del convenio, en concordancia con lo señalado en el 100 de la LC, como de la liquidación, según puede apreciarse en los artículos 43, 148, 149.1.1ª de la LC, y en el apartado 4 del mismo último artículo. Ello, sin perjuicio de lo digamos, en su momento, sobre el efecto de las reformas efectuadas a la Ley Concursal, por parte del Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, y la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal⁴⁵.

2.2.2. Concepto de unidad productiva

Al igual que ocurre con el término «*empresa*», la normativa concursal no da una definición de lo que entiende por «*unidad productiva*», a pesar de las múltiples referencias directas que hace a ella a través de su articulado (*v.gr.*, arts. 43.4; 75.2.5º; 100.2; 146 bis; 148.1; 149.1.1ª, 3ª, 2 y 3; 191.7, y 191 ter.4 de la LC) y habida consideración de la importancia que tiene en la materialización de las soluciones concursales, como tendremos ocasión de apreciar, que hoy nadie discute y que ha sido la base de emblemáticos concursos como los de *Cacaolat* o *Fagor*, por mencionar algunos. Han sido la jurisprudencia y la doctrina los llamados a dar cuerpo a este concepto jurídico de contenido indeterminado, y en cuya construcción no sólo convergen elementos de significación jurídica, sino también, y sobre todo, de carácter económico y social.

Sin perjuicio de las observaciones o comentarios que particularmente hagamos en el desarrollo posterior de este trabajo, con relación a la idea de «*unidades productivas de bienes y servicios*», como las denomina la LC, o «*unidades productivas de bienes y servicios integrados a la masa*», según expresión empleada por su exposición de motivos, creemos que se debe fijar como premisa en la construcción de su concepto y en el delineamiento de sus cualidades o

⁴⁵ El Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal fue convalidado por el Congreso y tramitado posteriormente como proyecto de ley, dando lugar a la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, que ha entrado en vigor el 27 de mayo de 2015, que introduce importantes modificaciones en materia de liquidación y convenio, y también en la regulación de los acuerdos de financiación y calificación concursal.

características, que ello ha de ser realizado con un carácter funcional al concurso y la finalidad y principios que lo orientan.

En ese afán podemos considerar, por un lado, una norma de carácter extraconcursal pero de especial incidencia concursal, como es el artículo 44.2 del ET, y por otro, el artículo 149.4 de la propia LC. Ello sin olvidar que de acuerdo al artículo 57 bis del ET, en caso de concurso, a los supuestos de sucesión de empresa, se aplicarán las especialidades previstas en el la LC⁴⁶.

El Estatuto de los Trabajadores dispone, en la norma citada:

«2. A los efectos de lo previsto en el presente artículo, se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorio».

Por su parte, el apartado 4 del artículo 149 de la LC, luego de ser modificado por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, previene, en lo pertinente a estos comentarios:

«4. 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 accesorio, se considerará, a los efectos laborales y de Seguridad Social, que existe sucesión de empresa (...).».

De esa manera, utilizando la expresión «entidad económica», el ET y la LC han delimitado una realidad económica mínima para efectos de determinar que existe sucesión empresarial. Se puede entender, entonces, que para que la transmisión de una entidad económica conlleve dicha sucesión debe mantener una entidad mínima reflejada en el hecho de que pueda seguir siendo vista como «un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorio» (art. 44.2 ET). La norma concursal recoge ese concepto para imponer la sucesión de empresa tanto a efectos laborales, en concordancia con el artículo 44.2 del ET, como a efectos de la Seguridad Social.

A partir de esas prevenciones, podemos formular un concepto de unidad económica como unidad de negocio con actividad productiva, susceptibles de ser gestionada y, en su caso, de

⁴⁶ El tenor del artículo 57 bis del ET es el siguiente: «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».

ser transmitida de modo autónomo, y que debe ser omnicomprendiva de todos aquellos elementos que conforman una unidad de esta especie, haciendo referencia no sólo a los elementos puramente materiales, sino también a aquellos elementos inmateriales, como la clientela, expectativas de venta, etc., que permitan dicha continuidad a través del plan de negocios que pretenda desarrollar el titular o, en caso de transmisión, el adquirente de la unidad productiva.

Esas referencias al contenido de la unidad productiva, la jurisprudencia ha expresado, como exigencias al momento de definir la existencia de una unidad productiva, que se incluya dentro del bloque o activos afectos a la unidad productiva todos aquellos que por su naturaleza son necesarios para que dicha unidad pueda funcionar por sus propios medios, tal y como venía haciéndolo históricamente. En otras palabras, la venta de una unidad productiva exige considerar un conjunto de bienes y derechos y de medios materiales o personales aptos para mantener o reemprender una actividad productiva⁴⁷.

Conforme a ello, la unidad económica, usando la terminología fiscal, debe comprender el conjunto de elementos del activo y pasivo de un empresario, susceptibles de funcionar como un todo organizado por sus propios medios, al margen de resto del patrimonio de aquél. Esta característica permite identificar y diferenciar una unidad económica, ya no sólo con respecto a un establecimiento mercantil en sentido estricto, sino con relación a otras formas de organización autónoma. Incluso, podemos hablar de unidad económica simple, cuando se trate de un conjunto de elementos patrimoniales mínimamente interrelacionados funcionalmente, aunque, en ningún caso, meros paquetes tecnológicos; o de unidad económica compleja, cuando estemos ante un conjunto organizado de varias empresas o establecimientos mercantiles⁴⁸.

Es necesario advertir, igualmente, que la unidad productiva no es el resultado de una simple separación de algunos bienes o derechos del conjunto empresarial. La pretensión del

⁴⁷ El Juzgado de lo Mercantil N° 1 de Vitoria-Gasteiz (auto núm. 265/2014, de 28.11.2014; concurso ordinario núm. 183/2014, de Celaya, Emparanza y Galdós Internacional, S.A.), destaca en la venta de unidades productivas que «[s]e trata de adquirir también los signos distintivos, marcas patentes, derechos de propiedad industrial e intelectual, diseños y todos aquellos otros elementos distintivos de la actividad adscritos a estas divisiones. Igualmente, todo el know how relacionado con los signos distintivos indicados y con el propio producto fabricado bajo los mismos, en soporte informático o papel, todos los planos, diagramas, despieces necesarios o convenientes para la fabricación de la totalidad de los productos existentes en el actual catálogo».

También, en ese sentido: AAP de Álava (secc. 1ª), núm. 136/2010, de 1.12.2010 (AC 2011\913), y SJM N° 8 de Barcelona, núm. 221/2014, de 6.11.2014 (JUR 2015\19911).

⁴⁸ GARNACHO (2013), págs. 266-267.

legislador no es transmitir bienes aislados, por muy alto o importante que sea su valor económico. La transmisión de unidades económicas obedece a la necesidad de que se pueda adquirir en forma unitaria el conjunto organizado de bienes del deudor, que le permita cumplir con la expectativa de continuar con la explotación económica de los mismos, que conserve el valor empresarial y los puestos de trabajo, y, de esa manera, se asegure el pago de los acreedores concursales en la forma más eficiente y completa posible; y en tal sentido conformarán una unidad económica el conjunto de bienes que desde el punto de vista de la actividad económica de que se trate sean susceptibles de generar o mantener una explotación autónoma y capaz de producir bienes y servicios por sus propios medios separados de la empresa a que pertenecen⁴⁹.

Con lo anterior, queremos decir que en el ámbito concursal, tal como lo ha ido definiendo la jurisprudencia, es necesario que la unidad productiva del concursado que se pretende vender o enajenar revista ciertas características que son funcionales a los propósitos o finalidades que la LC ha ido imputando a los procesos concursales, más allá de la finalidad esencial de pago de los créditos de los acreedores del concurso. Nos referimos a esa finalidad de conservación del entramado productivo y de los puestos de trabajo cuando ello es factible y viable económicamente. En este sentido, para la venta de la unidad productiva es supuesto que ella exista como tal en tanto conjunto de medios organizados susceptibles de llevar a cabo una actividad económica. Pero los criterios que la jurisprudencia ha elaborado exigen no sólo que los bienes se presenten organizados sino que estén en funcionamiento, esto es, que el deudor no hubiera cesado en su actividad, de modo que excluida la continuidad de la empresa y extinguidos los contratos de trabajo, no está llamada a regir con imperatividad la regla de la venta unitaria⁵⁰. La apreciación favorable de la venta de una unidad productiva

⁴⁹ RIPOL (2014), págs. 360 y 371.

⁵⁰ AAP de Barcelona (secc. 15º), núm. 196/2006, de 1.6.2006 (Concurso Industria Aparechiatura Refrigerante Ibérica S.A.; JUR 2009, 176530). Dicha resolución, conociendo de una apelación en contra de auto del Juzgado de lo Mercantil Nº 1 de Barcelona, que había aprobado un plan de liquidación propuesto por la administración concursal en el que se había considerado la enajenación de cinco unidades productivas, no obstante que, como había expuesto la misma administración concursal «... en su día fueron extinguidos los contratos de trabajo de la totalidad de la plantilla y que no era posible en este caso dar cumplimiento a la previsión del art. 148.1 LC, que procura la enajenación unitaria del establecimiento fabril de la concursada, ya que no es previsible que el comprador final siga utilizando los bienes de producción con la finalidad de mantenerse en el sector; por resultar antieconómico. No obstante, y atendiendo al propósito de liquidación por el mejor precio posible, el Plan respetaba el espíritu del mencionado precepto y, a tales efectos, se habían formado cinco lotes atendiendo a las diferentes unidades productivas».

Frente a dicho predicamento, la Audiencia Provincial de Barcelona, en el auto citado, que es uno de los primeros en tal sentido, señala que: «[e]s cierto que, excluida la continuidad de la empresa y extinguidos los contratos de trabajo, no está llamada a regir con imperatividad la regla de venta unitaria del art. 148.1 ni la supletoria establecida por el art. 149.3 LC, que da preferencia a aquellas ofertas de compra que "garanticen la continuidad de la empresa o en su caso de las unidades productivas,

considera, por ende, que ella aún siga funcionamiento al momento de presentarse la alternativa de su venta, a pesar de la insolvencia y crisis económica que enfrenta el deudor⁵¹. De ese modo, el cese de la actividad de la concursada excluiría la posibilidad de enajenar el patrimonio de la concursada como un todo, por la escasa viabilidad de la misma y por perjudicar los intereses del concurso⁵².

Podemos recoger la conceptualización que recientemente se ha formulado en un auto del Juzgado de lo Mercantil N° 6 de Madrid. Una unidad productiva estará conformada por «...la totalidad de los bienes de cualquier naturaleza organizados alrededor de una actividad empresarial o profesional concreta, y unidos a la misma de un modo estable, inseparable y permanente, presentando cierta autonomía respecto al resto de los bienes del deudor; habiendo señalado recientemente los Tribunales que siendo

y de los puestos de trabajo", principios que la norma concilia con "la mejor satisfacción de los créditos de los acreedores", y que justificarían el Plan Social» (fund. der. cuarto).

También, AJM N° 1 de Donostia – San Sebastián, s/núm., de 3.6.2014 (concurso Fagor; s/ref. Fund. der. cuarto).

⁵¹ AJM N° 1 de Madrid, S/Núm., de 27.04.2005 (concurso Dorlast, S.L; AC 2005\1129). Dentro de los activos cuya enajenación postuló la administración concursal se encontraba la unidad productiva denominada «*Dorwin*» que «...sita en la localidad de Agoncillo (La Rioja) se encuentra en funcionamiento» Precisamente la administración concursal justifica la necesidad de la venta de activos de las entidades concursadas en la continuidad del ejercicio de la actividad social en el ramo de negocio, teniendo en cuenta para ello, además, que en ella «*existe una plantilla de trabajadores realizando las prestaciones para las que fueron contratados*».

⁵² AAP de Cáceres (secc. 1ª), núm. 51/2007, de 14.3.2007 (concurso Waechtersbach Española, S.A.; JUR 2007\264697), APP de Madrid (secc. 28ª), núm. 106/2010, de 16.7.2010 (AC 2010\1283), y AJM N° 7 Madrid, s/núm., de 15.1.2009 (concurso Fórum Filatélico, S.A.; Autos 209/2006).

En el auto de la Audiencia Provincial de Madrid, que recae sobre la apelación deducida en contra del citado AJM N° 7 Madrid, s/núm., de 15.1.2009, se analizan algunos de los extremos que lleva envueltos la venta de unidades productivas. El tenor del fundamento de derecho cuarto expresa:

«Ciertamente, la Ley Concursal, dando cabida a una inveterada aspiración de la doctrina concursalista, prioriza la opción de la enajenación de la empresa como un todo o, al menos, de las unidades productivas (esto es, con entidad suficiente para su aprovechamiento empresarial independiente) que la integran, habida cuenta el valor añadido que ello entraña y como medio para hacer posible la continuación de la actividad empresarial, con todos los beneficios que esto último comporta. Ahora bien, ello aparece condicionado a que "sea factible", como indica el artículo 148.1 de la Ley Concursal, precepto que, sin embargo, ninguna pauta facilita para apreciar la factibilidad de la operación. De esta manera, la cuestión se sitúa en el terreno de la discrecionalidad (que no arbitrariedad) de la administración concursal y, en último término, del juez del concurso, lo que comporta un deber de motivación de la decisión que se tome y la validación de las razones aducidas desde la perspectiva del mayor beneficio para los intereses del concurso».

Siguiendo con su línea de análisis, la Audiencia Provincial de Madrid sitúa el examen de la procedencia de la venta de la unidad productiva en factibilidad económica de la propuesta, agregando que «*En este sentido, resulta estéril exigir, como hace la recurrente, que la decisión de no proceder a la enajenación de la empresa en bloque o de las unidades productivas que la integran se funde en argumentos jurídicos; los parámetros de la decisión (rentabilidad, conveniencia, oportunidad, en ocasiones con un fuerte componente prospectivo) corresponden a otro plano, por supuesto dentro del pleno respeto al ordenamiento jurídico. Así las cosas, las razones ofrecidas por el juez del concurso en su resolución para considerar que no resulta factible en el sentido apuntado la enajenación unitaria propugnada por la parte recurrente (por cierto, sin especificar qué unidades productivas, de descartarse la enajenación del todo, deberían ser objeto de esta previsión) son perfectamente atendibles, sin que se descubran motivos para contradecirlas ni se hayan aportado elementos de juicio objetivos y constatables que corroboren el parecer en contrario de la parte recurrente, quien esgrime como único aval de sus tesis una, cuando menos, poco confiable oferta de una enigmática entidad extranjera, formulada después de la aprobación del plan de liquidación con modificaciones por el juez de primera instancia, circunstancias todas ellas que privan al hecho de la existencia de tal oferta del valor apodíctico que se le atribuye*».

*un concepto impreciso puede identificar como un conjunto de medios organizados con el fin de llevar a cabo una actividad económica y 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 empresariales*⁵³.

Los referentes de esa definición están dados, entre otros, por los criterios de la doctrina jurisprudencial acerca de que la unidad productiva está conformada por bienes cuya pertenencia a aquella viene dada por su relación con el proceso productivo de la unidad productiva en cuanto está destinado a su uso en la producción o suministro de bienes o servicios⁵⁴ o por el hecho de servir de forma duradera en la actividad productiva de la empresa y que no se trate de bienes destinados a la venta⁵⁵. Con todo, es posible encontrar resoluciones que con un criterio más económico, han atribuido la pertenencia por el destino del bien a una unidad productiva del concursado o por el carácter simplemente inseparable del bien respecto a tal unidad⁵⁶.

⁵³ AJM N° 6 de Madrid, s/núm., de 22.5.2015 (concurso Neumáticos El Val; Roj: AJM M 67/2015 - ECLI:ES:JMM:2015:67A).

⁵⁴ AAP de Madrid (secc. 28ª), núm. 19/2013, de 1.2.2013 (concurso Ferris Hill, S.L.; Roj: AAP M 1835/2013 - ECLI:ES:APM:2013:1835A). En uno de sus considerando, la resolución indica: «*El problema radica, por lo tanto, en esta apelación en constatar si el bien objeto de la ejecución hipotecaria merecería o no la consideración de bien afecto. La afectación es una condición que el juez del concurso debe ir asignando en cada caso en función de las circunstancias que en la práctica resulten concurrentes. En principio, merecería tal consideración si se tratase de un bien relacionado con la organización profesional o empresarial del deudor concursado o con las necesidades del proceso productivo de su empresa (destinado a su uso en la producción o suministro de bienes y servicios)*» (fund. der. quinto).

⁵⁵ AAP de Barcelona (secc. 15ª), núm. 125/2011, de 19.7.2011 (concurso Sorodesan, S.L.; Roj: AAP B 5457/2011 - ECLI:ES:APB:2011:5457A): «*[e]n el caso presente, sin embargo, aunque la concursada continúa su actividad, no se da la segunda circunstancia, ya que las dos viviendas están terminadas y la tercera finca es una porción de suelo rústico. Las tres se contabilizan como activo circulante y su destino es la venta a terceros. No puede admitirse, concurriendo estas circunstancias, que se trate de bienes afectos a la actividad productiva de bienes que constituye el objeto de la empresa explotada por la concursada, pues su función y destino no es servir o contribuir de forma más o menos prolongada o permanente al desarrollo de su actividad, como elementos que contribuyen al curso o desenvolvimiento normal de la misma, sino que, terminada la fase productiva, están destinados a la venta. Su función, en definitiva, no es la de permanecer en el patrimonio social con el fin de mantener, posibilitar o contribuir a la actividad empresarial. De ahí que no merezcan la cualidad a que se refiere el art. 56.1 LC para imponer el plazo de espera*» (fund. der. tercero).

Debemos considerar, no obstante, que con un criterio más económico, se atribuyó la pertenencia de los bienes a la unidad productiva por el destino de los mismos, que hace más laxo y menos definida la conformación de una unidad productiva en los términos en que lo hemos venido señalando. Véase, *v.gr.*, AAP de Alicante, (secc. 8ª), núm. 182/2009, de 18.12.2009 (concurso Alimar Europa, S.L. y Vallelitoral, S.L.; Roj: AAP A 247/2009 - ECLI:ES:APA:2009:247A), criterio que permite atribuir la cualidad de afecto a las existencias, incluidas las promociones inmobiliarias finalizadas. El auto declara: «*Rechazamos por tanto la tesis de que las viviendas resultado de la actividad empresarial de la concursada en ningún caso son un medio para conseguir el mantenimiento dicha actividad o, lo que es lo mismo, que su ejecución hipotecaria no interrumpiría la actividad empresarial de la concursada pues, dado que en el caso los inmuebles objeto de la ejecución solicitada están dispuestos para la venta y por tanto, son existencias de la mercantil concursada derivadas de lo que constituye el objeto empresarial, están destinadas a generar beneficios a la misma, es decir, estamos ante activos empresariales vinculados a la explotación y, por tanto, afectos a la misma*» (fund. der. cuarto).

⁵⁶ SAP de Jaén (secc. 1ª), núm. 150/2012, de 23.5.2012 (concurso Chatarras y Reciclajes Plaza; Roj: SAP J 1223/2012 - ECLI:ES:APJ:2012:1223). Allí se puede leer: *[a]sí pues, se trata de un bien efecto y sujeto a la limitación*

Por último, recogemos algunas consideraciones, que se tuvo presente en el auto de 19 de diciembre de 2013, del Juzgado de lo Mercantil N° 1 de Donostia – San Sebastián (fundamento de derecho cuarto), en el concurso de Fagor, para desestimar la venta como unidades productivas de dos activos de la concursada, SAT y Edesa, y que recoge algunas de las ideas que hemos expresado en este apartado, partiendo de la base, como declara el auto, que la noción de unidad productiva *«es una noción aparentemente imprecisa, pero que se puede identificar como un conjunto de medios organizados con el fin de llevar a cabo una actividad económica y 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»*⁵⁷.

Una de las propuestas de venta se relacionó con la unidad denominada SAT (Servicio de Asistencia Técnica), que el juez del concurso desestimó como unidad productiva por cuanto, señala el magistrado, *«carece del necesario requisito de independencia en relación con el resto del patrimonio empresarial; no deja de ser, como deriva de su naturaleza un servicio de asistencia o accesorio a un producto con una marca; no tiene propiedad o derechos sobre esta marca. Por lo demás, es difícil hablar de unidad productiva cuando estamos tratando de una red de asistencia técnica compuesto por empresas ajenas a Fagor, a excepción de algunas con las que Fagor tiene alguna participación; es decir, no estaríamos hablando de activos físicos de la concursada sino de posiciones contractuales en una red asistencial; estas posiciones contractuales podrán ser objeto de transmisión también en el marco de una venta unitaria si se considera beneficioso y así lo quiere el adquirente, pero no son susceptibles, por sí, de ser apreciados como una unidad productiva, sino como relaciones contractuales accesorias para el funcionamiento de las unidades productivas de FAGOR»*.

Otra de las unidades de Fagor en análisis fue Edesa. La administración concursal, sobre la base de un análisis económico y comercial de la explotación de la marca, desaconsejaba la

temporal del artículo 56 de la Ley Concursal, como muy bien justifica el Juzgador de instancia, debiendo de tenerse en cuenta al respecto que ello no se trata de una medida dirigida a castigar a determinados titulares crediticios sino a mantener la integridad de la masa activa para asegurar así la actividad profesional o empresarial del concursado, al menos temporalmente, para que no se frustren las posibilidades del convenio que es en principio la solución normal del concurso y buscada por el legislador como medio para alcanzar la satisfacción de los acreedores en los supuestos de insolvencia del deudor común». Agregando que: «[a] respecto se entiende que siempre habrá de tenerse en cuenta como guía la idea del destino del bien. Un bien sería afecto a la actividad profesional o empresarial, o a una unidad productiva del concursado, cuando un bien fuese inseparable del destino, entendido como fin u objetivo de la misma actividad o unidad profesional productiva». Y que el caso se trata de «...una máquina manipuladora, excavadora, y la actividad empresarial de la concursada es, chatarrería y reciclaje, de lo que es evidente que se deduce su afición y además la empresa sigue activa, y de ello en efecto debió cerciorarse la parte actora a través de los cauces procedimentales que marca la Ley, lo que no realizó, ya que pudo plantear la cuestión ante el Juez del concurso o la administración concursal» (fund. der. primero).

⁵⁷ AJM N° 1 de Donostia – San Sebastián, s/núm., de 3.6.2014 (concurso Fagor; s/ref.).

venta de Edesa como unidad productiva. El juez del concurso, acogiendo dicho planteamiento, tiene ocasión para reiterar que corresponde a la administración concursal «...formular los juicios de oportunidad económica a la hora de decidir la conveniencia de ventas en bloque o por unidades productivas en función de las características y circunstancias de la actividad de la concursada y, también, lo que es importante, del interés y prioridades que puedan tener posibles adquirentes».

2.2.3. Conservación y continuidad de la empresa y unidades productivas

La afirmación de que el Derecho concursal, histórica y comparadamente, ha tenido a la satisfacción colectiva de los acreedores del deudor insolvente como única finalidad del procedimiento concursal, admite varios matices, especialmente en las legislaciones concursales nacionales dictadas a partir de la segunda mitad siglo veinte, y ha dejado de ser un tema pacífico entre la doctrina comparada. A partir de la post guerra y las crisis económicas la discusión ha oscilado entre la idea de una finalidad de pago como única y exclusiva, pasando por ser considerada como una finalidad primordial pero no excluyente de otras, hasta concepciones más extremas como aquella en que los intereses patrimoniales particulares de los acreedores deben ceder terreno ante otros intereses de mayor significación social.

En ese contexto, la continuidad y conservación de la empresa en crisis puede alzarse como un fin en sí mismo, aunque sea con carácter accesorio o, a lo menos, como un medio privilegiado o preferente para alcanzar la satisfacción de la colectividad crediticia. En cuanto medio, se visualiza que la finalidad de pago de los acreedores concurrentes puede ser alcanzada también a través de vías no *liquidatorias* de la empresa, que no suponen la destrucción de la empresa sino su continuidad. Este tránsito supone un paso más allá de las clásicas fórmulas de los convenios de concesión de nuevos plazo (*convenio de prórrogas o espera*) o de condonación parcial de deudas (*convenios de quitas*). La alternativa de una transmisión de la empresa o de alguna de sus unidades productivas, en el contexto de un concurso, puede constituir un medio viable a través del cual los acreedores pueden alcanzar la satisfacción de sus créditos. En este sentido, como han expresado algunos autores, el concurso es el instrumento legal previsto para la satisfacción de los créditos de los acreedores del concurso,

del modo más eficiente y equitativo posible, a través de medios como la reorganización, transmisión o liquidación de la empresa, según resulte más adecuado⁵⁸.

La discusión ha radicado, en esta evolución, en si la continuidad de la empresa concursada, acordada por los acreedores, mediante un convenio, o dispuesta por la autoridad llamada a administrar y liquidar los bienes del concursado, es sólo un medio idóneo para alcanzar la finalidad histórica del derecho concursal, es decir, como un medio para obtener el pago ordenado de los acreedores bajo un criterio de proporcionalidad o *par condicio creditorum*, o si junto a la finalidad de pago coexiste una finalidad o propósito en sí mismo de continuidad y conservación de la actividad empresarial⁵⁹.

⁵⁸ BELTRÁN (2010), p. 157, y GUTIÉRREZ (2011a), p. 5.

⁵⁹ En el Derecho concursal español, antecedentes de esta pretendida finalidad de continuidad pueden verse, en el ámbito de los convenios, en los artículos 899 y 928 del Código de Comercio de 1885: el primero, al permitir que se evitase la usualmente ruinoso liquidación fragmentaria, facultando, bajo ciertas condiciones, que la junta de acreedores y el quebrado pudieran pactar un convenio para buscar las soluciones alternativas que considerasen oportunas; y el segundo, a facultar a las sociedades anónimas en liquidación acordar con sus acreedores convenio de continuidad o traspaso de la empresa. A lo anterior, se sumó lo dispuesto en el artículo 1056 del Código Civil, avalado por una sentencia del Tribunal Supremo de 13 de Marzo de 1943, que fue entendido una autorización para la cesión de la empresa como un todo. Los convenios más comunes conforme a ello proveían el abandono del activo a los acreedores para que estos procedieran a la liquidación privada, que podía suponer la venta como un todo. Puede decirse que la práctica de la época previa a la Ley Concursal muestra que la liquidación fragmentaria, conforme a las normas de la quiebra, había cedido espacio frente a convenio de liquidación a cuya ejecución era ajeno el juez, y que lo más común era que el contenido del convenio fuera la adjudicación del activo para el pago de los acreedores. Incluso, en sintonía con ello, el Anteproyecto de Ley Concursal de 1983 (§ I) declaraba que la finalidad básica del concurso ya no era la liquidación, sino la conservación del conjunto patrimonial del deudor común, con las modificaciones de estructura y de gestión que resulten necesarias para posibilitar su supervivencia.

La continuidad de la empresa en sede de liquidación concursal, que permitiera la enajenación global o parcial de la empresa del concursado conforme a un plan de liquidación, no fue considerado en el Anteproyecto de Ley Concursal de 2000 de la Sección Especial para la Reforma Concursal de la Comisión General de Codificación, ni en el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001 del Consejo General del Poder Judicial, ni en el Anteproyecto de Ley Concursal de la Sección el Proyecto de Ley Concursal de 2002 (LEG 2002, 1124) del Consejo de Ministros. La posibilidad de contemplar esta forma de enajenación del patrimonio del concursado sólo apareció formalmente durante la tramitación parlamentaria de la LC. El profesor Manuel Olivencia, quien obraba como presidente de la sección especial para la reforma concursal de la Comisión General de la Codificación, expuso durante dicha instancia que el propósito de la proyectada ley no era el instaurar la reestructuración de la empresa o, en otras palabras, el saneamiento a ultranza de empresas, sino el principio de respeto a la conservación de la empresa, que se reflejaba en la circunstancia de que la declaración de concurso no suponía la interrupción de la actividad académica de la concursada, en la posibilidad de alcanzar un convenio de continuidad y, en la fase de liquidación, en la enajenación como un todo para no destruir la o las unidades productivas de bienes de servicios (Diario Congreso, 604, 29-10-2002, pág. 19730).

La idea de mantenimiento de la empresa, que pudiese ser enajenada total o parcialmente en fase de liquidación, vista positivamente por las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación, fue recogida la enmienda número 544 (LEG 2002, 1124 15) presentada por el Grupo Parlamentario Catalán (*Convergència y Unió*). Trayendo a colación la experiencia belga recogida en el artículo 41 de la Ley de 17 de julio de 1997, relativa a los convenios judiciales, que regulaba la transferencia de la empresa, la enmienda propuso que la administración judicial pudiera presentar un plan de realización fragmentaria de los bienes del concurso o de enajenación de la empresa total o parcialmente, caso, éste último, en que debía darse preferencia a las ofertas que asegurasen satisfacción de los acreedores, la continuidad de la empresa y el mantenimiento del empleo (Diario Congreso, 604, 29-10-

La Ley Concursal, a través de su exposición de motivos, expresa que *«la finalidad de conservación de la actividad profesional o empresarial del concursado puede cumplirse a través de un convenio, a cuya propuesta se acompañará un plan de viabilidad»*, calificando que *«... un convenio de continuidad puede ser instrumento para salvar las (empresas) que se consideren total o parcialmente viables, en beneficio no sólo de los acreedores, sino del propio concursado, de los trabajadores y de otros intereses»* (EM, VI, vii). De esta manera, la LC se muestra proclive a una función conservativa del convenio respecto de empresas viables, por los beneficios que ello reporta. Se huye de la idea de un concurso puramente liquidatorio, propias de tesis económicas liberales de autorregulación del mercado, pero también huye, es necesario decirlo, de la irrupción del Derecho público en las crisis económicas que pretende hacer primar los intereses del salvamento de las empresas sobre el crédito de los particulares. En este sentido, no serían equivalentes conservación o continuidad de los conceptos de saneamiento o reorganización⁶⁰.

Lo dicho precedentemente no debe llevarnos a concluir que el convenio deba ser concebido, en el juego de las instituciones concursales, como el único instituto solutorio conservativo del concurso. Una solución de continuidad puede alcanzarse tanto mediante un convenio (art. 100 LC) como también por medio de una liquidación traslativa (arts. 148 y 149 LC), que preserven la empresa en todo o parte⁶¹. Incluso, en algunos extremos, alcanzar tal finalidad mediante la liquidación puede resultar más conveniente frente al convenio, al requerir éste inexcusablemente que no se oponga a la voluntad expresa de la concursada, debido a que el convenio puede aprobarse sin su voluntad, pero no contra ella (art. 128.3 LC), y al exigir como parte de su contenido esencial la condonación o prórroga de parte de los créditos de los acreedores concursales (arts. 104.2 y 100.1 LC). Más aún, es clara la preferencia normativa hacia la liquidación del conjunto de establecimientos, explotaciones y unidades productivas de bienes o de servicios pertenecientes al concursado como un todo del (arts. 43, 44, 55, 56

2002, pág. 19742). Si bien la enmienda no fue recogida en su plenitud, es claro que los artículos 148 y 149 de la LC son en parte fruto de aquella.

⁶⁰ En el caso español, las medidas de intervención pública orientadas hacia la recuperación o salvataje de empresas pueden apreciarse, por ejemplo, respecto de empresas del sector financiero, en las medidas de reconversión industrial adoptadas por la autoridad en la década de los ochenta (CERDÁ [2004]).

⁶¹ El preámbulo del *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas* de Portugal (Sumario, 3), indica que frente a una hipótesis de insolvencia, la mejor satisfacción de los acreedores puede pasar tanto por cierre de la empresa como por su continuidad. Deben ser los acreedores, agrega, quienes en última instancia deben decidir sobre ello. Conforme a ello, se dispone que la satisfacción de los acreedores se basa, en primer término en la recuperación de la empresa comprendida en la masa activa o, en caso de no fuera ello posible, en la liquidación del patrimonio del concursado y el pago entre sus acreedores con el producto de esa realización (art. 1º CIRE).

y 61 LC, en la fase común; y arts. 148 y 149 LC, en la fase de liquidación, y evidentemente en el art. 146 bis de la LC, entre otros).

La razón que explicaría esa prioridad legal de la liquidación unitaria de la empresa en concurso sería el principio de conservación de las empresas o unidades productivas del concursado, que informaría preceptos tanto de la fase común como de la fase de liquidación del concurso, como vino destacando la jurisprudencia de manera uniforme, según apreciaremos en el capítulo de este trabajo sobre la venta de unidades productivas, y que puede ser recogida en un auto del Juzgado de lo Mercantil N° 1 de Vitoria-Gasteiz, que destaca que *«[c]uando se trata de vender en fase común no cualquier activo, sino unidades productivas, entra en juego además la satisfacción de uno de los propósitos de la Ley Concursal, como es la continuidad de la actividad empresarial. Mantenimiento de la actividad y satisfacción de los créditos de los acreedores son las dos finalidades del concurso que el Juez debe equilibrar»*⁶². Un cambio sustancial en esta materia, creemos, se ha producido en materia de venta de unidades de productivas, tras la reforma de la LC por parte de la Ley 9/2015, de 25 de mayo y su precedente, el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre.

Conforme a ese principio de continuidad, se puede evitar la destrucción de la empresa, aunque ello suponga cambiar de empresario. Se espera que el o los nuevos adquirentes puedan continuar la actividad empresarial con más éxito que el concursado y, de esta manera, satisfacer el interés público en su conservación como fuente de comercio, riqueza y empleo. En esta última idea, la conservación estaría orientada a conservar lo conservable, pues así como habría un interés público en conservar la actividad empresarial del concursado, dicho interés también se dirige en hacer cesar aquella actividad que ha dejado de ser productiva y eficiente⁶³. La prioridad legal que presenta la liquidación unitaria del conjunto de establecimiento del concurso o de alguno de ellos, se mantendrá en la medida de que la liquidación fragmentaria no ofrezca para los acreedores un mejor panorama frente a la finalidad de pago. Así, por una parte, es cierto que la venta global o parcial de la empresa del concurso favorece generalmente también a los acreedores, y no sólo al empleo, debido a que una empresa en funcionamiento tiene, en principio, un valor superior que el que presentan sus componentes aisladamente. El patrimonio organizado supone activos inmateriales, como

⁶² AJMN° 1 de Vitoria-Gasteiz, núm. 265/2014, de 28.11.2014 (concurso ordinario núm. 183/2014, de Celaya, Empananza y Galdós Internacional, S.A.), sobre la venta de las unidades productivas de «manganeso», «sistema de energía» y «comercializados de energía y luz», integrados por activos pertenecientes a la concursada y a Cideten Cegasa, S.A.U., también en concurso, en fase común.

⁶³ SIERRA (2011).

la clientela, el nombre comercial, marcas reputadas, equipo de dirección y capital humano, localización, sector protegido, etc., que constituyen un *fondo de comercio* que debiera integrarse en el precio final. Pero, por otra, también es cierto que la señalada prioridad de la venta en globo es una forma de obtener un mayor valor añadido en la liquidación y al mismo tiempo asegurar el mantenimiento de la empresa en crisis, pero ello no significa sacrificar el interés preeminente de los acreedores en aras de un interés general o de carácter social.

Con todo, como adelantamos, la idea de una pretendida finalidad conservativa en el Derecho concursal español no es afirmación pacífica del todo en la doctrina. En opinión de algunos, existen argumentos para concluir que más allá de la declaración expresa de intenciones recogida en la exposición de motivos de la LC, una pretendida finalidad conservativa o de continuidad conlleva el riesgo de comprometer el principio de unidad que orienta los preceptos concursales, al poner el énfasis en el deudor empresa⁶⁴, o que lo expresado en la exposición de motivos obedece más bien a una falta de precisión de parte del legislador, al emplear la expresión «*finalidad de conservación*», puesto que ello no es recogido en el articulado de la LC, y que si bien la finalidad esencial del concurso de satisfacción de los acreedores no impide la conservación de la empresa, ello no convierte a ésta en una finalidad, ni siquiera subordinada a aquella⁶⁵. También, se ha expresado que el reconocimiento de una finalidad de conservación o continuidad negaría la función neutral del derecho concursal y que ello descansaría en una confusión acerca del significado mismo de la finalidad conservativa atribuyendo al derecho concursal un papel de derecho de las crisis económicas⁶⁶.

Lo que sí parece meridianamente claro es que la normativa concursal española se alejaría de la tendencia que han orientado a otros sistemas jurídicos nacionales hacia una finalidad de salvaguarda o saneamiento de las empresas en crisis⁶⁷, que coloca un especial acento en los intereses generales involucrados en las crisis de empresas, con las implicaciones político-económicas que ello conlleva.

⁶⁴ DE LA CUESTA (2004), p. 39 y ss.

⁶⁵ GARNACHO (2009), p. 418 y ss.

⁶⁶ GARCÍA-CRUCES (2011), p. 250.

⁶⁷ Esta opción se descarta expresamente en la exposición de motivos de la Ley Concursal (VI, vii). No obstante, algunos autores han querido atribuir al concurso de acreedores español, regulado en la citada Ley N° 22/2003, una finalidad saneatoria de la empresa en crisis y que lleva a calificar al convenio como una vía de solución conservativa (PULGAR [2004]).

2.3. Recuperación o saneamiento de empresas

En el contexto comparado, a partir del período de entreguerras, especialmente en Europa, se asiste a una mayor sensibilización hacia la conservación empresarial a fin de proteger todos los intereses involucrados en las crisis empresariales, que no sólo comprende los derechos crediticios, sino también la conservación de los puestos de trabajo, el mantenimiento de la organización y de la actividad empresarial, entre otros, evitando la liquidación⁶⁸. En primer término, surgen remedios normativos que van desde la prevalencia de las soluciones concordatarias frente a las liquidatorias, a otras de acusado intervencionismo público orientadas no simplemente a la conservación o continuidad de la empresa económicamente viable sino más bien a la reorganización o reestructuración de la empresa en crisis. Gana terreno la idea de que el procedimiento concursal puede orientarse no tan sólo hacia la continuidad de la empresa, con el consiguiente sacrificio de los derechos de los acreedores que ello puede suponer, pues podría igualmente dirigirse a un salvataje de empresas, en el que los intereses generales se imponen a aquellos propios de los acreedores, o a lo menos, ceden frente a las mayorías. En el extremo de esta evolución encontramos las medidas de intervención pública, básicamente referidas a las crisis de las empresas financieras o a situaciones coyunturales, como la reconversión industrial de los años ochenta. Todo esto contribuyó a que, entre finales de los setenta y principios de los ochenta, se generase una opinión doctrinal mayoritaria muy favorable a las medidas de conservación empresarial (*debtor-friendly*)⁶⁹.

El tema que se plantea, en el extremo, es si la recuperación o salvataje de la empresa en crisis puede llegar a ser un fin dentro del procedimiento concursal, y transformarse en referentes claves dentro del engranaje de las instituciones concursales⁷⁰. En esta perspectiva, de ser

⁶⁸ MORILLAS (2003), p. 1 y ss.

⁶⁹ CERDÁ y SANCHO (2001), p. 16-17, y SCHMIDT (2007), p. 304.

⁷⁰ MUÑOZ (2011): «*La finalidad del concurso de acreedores es la de mantener la actividad empresarial mediante la negociación con los acreedores, evitando la liquidación de la empresa. Dicho de otro modo, salvar la empresa mediante el pago negociado de las deudas o, en caso de que ello no sea posible, pagar las deudas mediante la liquidación de la empresa, procurando que ello no afecte al patrimonio del deudor (administrador de la sociedad o persona física) de una forma diligente y ágil*»; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2012), p. 115: «... *modernamente irrumpen nuevas ideas sobre los fines que deben cumplir las instituciones concursales. En ese proceso de desprivatización del Derecho Privado que tan bien describió el profesor Girón, los institutos concursales sufren una importante transformación funcional. Se entiende que, más allá de la protección del interés de los acreedores, hay un interés general en la conservación de las empresas que puedan ser viables y que coyunturalmente atraviesen momentos de dificultad, que se concreta en el mantenimiento del empleo y de la productividad y, también, en tratar de evitar la inherente destrucción de valor que en casi toda reasignación de los factores productivos se produce*». El autor hace eco de la opinión y comentarios que Manuel Olivencia Ruiz formulaba en 1985 al Anteproyecto de 1983, en “Planteamiento de la reforma concursal en el Derecho español y en el Derecho Comparado”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad*

afirmativa la respuesta, el Derecho concursal *clásico* es visto como un modelo insatisfactorio para resolver la crisis y atender al conjunto de intereses en juego⁷¹. Y en términos generales, se plantea que la solución liquidatoria, como única solución a la crisis empresarial, de marcado carácter iusprivativista, debiera dar paso a otras soluciones, en que puedan considerarse otros intereses, más representados por la conservación de la empresa que por la destrucción de su valor por la vía de la liquidación. La balanza se inclinaría aquí por la subordinación de los intereses crediticios frente a los intereses generales, debido al gran impacto que trae consigo la pérdida del valor empresarial. A partir de estas finalidades se espera que la legislación provea no sólo un cuerpo normativo que facilite la reorganización de las empresas viables y la liquidación eficiente de las empresas inviables, como medios de alcanzar el fin del concurso de satisfacción de los créditos, sino más bien permita la continuidad de las empresas o unidades productivas de bienes y servicios integrados en la masa, sin que esto suponga necesariamente una consideración clara acerca de la viabilidad de las empresas y la posible alteración de las reglas básicas del mercado relativas a la asignación eficiente de los recursos y, por ende, el marco general de la competencia en los mercados ni las obligaciones que supone una legislación estatal integrada en el contexto internacional⁷². Precisamente, una de las más importantes críticas que puede formularse a un planteamiento de esa naturaleza, es pretender dar solución a las crisis de empresas de espaldas a las soluciones propias del mercado; si la estructura del mercado funciona adecuadamente las empresas en crisis deben tender a recuperarse por la acción de los empresarios e inversionistas⁷³.

Complutense, Monográfico 8, Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal», de marzo de 1985, en que señalaba que:

«Los autores del anteproyecto estimamos que era hora de superar ese esquema clásico, señalando al Derecho Concursal un nuevo fin prioritario: el saneamiento del patrimonio del deudor. (...) Aquí radica el giro básico de la reforma, el espíritu, sentido y finalidad de las normas proyectadas, su ratio, en la consecución de un resultado de justicia. Pero ese cambio, que abandona los viejos institutos concursales en aras de un nuevo concurso, no es una solución novedosa ni imprudente, sino que responde a imperativos condicionantes de la reforma en el marco del Derecho Comparado. Anteponer el saneamiento a la liquidación, como fin del concurso, no es una novedad aislada de nuestro anteproyecto. La liquidación, fin normal de un concurso concebido como procedimiento de ejecución universal de todos los acreedores sobre el patrimonio del deudor común, ha tenido que ir cediendo a otras concepciones, que representan un cambio profundo en la ideología concursal, que ya no puede inspirarse en la pura dialéctica deudor-acreedores ni en la finalidad de satisfacer los intereses de éstos a expensas de la realización y distribución del patrimonio de aquél.(...) El saneamiento responde así a una concepción del concurso en la que no juegan sólo los intereses de los acreedores a la satisfacción de sus créditos, sino otros intereses generales, públicos y sociales, de la economía nacional y de los trabajadores, que proclaman la conservación de las empresas viables».

⁷¹ DASSO (2010), p. 5. Se pone de relieve que este planteamiento significa resolver las clásicas dicotomías entre garantismo y eficientismo, lo público y lo privado, lo social y lo privado, intereses económicos privados e intervencionismo estatal.

⁷² PALOMAR (2003), p. 44, y FLORES (2006), p. 343.

⁷³ ULHOA (2011), p. 172.

En el ámbito comunitario, las autoridades europeas han venido adoptando directrices sobre la materia desde el año 1994⁷⁴, mediante la regulación de ayudas estatales de salvamento y de reestructuración, que pueden considerarse compatibles con el mercado interior, a favor de empresas en crisis, esto es, respecto de empresa que de no mediar una intervención del Estado, su desaparición económica es casi segura a corto o medio plazo, considerando que ello ocurre, entre otras circunstancias, cuando la empresa se encuentre inmersa en un procedimiento de quiebra o insolvencia o reúna los criterios establecidos en su Derecho nacional para ser sometida a un procedimiento de quiebra o insolvencia a petición de sus acreedores⁷⁵. Las ayudas se orientan al salvamento, esto es, a permitir que la empresa en crisis se mantenga en activo durante el tiempo necesario para elaborar un plan de reestructuración o de liquidación; a la reestructuración, tendiente a restablecer la viabilidad a largo plazo de la empresa sobre la base de un plan realista, coherente y de amplio alcance, al tiempo que permite un reparto adecuado de cargas y limita el falseamiento potencial de la competencia, y al apoyo temporal de reestructuración, orientada a ayudar a la reestructuración estableciendo las condiciones necesarias para que empresas pequeñas o medianas diseñen y apliquen las medidas más adecuadas para restablecer su viabilidad a largo plazo.

Respecto de una supuesta finalidad conservativa, si bien no es una alternativa ajena en el concierto comparado, no es una opción en la Ley Concursal. Por razones obvias, las finalidades u objetivos de saneamiento, reorganización o salvataje de las empresas encuentra un amplio campo de desarrollo en el ámbito preventivo de las crisis de empresa, donde la ausencia de una hipótesis de insolvencia propiamente tal de la empresa, permite postergar el

⁷⁴ Comunicación de la Comisión - Directrices comunitarias sobre ayudas de Estado de salvamento y de reestructuración de empresas en crisis, de 1994 (DOCE 94/C 368/05); Directrices comunitarias sobre ayudas estatales de salvamento y de reestructuración de empresas en crisis (Comunicación a los Estados miembros en la que se proponen medidas apropiadas), de 1999 (DOCE 1999/C 288/02), y reiteradas en el año 2004 (DOCE 2004/C 244/02), y que hoy son recogidas en virtud de la Decisión N° 438/12/COL del Órgano de Vigilancia de la AELC, de 28 de noviembre de 2012, por la que se modifican, por octogésima sexta vez, las normas sustantivas y de procedimientos en materia de ayudas estatales (DOUE L 190/91 de 11.7.2013). A ello se suman normas de carácter sectorial en sectores como el acero o el financiero, o el sector del carbón, como la Decisión (2010/787/UE) del Consejo, relativa a las ayudas estatales destinadas a facilitar el cierre de minas de carbón no competitivas, establecen las condiciones de explotación, sociales y medioambientales en las que podrán concederse ayudas hasta 2027 para la producción no competitiva en el sector del carbón.

⁷⁵ También se considera hipótesis puntuales como que se trate de una sociedad de responsabilidad limitada, cuando ha desaparecido más de la mitad de su capital social suscrito como consecuencia de las pérdidas acumuladas; o cuando la empresa ha recibido una calificación equivalente a la de CCC+ («capacidad de pago dependiente de condiciones favorables sostenidas») o inferior por parte de al menos una agencia de calificación crediticia registrada.

interés presente de los acreedores al pago de sus créditos, por otros intereses orientados a la conservación o saneamiento.

2.4. Finalidades concursales en el Derecho comparado

La continuidad empresarial o, en un extremo, el salvataje de la empresa, son referentes o finalidades concursales que se han manifestado de distintas maneras e intensidad en la legislación comparada. Sin perjuicio de las referencias que hagamos al derecho comparado durante el desarrollo de este trabajo, de manera puntual o, especialmente, en el capítulo dedicado a la venta de unidades productivas en el ámbito de la liquidación concursal, las líneas siguientes pretenden dar una visión general de las finalidades que orientan a algunos sistemas jurídicos nacionales en materia concursal.

2.4.1. Derecho francés

Es posible apreciar en algunos sistemas jurídicos nacionales una subordinación de los intereses privados afectados por la crisis a los intereses públicos o generales comprometidos en la conservación de la empresa, debido principalmente al reconocimiento de las repercusiones que trae consigo la liquidación, por la destrucción del valor empresarial. En esta línea podemos considerar la normativa concursal francesa consagrada en la *Loi de sauvegarde des entreprises* (LSE)⁷⁶, que entró en vigor con el objeto de permitir que las partes involucradas en el concurso, esto es, deudor y acreedores, puedan alcanzar acuerdos tendientes a la preservación de la empresa con dificultades, pero que puede ser recuperadas. Se trata de una normativa orientada especialmente a salvar la empresa en crisis, mantener la actividad y el empleo en la misma. Esta ley constituye un verdadero punto de inflexión a nivel comparado, pues su finalidad es derechamente salvar la empresa en crisis, mantener la actividad empresarial y el empleo, lo que se materializa a través de distintas instituciones que

⁷⁶ La *Loi de Sauvegarde des entreprises* N° 2005-845, de 26 de Julio, entró en vigor desde el 1° de enero de 2006, modificando sustancialmente los procedimientos concursales existente a esa fecha. Se complementa con un reglamento de 28 de diciembre del mismo año (*Décret d'application* N° 2005-1677). El desarrollo galo en esta materia obliga a considerar también otros cuerpos legales orientados sobre la base del tratamiento de la insolvencia desde la óptica de la recuperación o salvataje de la empresa en crisis, por parafrasear las expresiones comúnmente utilizadas en dicha normativa. En este sentido, debemos mencionar los precedentes que significaron la ley sobre «*Prévention et règlement amiable des difficultés des entreprises*», de 1984; la ley de «*Redressement et liquidation judiciaires*», y la ley de «*Administrateurs judiciaires, mandataires judiciaires, à la liquidation des entreprises et experts en diagnostic des difficultés des entreprises*», ambas éstas últimas del año 1985.

consagra la ley y que se incorporan a las disposiciones del Libro V del *Code de Commerce*⁷⁷: conciliación (*conciliation*)⁷⁸, salvaguarda o salvamento (*sauvegarde*)⁷⁹ y recuperación o saneamiento (*redressement*). Este último supone una situación de insolvencia y constituye un procedimiento concursal propiamente tal encaminado hacia restablecimiento económico de la empresa, y secundariamente, al pago de los acreedores. Este procedimiento sólo dará lugar a una liquidación cuando la recuperación de la empresa en manos del deudor sea imposible⁸⁰.

2.4.2. Derecho de Portugal

En sintonía con la orientación y soluciones concursales francesas, podemos considerar la normativa de Portugal, de Brasil y de Italia. El *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas* (CIRE) de Portugal, en vigor desde 1º de septiembre de 2004, recoge un plan de insolvencia basado específicamente en la recuperación de la empresa⁸¹, y que viene a recoger la experiencia acumulada por la aplicación del *Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência*, de 1993, que ya se orientaba como principio al auxilio de las empresas en crisis financiera, pero económicamente viables, distinguiendo entre la figura de la recuperación de la empresa (*recuperação da empresa*) y, por otro, la quiebra (*falência*), cuya finalidad era y es la liquidación de la empresa concursada inviable financieramente. La recuperación de las empresas, que tiene prioridad sobre la quiebra, puede tener lugar a través de un concordato concursal, el acuerdo de los acreedores, una gestión controlada o la reestructuración financiera. El Derecho portugués puede ser incluido claramente dentro de los sistemas jurídicos cuyas finalidades concursales que van más allá de la sola finalidad de pago e, incluso, de continuidad de la empresa. Pues, si bien la labor de las normas concursales portuguesas es regular jurídicamente el cierre o la reorganización financiera de la empresa, ello tendrá aplicación colocando en un lugar preferente la recuperación de la empresa, como

⁷⁷ Que se estructura sobre la base de tres títulos: un Título I que se refiere a la prevención y arreglo amistoso de las dificultades de las empresas (*conciliation*); un el Título II, sobre la salvaguarda y el plan de salvaguarda (*sauvegarde*), y un Título III, sobre el saneamiento judicial (*redressement*).

⁷⁸ De carácter extrajudicial, tiene por objeto procurar un acuerdo entre el deudor y sus acreedores, tendiente a superar la crisis empresarial.

⁷⁹ El procedimiento de salvataje o salvamento es un procedimiento judicial que busca alcanzar un plan de saneamiento con el conjunto de acreedores, que evite la cesación de pagos del deudor, facilitando la reorganización de la empresa a fin de permitir la continuidad de sus actividades, el mantenimiento del empleo y la comprobación de su pasivo, evitando el concurso.

⁸⁰ VALLENS (2006), p. 400.

⁸¹ Artículos 192 a 222 de la CIRE.

medio para satisfacer a los acreedores (art. 1 CIRE), conforme a una lógica de mercado, en el que deben desarrollar un papel central los acreedores del concursado, quienes se ven convertido, debido a la insolvencia, en los propietarios económicos de la empresa, como expresa el preámbulo de la normativa portuguesa⁸².

2.4.3. Derecho de Brasil

En el caso del Derecho brasileño, con clara influencia del Derecho francés y, por tradición, del Derecho lusitano, la *Lei da recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária* (LRF), de febrero de 2005⁸³, establece igualmente procedimientos concursales orientados a la recuperación, judicial y extrajudicial, de la empresa, junto a un procedimiento de quiebra del empresario y de la sociedad empresaria (art. 1 LRF). La función primaria de la *Lei da Recuperação* se ha puesto en la recuperación de las empresas⁸⁴. La recuperación se dirige a las empresas viables de ser recuperadas económicamente, es decir, empresas cuya actividad económica puede ser reorganizada, afectando a todos los acreedores concursales, incluyendo a los acreedores que gozan de privilegios o preferencias, bajo la sola condición de que el pago de algunos de ellos, como los créditos a favor de los trabajadores, no se efectúe más allá del plazo de un año desde la reestructuración.

2.4.4. Derecho italiano

El Derecho concursal italiano, por su parte, recogido en la *Legge Fallimentare*⁸⁵, contempla diversas soluciones concursales, que van desde concordato preventivo (*concordato preventivo*),

⁸² Sumario, 3. En este sentido, el *Código de Insolvência* se aleja de la idea que había formado la esencial de la antigua Ley de *Falência*, en cuanto a una supuesta idea de prevalencia de la recuperación de la empresa por sobre otros intereses involucrados en el concurso. Ya a partir de su artículo 1º, se pretende establecer con claridad que la voluntad de los acreedores es la que dirige el procedimiento de insolvencia.

⁸³ Publicada el 9 de febrero del año 2005, en *Diário Oficial da União*, sustituyendo la *Lei de Falência*, de junio de 1946.

⁸⁴ TELLES (2010), p. 465 y ss.

⁸⁵ La *Legge Fallimentare*, que data de 1942 (Real Decreto N° 267, de 16 de marzo), ha sido objeto de diversas y sustanciales modificaciones a través de los años. Nos referimos, por ejemplo, al Decreto Legislativo N° 35, de 14 de marzo de 2005, sobre modificaciones urgentes en el ámbito del plan de acción para el desarrollo económico, social y territorial, convertido en la Ley N° 80, de 14 de mayo de ese año; al Decreto Legislativo N° 5, de 9 de enero de 2006, sobre reforma orgánica de la disciplina de los procedimientos concursales, supuso la derogación de las normas sobre administración controlada (*amministrazione controllata*) y la creación de un estatuto relativo a la reestructuración de deudas (*accordi di ristrutturazione*), y al Decreto Legislativo N° 169, de 12 de septiembre de 2007, sobre disposiciones integradoras y correctivas de la *Legge Fallimentare*. El texto de la ley concursal italiana ha sido recientemente modificado por el Decreto Legislativo N° 83, de 27 de junio de 2015.

el *fallimento*, que también, a su vez, considera la opción de un convenio de continuidad o reorganización (*concordato fallimentare*), y un estatuto relativo a la reestructuración de deudas (*accordi di ristrutturazione*). Todas estas instancias se construyen a partir de la situación de crisis económica de empresa, como presupuesto objetivo para la apertura del procedimiento⁸⁶, y se encuentran vinculadas por un referente común, la finalidad de transmitir la empresa. Es claro que en la *Legge Fallimentare* la finalidad esencial de pago de los acreedores ha cedido un innegable espacio al objetivo de recuperar y conservar la empresa, y mantener los niveles de ocupación laboral, gravemente afectados por la crisis económica⁸⁷. El *concordato preventivo* y el *accordi di ristrutturazione* son soluciones negociadas especialmente orientados a dar una solución a la crisis de empresa, sobre la base de una amplia libertad reconocida a las partes para fijar su contenido y alcanzar un acuerdo de reflotamiento de la empresa particularmente a través de planes de reestructuración acordados entre la empresa y sus acreedores⁸⁸. En particular, el *concordato preventivo*, modificado en virtud de una reforma del año 2005 (Decreto Ley 35/2005), permite al deudor formular al conjunto de sus acreedores, agrupados en clases, una propuesta tendiente a evitar la liquidación de su patrimonio⁸⁹.

El *fallimento*, en cambio, se orienta naturalmente a la liquidación, pero considera también una instancia de reorganización por medio de un convenio de continuidad o reorganización (*concordato fallimentare*). Este procedimiento también fue objeto de modificaciones mediante el Decreto Ley 5/2006, y Decreto Ley 169/2007.

2.4.5. Derecho de Estados Unidos de Norteamérica

Con una orientación diferente a la sustentada por el Derecho italiano o portugués, podemos considerar a aquellos sistemas jurídicos en que la satisfacción de los acreedores es el interés y fin básico del concurso, por sobre consideraciones de reorganización o salvataje de la empresa en crisis, como sería el caso, con los matices y particularidad de cada sistema, del Derecho concursal de Inglaterra y Estados Unidos de Norteamérica, como también del Derecho de Alemania. En estos sistemas normativos, la satisfacción de los intereses generales sigue condicionada o subordinada a la protección y satisfacción de los intereses crediticios,

⁸⁶ ROJO (2007), p. 334 y ss.

⁸⁷ CAIAFA (2015), p. 332 y ss.

⁸⁸ GRANATA (2006), p. 383, y GARNACHO (2009).

⁸⁹ STANGUELLINI (2007), p. 201.

aun cuando la solución venga dada por acuerdos entre las partes, y en el que la liquidación en sus diversas opciones aparece siempre como una opción directa y legítima para dar solución al concurso⁹⁰.

En particular, en el Derecho concursal estadounidense, recogido en el *Bankruptcy Code*⁹¹, considera, en primer término, los *prepackaged bankruptcy plans* dirigidos a evitar el procedimiento concursal del Capítulo 11 (*Chapter 11*) de Código de Bancarrota de los Estados Unidos (*Bankruptcy, Title 11, US Code*). La sección 363 («*363 sales*» o «*section 363 sales*»), que forma parte del Capítulo 3 (*Chapter 3, Bankruptcy Code US*), contempla la facultad para que el *trustee* pueda requerir la venta del negocio o unidades productivas del deudor de acuerdo a las normas legales aplicables para dicha enajenación, libre de deudas y cargas, por ejemplo, a los propios empleados de la empresa, por razones de necesidad y urgencia, especialmente cuando existe riesgo de un mayor deterioro patrimonial del deudor, y que ha adquirido mucha aplicación a partir de los casos *Chrysler* y *GM*. La celeridad del procedimiento, el ahorro de costos y ciertas ventajas respecto del procedimiento contemplado en el Capítulo 11, especialmente en orden a obtener el consentimiento de los acreedores, son algunas de las ventajas de esta sección.

Y en segundo término, ya en el seno del concurso, la sección 1123 (a)(5)(B) del Capítulo 11 (*Ch. 11, Bankruptcy Code US*), que considera la hipótesis de una enajenación patrimonial de activos que puede abarcar la totalidad de la empresa, proporcionando una instancia procesal orientada al mantenimiento de las empresas insolventes a través de un plan de reorganización que lleva aparejado un conjunto de beneficios, tales como la condonación de intereses con respecto a la mayoría de sus deudas, la opción de alcanzar un acuerdo de reorganización sin requerir un consentimiento unánime de los interesados, enfrentar más eficientemente las demandas de indemnización por daños y perjuicios o proceder a la venta de activos⁹². Conforme a ello, el plan de reorganización se concibe como un instrumento que permite un balance entre el interés de la sociedad concursada en reorganizar su pasivo y el interés de los acreedores de la misma a maximizar el valor de su propiedad⁹³.

⁹⁰ PULGAR (1994), p. 122 y ss.

⁹¹ El *Bankruptcy Code* data del año 1978, fruto de la *Bankruptcy Reform Act*.

⁹² GILSON (2001), p. 17.

⁹³ Supreme Court, Florida Dept. of Revenue v. Piccadilly Cafeterias, Inc., N° 07-312, slip op. (U.S. June 16, 2008).

No resulta demás recordar que el origen del Código de quiebras estadounidense (*U.S. Bankruptcy Code*) está íntimamente ligado a las instituciones contempladas en su Capítulo 11 (*reorganization*) y a él se debe también gran parte del desarrollo jurisprudencial y aplicación práctica que han tenido la legislación concursal norteamericana y su influencia en el Derecho comparado. A mediados de los años setenta la economía norteamericana entró en una recesión caracterizada por un alto índice de inflación precipitada por una crisis en el precio del petróleo y las altas tasas de intereses bancarios, lo que trajo consigo la bancarrota de innumerables empresas. Esta crisis económica motivó una profunda revisión del sistema concursal (*bankruptcy laws*) a objeto de promover la reorganización y saneamiento de las empresas por sobre la opción de liquidación, lo que daría paso finalmente a la actual legislación de quiebras norteamericana, que vino a reemplazar la antigua legislación existente en la materia, la *Bankruptcy Act* de 1898. Las posteriores recesiones, de principios de los años ochenta y noventa, permitieron poner a prueba *in situ* las bondades y ventajas de ese nuevo derecho de quiebras, que ha dado lugar a un desarrollo sin precedente de esta rama del Derecho, particularmente en el ámbito de las empresas (*corporate bankruptcies*).

2.4.6. Derecho inglés

En el Derecho inglés, las opciones de una empresa para sortear una situación de insolvencia son diversos. Si la crisis es esencialmente de carácter financiera, y por tanto, si bien existe una falta de liquidez, la empresa es económica viable, la posibilidad de una reestructuración de las deudas puede ser la primera instancia de solución a objeto de recuperar la liquidez, renegociar su pasivo o continuar las actividad empresarial con la finalidad de proceder a la venta del negocio. Uno de los instrumentos jurídicos para hacer frente a esa falta de liquidez son los *schemes of arrangement* que, junto a otros mecanismos de reestructuración de deudas, permiten a la sociedad obtener una aplazamiento en el pago de las mismas, una reorganización del pasivo sin contar con el acuerdo unánime de los acreedores (*cram-down*), que votan divididos o agrupados en clases de grupo, y que permiten a la empresa mantener su administración y la gestión del negocio (*debtor-in-possession*). Los *schemes of arrangement* se encuentran regulados en la Parte 26 de la *Companies Act* de 2006, como acuerdos entre la

sociedad y sus acreedores, cuyo contenido, no delimitado legalmente, puede recaer sobre cualquier materia que lícitamente pueda ser acordada⁹⁴.

A esa herramienta se unen los acuerdos contractuales que la sociedad pueda alcanzar con sus acreedores de acuerdo a la normativa de derecho común, sin recurrir a un procedimiento formal para ello, a objeto de alcanzar una solución consensuada con todos los acreedores involucrados (*standstill agreement*). El Derecho inglés contempla también los *Company voluntary agreements (CAVs)*, que forman parte de la *Insolvency Act* de 1986, orientados a alcanzar acuerdo con acreedores reunidos en junta, con un setenta y cinco por ciento de votos favorables para la aprobación, con la participación de un gestor fiduciario, generalmente experto en insolvencia. La empresa conserva la gestión de la empresa si aún no está en liquidación. Al igual que los instrumentos anteriores, los *CAVs* pueden ser empleados antes de una hipótesis de insolvencia.

Otra figura contemplada en la *Insolvency Act* de 1985, y reformulada por la *Enterprise Act de 2002*, es la *administration*, a través de la cual se entrega la administración y gestión de la compañía a un gestor externo, con amplias facultades para disponer del negocio y sus activos como empresa o unidades productivas en funcionamiento. Dentro de esta alternativa, surgieron los *pre-pack administration*, cuya aplicación se sujeta a los criterios establecidos en el *Statement of Insolvency Practice 16 (SIP 16)* mediante los cuales la sociedad puede alcanzar un acuerdo con sus acreedores para la venta del negocio o sus activos, con la asesoría de un experto en insolvencia, amparada por una moratoria legal, con o sin intervención judicial. La venta en estas condiciones favorece la conservación del valor empresarial y de los puestos de trabajo⁹⁵.

2.4.7. Derecho alemán

Dentro de este periplo debemos considerar el Derecho concursal alemán. La legislación concursal de Alemania es la Ley de Insolvencia (*Insolvenzordnung: InsO*)⁹⁶, cuya estructura y

⁹⁴ PAYNE (2015), p. 319.

⁹⁵ GOODE (2011), p. 412.

⁹⁶ La *Insolvenzordnung: InsO* data del 05 de octubre del año 1994, y entró en vigor el 1° de enero de 1999.

La *Insolvenzordnung: InsO* marca un claro contraste con su predecesora, la Ley Concursal alemana (*Konkursordnung*) vigente desde 1877, en la que se establecía un procedimiento liquidatorio y que estaba dividida en tres libros: el primero, incluía la normativa de carácter sustancial (*Konkursrecht*); el segundo, que contenía normas de tipo procesal (*Konkursverfahren*), y el tercero, sobre normas de carácter punitivo. La *Konkursordnung*

función tienen mucha inspiración en el modelo estadounidense⁹⁷, y sin duda, es uno los referentes de la Ley Concursal. La *Insolvenzordnung* se orienta por la necesidad de asegurar, por una parte, una instancia eficiente destinada a dar cabida a los acuerdos destinados a reorganizar la empresa en crisis, como medio viable para el pago de los acreedores, y por otra, una liquidación eficiente del patrimonio de la empresa concursal, cuando dicho acuerdo no fuere alcanzado o no fuere viable. El §1 de la *Insolvenzordnung*, bajo el nombre de «*Objetivos del procedimiento de insolvencia*» (*InsO Ziele des Insolvenzverfahrens*), indica que el procedimiento de insolvencia sirve para satisfacer colectivamente a los acreedores de un deudor, mediante la liquidación de su patrimonio y la distribución del producto resultante, o alcanzando una regulación diferente especialmente dirigida al mantenimiento de la empresa y contenida en un plan de insolvencia.

La *Insolvenzordnung*, al igual que lo hace la Ley Concursal, consagra mediante un solo procedimiento, dos soluciones alternativas frente a la crisis e insolvencia de la empresa: el plan de insolvencia (*Insolvenzplan*, Título VII) y la liquidación. Aquel quita al procedimiento su carácter esencialmente liquidatorio, abriendo paso hacia la continuidad de la empresa en crisis como alternativa de pago de los acreedores del concurso. Dicho plan es el objeto y contenido de un acuerdo o convenio concursal que deberá ser aprobado por los acreedores y, en última instancia, e incluso, a pesar de la desaprobación concursal, por el juez concursal, de manera muy semejante a lo que sucede en el sistema del *Bankruptcy*.

fue considerada en su momento como la normativa más acabada desde el punto de vista de la técnica legislativa para abordar los temas concursales, a nivel comparado. Sin embargo, las primeras grandes críticas a esta depurada legislativa elaboración vinieron precisamente del hecho de que no contuviera un procedimiento concursal de tipo preventivo. El 1º de abril de 1935 entró en vigor la Ley de Convenios (*Vergleichsordnung: VglO*) que incorporó la figura del convenio judicial, con la finalidad de permitir la conservación de la empresa con respecto a aquellos deudores dignos de consideración por su conducta y por su estado patrimonial (SCHOTTE [1976], p. 604).

Recientes modificaciones de la *Insolvenzordnung* han tenido por objeto de incorporar, de manera permanente, normas sobre insolvencia internacional, mediante la adición de un Título XI a la ley (arts. 335 a 358), como ocurrió con la modificación de 2007; o bien, hacer frente a situaciones más coyunturales. En este sentido, en noviembre de 2008, frente a la crisis global desatada en los mercados financieros se suspendió la causal de “sobreendeudamiento”, como presupuesto material del concurso, manteniéndose en tal sentido sólo las causales de insolvencia e insolvencia inminente, a fin de evitar que los administradores se vieran obligados a solicitar la declaración de concurso por aquel motivo, generando una devaluación casi automática de los activos inmobiliarios y financieros germanos. Se trata de la Ley para la estabilización del estado financiero (*Finanzmarktstabilisierungsgesetz: FMSiG*), de 20 de octubre de 2008, que junto con dejar en evidencia que el concurso no es per se el remedio más adecuado para hacer frente a una crisis de carácter global, y que su ámbito se ajusta más bien a la crisis de empresas particularmente, se orienta a aquellos casos en que los que la continuidad de la empresa es altamente probable o viable.

⁹⁷ CERDÁ y SANCHO (2001), p. 40.

De esta manera se coloca el tema de la continuidad de la empresa concursada como una opción para alcanzar la satisfacción de los acreedores, por una vía distinta a la liquidación patrimonial. Pero ello no significa que la ley concursal alemana tenga por finalidad prioritaria o fundamental la recuperación de la empresa en crisis. La satisfacción de los acreedores a través del pago de sus créditos sigue siendo la finalidad última del concurso, aunque esta finalidad pueda ser alcanzada mediante la explotación de la empresa en concurso o, más amplio, por medio de un plan de insolvencia (*Insolvenzplan*). En otras palabras, el concurso de acreedores se encuentra facultado para celebrar un convenio tendiente a obtener el pago de sus créditos sobre la base de recuperar la empresa, es decir, se privilegia como finalidad primordial y esencial el pago de los créditos concursales como eje del sistema concursal, pero se allana y promueve el camino de alcanzar dicho objetivo mediante la recuperación de la empresa concursada a través de un convenio de continuación⁹⁸.

2.4.8. Derecho chileno

El derecho concursal chileno cuenta con una legislación de muy reciente data. La Ley N° 20.720, de reorganización y liquidación de empresas y personas, fue publicada en el Diario Oficial de Chile con fecha 9 de enero de 2014⁹⁹, para entrar en vigor el 1 de octubre de ese año. La ley se estructura sobre la base de dos procedimientos de carácter judicial: el procedimiento concursal de reorganización y el procedimiento concursal de liquidación. El primer procedimiento constituye, en estricto rigor, la novedad de esta ley, por cuanto el procedimiento de liquidación recoge casi *in integrum* las normas de la derogada Ley de Quiebras.

A través de la figura de los convenios, el procedimiento de reorganización busca «*hacer prevalecer el régimen de salvataje institucional por sobre el esquema liquidatorio predominante, cambiando el eje desde la extinción empresarial a la reorganización eficiente*», según declara el mensaje a través el cual el gobierno envió el proyecto de ley respectivo al congreso nacional. Para alcanzar esa finalidad la ley considera un periodo de protección financiera concursal en el que se ven suspendidas las ejecuciones en contra del concursado, a fin de poder abocarse a la solución

⁹⁸ SCHMIDT (2015), p. 304.

⁹⁹ Conforme a lo publicado en el Diario Oficial, el nombre de la ley sería: «*Sustituye el régimen concursal vigente por una Ley de reorganización y liquidación de empresas y personas, y perfecciona el rol de la superintendencia del ramo*»

reorganizativa. El procedimiento permite negociar con todos los acreedores, incluso aquellos que detentan créditos con garantía, con la asistencia de un veedor o experto en insolvencia.

Los acuerdos o convenio de reorganización pueden versar sobre cualquier objeto tendiente a reestructurar los pasivos y activos de una empresa deudora, y puede contemplar acuerdos por clases o categorías de acreedores. La propuesta de acuerdo debe ser igual para todos los acreedores de una misma clase o categoría.

En el caso de personas físicas o deudor no empresa, se contempla un procedimiento de renegociación de deudas, que tiene lugar, administrativamente, ante la superintendencia de insolvencia, que actúa como facilitador.

El procedimiento concursal de liquidación está destinado a la realización de los bienes del deudor. Este procedimiento puede ser iniciado a solicitud del propio deudor o a petición de uno o más acreedores, mediante una demanda judicial deducida con tal objeto. También, este procedimiento será el paso natural cuando el procedimiento de reorganización no alcanzó la finalidad esperada. La liquidación se lleva a cabo por un liquidador sobre la base de los acuerdos de los acreedores a través de juntas. La realización del activo del concursado puede tener lugar también, cumpliendo una finalidad conservativa o de continuidad, mediante la venta de la empresa o de alguna de sus unidades productivas como un todo.

A modo de conclusión de lo expresado en este acápite, se puede apreciar una tendencia en el Derecho comparado a considerar, mediante el juego de las instituciones concursales, especialmente a través de convenios o acuerdos concursales, dentro de las funciones o finalidades del concurso, la continuidad de la empresa o de aquellas unidades económicas que son viables económicamente, especialmente mediante la transmisión de la titularidad de la empresa concursada. Se trata de la conservación de la empresa o de una unidad económica como reflejo de la conservación del valor de la masa patrimonial. En ello se aprecia la influencia que han tenido algunos modelos nacionales, como la *reorganization* del Capítulo 11 del *Bankruptcy Code* norteamericano o del *Insolvenzplan* alemán, y también de carácter supranacional como la Guía Legislativa UNCITRAL sobre Insolvencia. En todos ellos, existe coincidencia en que el concurso, y el convenio, en particular, tienen una función financiera que cumplir, que debe combinar los conceptos de empresas viables y la finalidad de conservación y continuidad anotada¹⁰⁰. En el caso de la Guía Legislativa de UNCITRAL se

¹⁰⁰ HIERRO (2006), p. 424, y GARNACHO (2009).

ponderan las instancias de liquidación, entendida como la venta o enajenación de los bienes del concurso con miras a efectuar el pago de los créditos de los acreedores, es decir, una liquidación fragmentaria, y la reorganización, esto es, proceso tendiente a restablecer la viabilidad y continuidad de la empresa a través de mecanismos como la capitalización o reestructuración de la deuda, o la venta de la empresa o de partes de ella, como negocio en marcha¹⁰¹.

¹⁰¹ UNCITRAL (2006), p. 6 y 8 (B. Glosario: 2. Términos y definiciones: letras w) y kk)); p. 13 (B. Establecimiento de los objetivos fundamentales).

CAPÍTULO II

TRANSMISIÓN DE EMPRESA Y UNIDADES PRODUCTIVAS A TRAVÉS DEL CONVENIO CONCURSAL

1. EL CONVENIO CONCURSAL

Uno de los paradigmas en los que asentó la Ley Concursal desde su elaboración y entrada en vigor fue la de considerar que la solución del concurso debía tener lugar naturalmente a través del convenio. La exposición de motivos destaca lo anterior al señalar:

«...el convenio es la solución normal del concurso, que la ley fomenta con una serie de medidas, orientadas a alcanzar la satisfacción de los acreedores a través del acuerdo contenido en un negocio jurídico en el que la autonomía de la voluntad de las partes goza de una gran amplitud» (EM, Vi, ii).

Los hechos, sin embargo, han mostrado una realidad diferente, con claro predominio de la liquidación concursal¹⁰². Con todo, el convenio concursal sigue siendo una herramienta legal disponible para el concursado y sus acreedores pueda obtener una salida pactada o negociada a la situación de insolvencia que afecta a aquel, tal como ha ocurrido en diversos concursos de mayor o menor envergadura.

1.1. Naturaleza jurídica del convenio concursal y el rol de la autonomía privada en él

La determinación de la naturaleza jurídica del convenio concursal fue un tema debatido antes de que entrara en vigor la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal; pero, sin duda, gran parte de esa discusión ha quedado zanjada por la propia de la LC que lo califica como un negocio jurídico, tal como se expresa en su exposición de motivos. El convenio concursal puede ser definido como un acuerdo celebrado entre el deudor insolvente y la colectividad de sus acreedores, aprobado por el juez y por el que se pretende remediar la situación de insolvencia de aquel deudor¹⁰³. En otras palabras, el convenio concursal es un negocio jurídico bilateral

¹⁰² La información estadística señala para el año 2014 que, de un total de 4.568 concursos considerados en tramitación durante ese periodo, sólo un siete coma cincuenta y tres por ciento (7,53%) finalizó en la fase de convenio, sin apertura de la fase de liquidación (esto es, 344 concursos). En el noventa y dos coma cuarenta y siete por ciento (92,47%) restantes de los concursos hubo apertura de la fase liquidación, o sea, 4.224 concursos, y de éstos: 500 pasaron por la fase de convenio y 3.724 lo hicieron directamente. De aquellos concursos, en que hubo apertura de fase de convenio en algún momento y que derivaron luego a la fase de liquidación, 190 lo hicieron tras la firma de un convenio en momento anterior (REGISTRADORES [2014], p. 21 y 22).

Otra manera de reflejar es escaso número de concursos que se solucionan por la vía del convenio concursal es considerar el número de convenios que se aprueban. En el año 2014, en convenios de personas jurídicas, se aprobaron 498 convenios; de ellos, 28 derivó en un incumplimiento, por lo que finalmente sólo en 470 concursos la solución concursal vino dado por el convenio (REGISTRADORES [2014], p. 22 y 23).

¹⁰³ CERDÁ y SANCHO (2001), p. 103.

o multilateral de carácter patrimonial, un negocio de masa, cuyos efectos alcanzan, en principio, a todos los acreedores concursales¹⁰⁴.

Es procedente reconocer, por tanto, con los matices que la jurisprudencia y la doctrina advierten, que el convenio concursal es la forma paccionada de resolver el problema de cómo enfrentar el pago de los créditos de los acreedores concursales¹⁰⁵. Constituye un mecanismo de solución frente a la insolvencia del deudor que a diferencia de la liquidación, el otro instituto solutorio previsto en la LC, parte del supuesto de que las partes comprometidas en la situación de insolvencia, esto es, deudor y acreedores, pueden buscar por sí mismos, dentro del procedimiento concursal, una solución consensuada.

La autonomía privada constituye el motor de impulso del convenio, a pesar de que en sede concursal ella pueda no mostrar la misma intensidad y amplitud que presenta en el ámbito general de los negocios jurídicos, debido no sólo a la convergencia de intereses diversos, distintos de aquellos que sólo corresponde reconocer a los acreedores del concursado, como los relativos a la trascendencia de una empresa en el plano económico o la situación de los trabajadores de la misma, sino que también porque se debe evitar que mediante determinadas

¹⁰⁴ DE LA CUETA (2004), p. 33.

¹⁰⁵ GUTIÉRREZ (2014), p. 309 y 313: «...el derecho concursal no priva al convenio de su naturaleza jurídica predominantemente contractual (...) un negocio jurídico patrimonial entre el deudor insolvente y sus acreedores (...) el convenio es un contrato que se produce en el seno de un proceso concursal»; RIPOL (2014), p. 360: «...el convenio concursal puede garantizar el pago a los acreedores en las condiciones que éstos pacten con la concursada»; DE LA CUESTA (2004), p. 32: «...el convenio concursal es una forma de renegociar el pasivo del deudor con el fin de saldar sus deudas o fijar un plan para saldarlas»; SJM N° 6 de Madrid, s/núm., de 05.09.2011 (AC 2011\2142): «...bajo la vigencia de la actual regulación concursal puede sostenerse que dentro del convenio (...) nos encontramos ante una oferta contractual normada y un contrato normado...» (fund. der. Cuarto); AAP de Madrid (Sección 28ª), Núm. 40/2010, de 12.03.2010 (AC 2010\1202), en el concurso de Fórum Filatélico SA.: «...que la propuesta de convenio tenga que contener necesariamente proposiciones de quita y/o espera, salvo alguna posible excepción que no viene al caso, no significa que sea su único contenido, pues en virtud del principio de autonomía de la voluntad sancionado en el artículo 1255 del Código Civil, pueden proponerse cualesquiera acuerdos que no sean contrarios a la moral, al orden público o a las leyes y, entre éstas, como es natural, la propia Ley Concursal que modula y limita dicha autonomía dado que, sin necesidad de abordar aquí la naturaleza jurídica del convenio, sí cabe afirmar que se trata de un negocio jurídico de masa que se alcanza en el seno de un proceso y que exige aprobación judicial, fijando la propia Ley Concursal determinados límites a la autonomía de voluntad privada» (fund. der. quinto); AJM N° 3 de Barcelona, s/núm., de 5.12.2013, en el concurso de Promociones Habitat, S.A. (S/Ref.): «...es doctrina pacífica la que considera que el convenio en los procedimientos de insolvencia es asimilable a un acuerdo contractual, desde la perspectiva del convenio concursal, como cualquier otro acuerdo, queda sometido a la voluntad de quienes son parte» (fund. der. séptimo).

El Tribunal Supremo, haciendo cargo de la necesidad de aprobación judicial del convenio, ha señalado respecto de la naturaleza jurídica del convenio que: «El convenio, en cuanto acuerdo entre deudor y acreedores destinado a regular las relaciones jurídicas que unen a aquél con cada uno de éstos, tiene, según la doctrina, una naturaleza negocial, bien que matizada por importantes particularidades, una de las cuales consiste en necesitar para su validez de la aprobación judicial. Sin embargo, el papel que corresponde al Juez en dicha aprobación no es la de creador de la regla negocial, sino la de controlador de su legalidad. Por ello, puede aprobar el convenio o rechazarlo - o mandar que se repita el trámite que llevó a él, a fin de que se subsanen los defectos de esa índole de que adolezca -, pero no modificar su contenido (...) la necesidad de aprobación judicial no significa que no sean el deudor y los acreedores los legitimados para determinar el contenido de la reglamentación de sus intereses, en que consiste el convenio» (STS, Sala de lo Civil (secc. 1ª), núm. 750/2011, de 25.10.2011 [RJ 2012\434]; fund. der. Segundo).

conductas el deudor, por sí solo o coludido con algunos de los acreedores, pueda perjudicar al resto de la colectividad crediticia afectada por la insolvencia.

La libertad de contenido con respecto al convenio concursal ha sido un principio en el Derecho español. Los distintos cuerpos legales y proyectos de ley que forman parte de su historia, desde la promulgación del Código de Comercio en 1885 hasta la entrada en vigor de la Ley Concursal, y sus modificaciones, han reconocido, con mayor o menor extensión, la libertad a los acreedores concursales y del deudor para celebrar a través de los convenios los acuerdos que estimasen oportunos. Así se reconocía, por ejemplo, expresamente, en los artículos 898 y 928 del Código de Comercio, referido éste último a los convenios mediante traspaso de empresa, o se entendía claramente en la Ley de Suspensión de Pagos, de 1922; también en el Anteproyecto de Ley de 1959 (art. 105-I), en el Anteproyecto de Ley de 1983 (art. 213-I) y en el Anteproyecto de Ley Concursal de 1995 (arts. 152 y ss.). Sólo a partir del Anteproyecto de Ley Concursal del año 2000, se puede apreciar una disminución significativa del grado de autonomía de las partes al momento de definir el convenio y su contenido. En dicho proyecto, el convenio sólo puede tener un contenido determinado, delimitado por ciertos acuerdos que se estiman esenciales a él y otros que resultan prohibidos para las partes. Seguramente, tales restricciones son la respuesta a los graves abusos que, al amparo de ese principio de libertad de contenido, se había producido en la práctica¹⁰⁶.

En la actualidad, el principio de libertad de contenido en materia de convenios concursales, recoge en cierto modo el sistema propuesto por el Anteproyecto del año 2000 y se encuentra sujeto a un conjunto de restricciones tanto por el establecimiento de un contenido esencial, como por un número no menor de materias prohibidas; a la exigencia legal de aprobación del convenio por la autoridad judicial; la restricción de la facultad de modificación de las propuestas de convenio, y las amplias facultades del juez del concurso y la posibilidad de rechazar de oficio el convenio, entre otros. Esta nueva realidad normativa ha llevado a cierta jurisprudencia a considerar un cambio copernicano en la concepción tradicional del convenio y la autonomía privada subyacente en él¹⁰⁷, que no compartimos del todo, pues estimamos

¹⁰⁶ ROJO (2006), p. 1865 y ss.

¹⁰⁷ SJM N°6 de Madrid, s/núm., de 5.09.2011 (AC 2011\2142). En ella se expresa que «*la vigente Ley Concursal ha venido a derogar el principio general de libertad de pacto admitido en materia de convenio*». Haciendo un contraste con la reiterada doctrina del Tribunal Supremo desde su sentencia de 30 de noviembre de 1959 (tesis Garrigues), que ha venido calificando al convenio como un negocio jurídico complejo en el que se integran factores contractuales de interés privado y factores procesales de interés público. En este fallo, son gravitantes la regulación de los supuestos de quitas y esperas en que se justifica la extensión de los efectos subjetivos del convenio a acreedores no intervinientes, y la limitación de la autonomía de la voluntad en defensa del interés

que la LC confirma la posición que mayoritariamente ha defendido la doctrina y que la jurisprudencia sobre la naturaleza jurídica convencional del convenio concursal, y que si bien ha venido a establecer un conjunto de limitaciones y restricciones a su contenido, ello no afecta la naturaleza contractual del convenio y el rol de la autonomía privada en él.

En efecto, la autonomía privada sigue siendo el *leitmotiv* de los convenios concursales. Recogiendo la premisa de que el convenio concursal es un negocio jurídico, pero en el contexto de un procedimiento procesal, no nos parece extraño que la regulación concursal considere con mayor detenimiento y extensión el contenido del convenio, por sobre otros elementos que resultan ser propios a esa categoría jurídica, pues es en el contenido del convenio donde converge, al mismo tiempo, todo el poder autorregulador de la autonomía privada y la necesidad de establecer ciertos límites a la misma en función de los objetivos generales del concurso y los intereses que pretende salvaguardar. La LC reconoce la autonomía de la voluntad del deudor concursado y de la colectividad de los acreedores, a partir de lo cual se establece, por un lado, un *contenido esencial* (art. 100.1 LC) y un *contenido potestativo* (art. 100.3 LC) del convenio, y, por otro, un catálogo de prohibiciones legales. Desde un punto de vista de la evolución histórica del derecho concursal español, puede apreciarse que la opción de la actual legislación constituye un término intermedio entre un reconocimiento absoluto y sin cortapisas de la libertad de contenido del convenio -y de los abusos, que ello puede conllevar-, y una hipótesis de anulación total del principio; y que desde la perspectiva de la teoría general de los negocios jurídicos, las restricciones o limitaciones que impone la LC no constituyen por sí mismas un obstáculo para desarrollar nuestro examen del convenio concursal, su eficacia e ineficacia, a partir de las ideas de autonomía privada y negocio jurídico. No hay acto o negocio jurídico que como creación de la potestad autonormativa de los sujetos no deba atender a ciertos límites o restricciones. El derecho concursal no priva al convenio de su naturaleza jurídica, sino que a partir de las categorías propias del derecho de obligaciones y de los contratos privados, introduce un conjunto de especificidades que permiten configurar este contrato como un instituto solutorio concursal¹⁰⁸.

económico de la parte contractual más débil, cuales son los acreedores ordinarios ausentes, los privados de voto, los que votaron en contra y los subordinados, al excluir determinados contenidos contractuales antes válidos, encomendando a la administración concursal y al juez del concurso el control de dicha oferta y la protección de tales intereses económicos minoritarios (fund. der. cuarto).

¹⁰⁸ GUTIÉRREZ (2014), p. 309.

La LC ha establecido diversas modalidades de convenio y ha regulado su contenido, tramitación y efectos; también ha considerado las hipótesis de incumplimiento y nulidad del mismo. Ello a fin de reflejar el carácter universal del juicio concursal y velar por el interés del concurso. La autonomía privada debe considerar al momento de definir el contenido concreto de una propuesta de convenio, tanto aquel contenido posible del mismo, conformado por ese *contenido esencial* que debe estar presente o formar parte de toda propuesta, y su *contenido potestativo*, en el que la autonomía privada despliega toda sus capacidades, y que complementa con notas sobre el carácter *alternativo* (arts. 99.1, 100.2 y 102 LC), y *excepcional* del mismo (arts. 100.1 y 101.2 LC), como aquel contenido proscrito por *prohibiciones legales* (arts. 100.3 y 101.1 LC), más allá del cual las partes pueden introducir los pactos, cláusulas o mecanismos que estimen convenientes, como lo son, por ejemplo, las comisiones de acreedores encargadas de verificar el cumplimiento de las estipulaciones pactadas.

El convenio concursal es por definición un convenio de masa, sujeto a la aprobación del juez del concurso¹⁰⁹. Precisamente, una de las notas distintivas de los convenios concursales se encuentra en el momento de su aceptación. Frente a la propuesta de convenio esa aceptación descansa en la concurrencia favorable de la mayoría de los acreedores considerados como una colectividad, por la vía de adhesiones o del voto favorable en junta¹¹⁰. El convenio concursal viene a cumplir la función de puente entre el interés de la colectividad crediticia y la finalidad de todo procedimiento concursal, que no es otro que la satisfacción de ese interés. Los acreedores concursales, individualmente considerados, han sido incorporados a una realidad comunitaria en que las acciones y derechos individuales ceden, salvo excepción

¹⁰⁹ LARA (2014), p. 443 y ss.

¹¹⁰ La propuesta de convenio, presentada en tiempo y forma por parte del deudor concursado, o en su caso, por un acreedor o acreedores que superen, al menos, una quinta parte del total del pasivo, se somete a la aceptación de la colectividad de los acreedores. Esta aceptación, una vez admitida a trámite (arts. 106 y 114 LC) puede verificarse por la vía de adhesiones de los acreedores, durante la tramitación anticipada del convenio en el transcurso de la etapa común del procedimiento concursal (art. 108.1 LC), o durante la fase de convenio a través del sistema de tramitación ordinaria (art. 115.3 LC), o bien, por la vía del voto favorable en junta de acreedores (art. 12.4 LC), en la tramitación ordinaria. El hecho de que el convenio pueda ser aceptado por medio de adhesiones y no en junta de acreedores, especialmente en la fase común, cuando dicha junta no es un órgano que pueda ser constituido o convocado por el juez, quita protagonismo a aquella junta, pero en cualquiera caso la propuesta es sometida siempre a la aceptación de la colectividad crediticia que en definitiva prestará su aceptación o rechazo a la propuesta formulada. Además, sin perjuicio de lo dicho respecto de la expresión de voluntad por parte de los acreedores de la intención de adherir o votar favorablemente el convenio, pues ella puede formularse en ausencia de una junta de acreedores, la junta de acreedores sigue siendo el órgano legalmente previsto para que los acreedores puedan ejercer su derecho de información sobre el contenido convenio propuesto (arts. 100 y 120 LC) o sobre el informe de la administración concursal (art. 74 y 75 LC) o, como se indicó, para que puedan manifestar su disconformidad con la propuesta (arts. 121.3 y 126.1 LC).

expresa de la ley, ante los intereses colectivos, de modo que el único camino legítimo legalmente para que cada acreedores pueda alcanzar su propósito particular de obtener el pago de su crédito, lo más pronto e íntegro posible, es someterse a los causes concursales previstos para alcanzar la satisfacción de la colectividad crediticia, particularmente a la adopción y posterior cumplimiento de un convenio¹¹¹.

En este contexto, y en lo que ha sido históricamente, un reconocimiento a la autonomía privada a objeto de definir, dentro de ciertos límites, el contenido del convenio concursal, estimamos que las reformas que se han introducido por medio del Real Decreto-ley 11/2014,

¹¹¹ Como se expresó al comenzar este apartado, la determinación de la naturaleza jurídica del convenio concursal fue un tema debatido antes de que entrara en vigor la LC, pero que parte de esa discusión había sido superada por la propia LC que, en su exposición de motivos, califica al convenio como un negocio jurídico. Dentro de los extremos no resueltos en esta materia se haya el tema de la modificación del convenio concursal tras su acuerdo y aprobación judicial.

El AJM N° 3 de Barcelona, de 11 de Junio de 2013, acudiendo al expediente extraconcursal de la transacción judicial, da por modificado un convenio cuyo incumplimiento se prevenía por las partes, soslayando la obligación del concursado de pedir la liquidación *ex* artículo 142.2 de la LC. El control judicial es un requisito para la eficacia del convenio y no constitutivo de él, pues éste surge del consentimiento del deudor y de sus acreedores, la labor del juez del concurso iría más allá de una simple homologación del convenio, pues el juez debe controlar de oficio una serie de aspectos relativos a la legalidad del mismo; particularmente, debe velar por la observancia de las normas concursales sobre el contenido del convenio, sobre la forma y el contenido de las adhesiones, y sobre la tramitación escrita o la constitución de la junta y su celebración (art. 131.1 LC). En el caso de oposición a la aprobación del convenio, el juez podría, incluso, manifestarse sobre la inviabilidad objetivo de su cumplimiento (art. 128.2 LC). Por otro lado, a pesar de que el convenio concursal es un contrato, se debe ponderar que las partes no son absolutamente libres para determinar su contenido, debiendo estar a las previsiones contenidas en los artículos 100, 101 y 102 de la LC, para efectos de su admisión a trámite o aprobación/rechazo. En el contexto del contenido posible del convenio y su aceptación por los acreedores como una mayoría, la regulación del incumplimiento del convenio estaría fuera del alcance del poder de disposición de las partes. Dada una hipótesis de incumplimiento, la LC otorga al acreedor afectado el derecho a solicitar la declaración judicial de incumplimiento (art. 140 LC). En este aspecto parece factible que este acreedor pueda pactar con el deudor de forma singular una modificación de la forma de pago de su crédito, pero ello sólo sería vinculante entre estas partes, y no podría ser en perjuicio del pago del resto de acreedores. Pero ¿podría tener este pacto modificatorio del convenio un carácter colectivo?, ¿podría ser utilizado para evitar la declaración de incumplimiento y la liquidación? En referencia al artículo 240 del Anteproyecto de Ley Concursal del año 1983, la posibilidad de modificar el convenio fue considerada en la génesis de la LC. Algunos autores han mostrado también su adhesión a esta opción, ya sea recogiendo la orientación internacional sobre el tema, especialmente el criterio seguido en el Proyecto de Guía legislativa sobre el derecho sobre la insolvencia de la CNUDMI, o bien para evitar soluciones excesivamente rigurosas que no permitan considerar circunstancias imprevistas del mercado que lleven a un incumplimiento no imputable al concursado. Mientras el incumplimiento del convenio no sea actual, el deudor no está obligado a pedir la liquidación, dado que el artículo 142.2 de la LC prevé que ello debe ocurrir cuando el deudor conozca la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas, sin perjuicio del derecho reconocido a cualquier acreedor que estime incumplido el convenio en lo que le afecte, para solicitar la declaración judicial de incumplimiento del convenio y para pedir la apertura de la liquidación, si el deudor no la solicitara durante la vigencia del convenio, acreditando la existencia de alguno de los hechos que pueden fundamentar una declaración de concurso según lo dispuesto en el artículo 2.4 de la LC. Ahora ¿cuál es la vía procesal para una modificación del convenio? El deudor podría solicitarlo al juez del concurso por medio de una demanda incidental, que permitiría procesalmente velar por el interés del concurso y asegurar el derecho de todas las partes, especialmente de los acreedores y su derecho a aceptar la modificación propuesta mediante la mayoría legamente establecida, que sería la misma que aquella que se requiere para su aprobación (GUTIÉRREZ, [2014], p. 312-315; FERNÁNDEZ [2009], p. 119, y VARA DE PAZ [2005], págs. 4768-4769).

de 5 de septiembre, y la Ley 9/2015, de 25 de mayo, y que consideraremos de modo particular más adelante, no se orientan del todo a fortalecer esa autonomía, sino que la restringen en algunos aspectos sustanciales. Sí la fortalecen al eliminar del apartado 1 la referencia a los límites máximos que se imponían a las quitas y esperas¹¹², aunque algunos plantean que la eliminación de los límites es más aparente que real, debido a que los límites han sido recogidos en las mayorías necesarias para la aprobación del convenio *ex* artículo 124 de la LC¹¹³; y también al permitirse los convenios con cesión de bienes en pago o *pro solutio* (art. 100.3.II LC)¹¹⁴.

Pero estimamos que dicha autonomía no se ve fortalecida tratándose del convenio de asunción, a través del cual puede tener lugar la transmisión de la empresa del concursado o de alguna de sus unidades productivas (*ex* art. 100.2.II LC), y que por referencia al nuevo artículo 149.4 de la LC, por medio del artículo 146 bis.4 de la LC, su celebración se verá muy desincentivada, debido a la no exoneración del asuntor de las deudas laborales y de Seguridad Social.

1.2. Principios y finalidades que orientan al convenio concursal

El procedimiento concursal descansa en dos vías o institutos solutorios: el convenio y la liquidación¹¹⁵. Como dijimos, la Ley Concursal y su exposición de motivos hacen patentes su preferencia por el convenio como solución normal del concurso. La *mens legis* de la normativa concursal se inclinó por el convenio como solución preferente, lo que se refleja en medidas de fomento y también en medidas directas de facilitación, con referencia a las posibilidades de convenio anticipado, régimen de mayoría, entre otras¹¹⁶. No obstante lo anterior, no todos estiman que el *favor convenii* sea un principio general que se encuentre expresa o implícitamente

¹¹² La norma originalmente disponía que las proposiciones de quita no podían exceder de la mitad del importe de cada uno de ellos, ni las de espera de cinco años a partir de la firmeza de la resolución judicial que aprobara el convenio.

Con la reforma desaparece la excepción que contemplaba el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 100, respecto de la facultad del juez del concurso para superar esos límites en el concurso de empresas cuya actividad tuviere especial trascendencia para la economía.

¹¹³ ALONSO (2015), p. 36 y 37.

¹¹⁴ El artículo 100.3 *in fine* dispone que la cesión en pago no puede imponerse a los acreedores públicos.

Se hace presente que el apartado 3 en comento contempla la cesión en pago o *pro solutio*, pero no para pago o *pro solvendo*, a diferencia del artículo 148.5 de LC, en materia de liquidación, que contempla ambas.

¹¹⁵ EM, II, iii; y VI, i.

¹¹⁶ GARCÍA-CRUCES (2011), p. 249; ZUBIRI (2011), p. 177; GALÁN CORONA (2005), p. 477-478.

recogido en la LC ¹¹⁷, aunque la jurisprudencia hace eco de él comúnmente ¹¹⁸. Conceptualmente, si bien es cierto señalar que según la exposición de motivos de la LC se da preferencia al convenio sobre la liquidación, tal afirmación no debe exagerarse, pues ambas soluciones se encontraría en un plano de igualdad¹¹⁹, acorde con la finalidad solutoria que persigue el concurso y que puede lograrse por una u otra vía, es decir, la satisfacción de los intereses del concurso puede tener lugar tanto a través del convenio concursal celebrado entre el deudor común y la colectividad de sus acreedores, como por medio de la liquidación del activo del deudor, y en los hechos, ésta última es la alternativa mayoritariamente utilizadas en los concursos.

Hecha la salvedad anterior, debemos afirmar, en cuanto a los principios y finalidad que orientan al convenio concursal, que en cuanto institución concursal se rige por los principios generales que trasuntan la legislación concursal vigente, como los de universalidad, *par condicio creditorum*, y de unidad¹²⁰, y que conforma un medio idóneo para obtener la finalidad general del procedimiento concursal de satisfacer los intereses de la colectividad crediticia y materializar aquella idea de comunidad de destino que vincula a todos los acreedores concursales. Toda construcción teórica que hagamos acerca del convenio concursal y su plasmación práctica en los procedimientos concursales debemos hacerla teniendo en cuenta esos principios y aquella finalidad concursal.

Pero el convenio concursal no sólo puede asociarse con la finalidad de pago que encierra el concurso en su esencia, sino también como la idea de conservación empresarial, aunque sea como medio para satisfacer los créditos concurrentes¹²¹. A través del convenio, los acreedores y el concursado pueden acordar la continuidad de la empresa y unidades productivas, tanto en manos de la propia concursada, o bien, en manos de terceros, como sería en el caso de transmisión patrimonial que acaece en operaciones societarias de modificación estructural,

¹¹⁷ GUTIÉRREZ (2011b), y LARA (2014), p. 442.

¹¹⁸ SAP de Murcia (secc. 4ª), de 1 de enero de 2012, recogiendo una SAP de Alicante (secc. 8ª), de 22 de enero de 2009 (JUR 2009/193155), declara que «ante la situación creada por la declaración de concurso (...) la Ley Concursal prevé dos soluciones, o el convenio o la liquidación, dando preferencia a la primera, y configurando la segunda como último remedio, el menos deseado y el más definitivo».

¹¹⁹ TIRADO (2009), p. 1071.

¹²⁰ EM, II.; LÓPEZ CURBELO (2005), p. 4608.

Como consecuencia de los principios de unidad legal, unidad de disciplina y unidad de sistema que inspiran a la LC, ya no procede, por ejemplo, hacer referencia a distintos tipos de convenio (convenios concursales mercantiles y convenios de acreedores y quita y espera, convenio en la quiebra y en la suspensión de pagos), sino que, desde esta perspectiva, a un solo y único convenio concursal.

¹²¹ HERRERA (2008), p 148, y PULGAR (2003), p. 437.

como la fusión, o la hipótesis en que un tercero asume la continuidad del giro (*convenios con asunción*)¹²², o en un convenio de cesión en pago o para pago, aceptado en algunos sistemas jurídicos, y prohibido en otros, como el español¹²³. Lo cierto es que el convenio favorece en gran medida la continuidad de la actividad económica de la empresa concursada, y en esta perspectiva, la figura del convenio pasa a ser un *convenio de continuidad*, es decir, orientado por la conservación de la actividad empresarial o su reanudación, sea ello totalmente o parcialmente. Por ello, independiente de la forma en que se materialice finalmente la continuidad empresarial a través del convenio, lo cierto es que esta concepción del mismo se opone a los denominados *convenios liquidatorios o de liquidación*¹²⁴. Pero en este aspecto, se debe tener presente que la idea de que el convenio pueda permitir la conservación de la actividad profesional o empresarial del concursado, ello no significa que el objeto del concurso sea el

¹²² La posibilidad aludida de que la empresa continúe y sea conservada en manos de un tercero, que puede ser uno o más acreedor, o un tercero extraño al concurso, puede ir asociada a compromisos de parte de éste en cuanto a garantizar la continuidad de la actividad empresarial y el pago de los acreedores en la forma acordada en el convenio, condición que es obligatoria en la Ley Concursal (art. 100.2 LC).

¹²³ Al igual que otras figuras, como en los convenios con asunción, la cesión en pago o para pago de los acreedores puede asegurar el mantenimiento de la actividad económica y el empleo. A favor de convenios de esta especie, el artículo 1.2 de la Ley 85/1998, *Redressement et liquidation judiciaire* francesa; en contra, como se dijo, el apartado 3 del artículo 100 de la Ley Concursal española; ello sin perjuicio de que la prohibición ha encontrado a partir de la reforma concursal del año 2011 (Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal) una excepción a favor de los acreedores privilegiados, quienes mediante una cesión en pago y para pago de los bienes y derechos afectos a su garantía, a petición del acreedor privilegiado o de la administración concursal, y autorizado por el juez del concurso, cuando aquellos opten por no aceptar o adherir al convenio, conforme al artículo 155.4 de la LC.

¹²⁴ GARNACHO (2013), p. 250; TAPIA (2012), p. 411, y ROJO (2006), p. 1869 y ss.

Los *convenios liquidatorios*, que eran permitidos en la legislación anterior a la LC, vienen a ser prohibidos por artículo 100.3 de la LC. La legislación concursal española en vigor prohíbe los convenios que pretenden una liquidación empresarial o extintiva del patrimonio del concursado, que no debe ser canalizada a través de las normas del convenio sino por medio de las normas sobre liquidación concursal ex 148 y 1489 de la LC. 2.1. Al respecto el Tribunal Supremo ha expresado que «*los abusos cometidos al amparo de la libertad de convenio en el régimen derogado, ha llevado al legislador de 2003 a fijar ciertos límites legales al contenido del convenio, que, como con acierto señala la sentencia recurrida, operan como frontera infranqueable. El art. 100.3 LC dispone que [e]n ningún caso la propuesta (de convenio) podrá consistir en la cesión de bienes y derechos a los acreedores en pago o para pago de sus créditos, ni en cualquier forma de liquidación global del patrimonio del concursado para satisfacción de sus deudas*», o, como agrega más adelante, «... *proscribe los convenios de liquidación global directa o indirecta*» (STS, Sala de lo Civil [secc. 1ª], núm. 180/2012, de 28.03.2012 [RJ 2012\5593]). En el mismo sentido, SAP de Alicante [secc. 8ª], núm. 62/2009, de 11.02.2009 [JUR 2009\190842]: «...*convenio y continuidad de actividad, no son términos indisolublemente vinculados; pero si no todos los convenios han de ser de continuidad-art 100-5 LC-, no por ello queda justificada la liquidación, no desde luego legalmente porque, como hemos dicho, convenio y liquidación sí son términos absolutamente antitéticos*» (fund. der. cuarto). También, SAP de Alicante (secc. 8ª), núm. 32/2009, de 22.01.2009 (JUR 2009\193155), y SAP de Alicante (secc. 8ª), núm. 62/2009, de 11.02.2009 (JUR 2009\190842).

El *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas* determina el contenido del plan de insolvencia (*plano de insolvência*), el cual debe señalar, conforme al artículo 195º, entre otras materias, los medios que se utilizarán para satisfacer los créditos de los acreedores del concurso, precisando si ellos serán obtenidos a través de una liquidación de la masa, de la recuperación del titular de la empresa o por medio de su transmisión a otra entidad. La norma considera, por tanto, la conservación de la empresa tanto en manos del deudor o como un tercero (artigo 195º 2, b) y c)),

saneamiento de empresas. Un convenio de continuación puede ser instrumento sólo para salvar las empresas que se consideren total o parcialmente viables, y en la medida que esa continuidad vaya en beneficio de los acreedores, del propio concursado, de los trabajadores y de otros intereses¹²⁵.

Lo anterior significa que el convenio de conservación de la actividad empresarial del concursado puede ser considerado un instrumento idóneo, en la medida de que dicha continuidad empresarial sea viable económicamente, para los intereses de los acreedores, entre otros. Estas ideas deben orientar la interpretación de las normas concursales y deben ser recogidas al momento de plasmar soluciones concretas dentro de un proceso concursal y en la adopción de las decisiones judiciales¹²⁶. En efecto, la opción de mantener o conservar la empresa o algunas de sus unidades productivas de la misma, en la instancia concursal del convenio, no puede ser adoptada de espaldas a la finalidad intrínseca del concurso, que es el pago de los acreedores, por lo que siempre debe descansar en expectativas razonables acerca de la viabilidad futura de la empresa. El convenio, cualquiera sea su contenido concreto, se presenta para su adopción como una alternativa más viable de obtener el pago de los acreedores, sin perjuicios de los sacrificios que ello suponga al colectivo de acreedores, en su conjunto o individualmente. La calificación acerca de esta viabilidad supone un acuerdo razonable entre el concursado y la colectividad de acreedores, pero también exige la participación del juez del concurso y la evaluación de la administración concursal (art. 107 LC), a fin de cautelar la totalidad de los intereses en juego en el procedimiento concursal. Desde el punto de los acreedores, cualquier acuerdo supone una afectación de los créditos, sea por la concesión o aumento de plazos, condonaciones, etc. y, por tanto, debe estar en sintonía con el sistema de privilegios legales existentes, porque en general los efectos del convenio deben extenderse a todos los acreedores.

La decisión de conservar la empresa tiene un importante componente de reestructuración laboral. La empresa cuya actividad en situación de insolvencia, pero económicamente viable, es por definición una empresa que de ordinario no se encuentra en situación de auto generar los recursos ni es capaz de conservar todos los puestos de trabajo o las condiciones en que éstos se venían realizando; por ello el convenio y la legislación concursal deben dar solución a problemas, tales como la subrogación en las obligaciones laborales y previsionales, la

¹²⁵ EM, VI, vii.

¹²⁶ TAPIA (2012), p. 406.

responsabilidad solidaria de concursado y el adquirente, deberes de información y consulta a los trabajadores, la modificaciones en la administración de la sociedad o cambios en la titularidad del capital, entre otros¹²⁷.

El convenio concursal viene a ser un instrumento, una vía de solución, tanto al conflicto generado por la insolvencia de la empresa, a través del cual los acreedores pueden alcanzar el pago de los créditos, como un remedio a los problemas que ello supone para otros afectados. Mediante una propuesta de continuidad de la empresa, cuando ello es objetivamente viable de ser alcanzado, la pervivencia de la empresa se transforma en un medio, pues los recursos que generará la actividad de la empresa o de alguna de sus unidades productivas serán destinados al cumplimiento del convenio y, por ende, a la satisfacción de la colectividad crediticia. Sólo en este sentido el convenio se transforma en el instrumento para dar continuidad las empresas, total o parcialmente, en beneficio no sólo de los acreedores, sino también de la propia sociedad concursada, de los accionistas de la misma, de los trabajadores –en cuanto a la fuente de trabajo, y de otros intereses, todos ellos englobados bajo el anglicanismo de *stakeholders*¹²⁸.

Por último, se hace presente que la idea de reforzar y favorecer la solución conservativa del concurso, constituyó uno de los pilares de la reforma introducida por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal¹²⁹. En ella, por ejemplo,

¹²⁷ ROJO (2004), p. 400 y ss.

¹²⁸ FREEMAN (2010). Bajo el concepto de *stakeholders*, acuñado por el economista R. Edward Freeman, en su obra *Strategic Management - A Stakeholders approach*, publicada por primera vez en 1984, se considera a todos aquellos intereses que se encuentra comprometidos o pueden verse afectados por la actividad de una empresa, y que deben ser considerados un elemento esencial en la planificación estratégica de los negocios.

Esta concurrencia de intereses está recogida igualmente en la parte introductoria acerca de los objetivos fundamentales de un régimen de insolvencia, de la Guía Legislativa en la materia de CNUDMI ([2006], p. 11), al referirse a que la imposibilidad de un deudor de pagar sus deudas y cumplir otras obligaciones, son muchos y muy diversos los intereses involucrados, entre ellos el deudor, los propietarios y los directivos de la empresa de éste, los acreedores que estén respaldados por garantías de diverso grado (incluidas las administraciones tributarias y otros acreedores públicos), los trabajadores, los garantes de la deuda y los proveedores de bienes y servicios.

¹²⁹ Preámbulo, V., de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (BOE núm. 245, de 11.10.2011, págs. 106745 a 10680). De la lectura de su preámbulo es posible destacar que para esta ley el deterioro de la situación económica acentuó determinados aspectos de la legislación concursal que resultaron disfuncionales y pusieron de manifiesto el incumplimiento de uno de los propósitos principales de la LC, que es la conservación de la actividad profesional o empresarial del concursado. Junto con poner en el tapete de la discusión el dato empírico de que la mayor parte de los concursos concluían con la liquidación de la empresa, el cese de actividades y el despido de los trabajadores, esta reforma legal pretendió avanzar en los denominados institutos preconcursales, ofreciendo a las empresas una solución más ágil y económica a sus crisis, a través de acuerdos de refinanciación y la solución conservativa del concurso. Ello fue plasmado en el reforzamiento de la posibilidad de realizar modificaciones estructurales durante el concurso de acreedores, como se verá.

se refuerza la posibilidad de realizar modificaciones estructurales durante el concurso de acreedores. De esta manera, los convenios de transmisión de empresa mediante modificaciones estructurales y los convenios de asunción constituyen el elenco de figuras que pueden ser utilizados en el ámbito concursal a objeto de transmitir la empresa en concurso, que contempla la Ley Concursal, y a los que nos referiremos en los apartados siguientes¹³⁰.

1.3. Oportunidades para acordar un convenio concursal

1.3.1. El convenio concursal durante la fase común: propuesta anticipada de convenio

La exposición de motivos de la LC, junto con declarar que el convenio conforma la solución normal del concurso, y el fomento que la ley hará de él, considera, entre las medidas para facilitar esta solución del concurso, la admisión de la propuesta anticipada de convenio que el deudor puede presentar con la propia solicitud de concurso voluntario o, incluso, cuando se trate de concurso necesario, hasta la expiración del plazo de comunicación de créditos, siempre que vaya acompañada de adhesiones de acreedores en el porcentaje que la ley establece. Agregando que la regulación de esta propuesta anticipada permite, incluso, la aprobación judicial del convenio durante la fase común del concurso, destacando la notoria economía de tiempo y de gastos que ello debe suponer¹³¹. En efecto, la propuesta de convenio anticipado (PAC) puede permitir una reducción de los costes, la consecución del convenio y la conservación de la actividad empresarial y, por tanto, se transforma en un instrumento idóneo para la mejor satisfacción de los créditos de los acreedores¹³².

¹³⁰ Atendiendo a la literalidad de la prevención del apartado 3 del artículo 100 de la LC, que prohíbe propuestas de convenio que puedan consistir en cualquier forma de liquidación global del patrimonio del concursado, se ha planteado que dicha prohibición podría no incluir aquellas enajenaciones que afectan sólo a parte del patrimonio del concursado, esto es, a una o varias de las unidades productivas que conforman la empresa. Éstas serían una enajenación parcial que no alcanzaría la condición de liquidación global de empresa, prohibida por la norma, y que podría por tanto ser objeto de un convenio concursal distinto o diverso de la figura regulada del convenio de asunción, a que se refiere el apartado 2 del artículo 100 citado (GARNACHO [2013], p. 265).

¹³¹ EM, VI, iii. No obstante lo anterior, el uso de este recurso es menor. A modo de ejemplo, en el primer del año 2014 en curso, según información proporcionada por el Instituto Nacional de Estadísticas, el número de propuestas anticipada de convenio es de 4, de un universo de concursos de 2.090, y en los cuatro casos su contenido se reduce la quita y espera. El último trimestre del año 2013, de un total de 2.285 concursos, sólo 19 consideraron una propuesta anticipada de convenio, con igual contenido.

¹³² JACQUET (2012), p. 41-43.

Esta propuesta se caracteriza por su tramitación durante la fase común y por constituir una instancia de solución al concurso reservada sólo al deudor. Sin perjuicio de las adhesiones y mayorías que la ley exige para su formulación y aprobación, los acreedores, no se encuentran legitimados para su presentación. Esta facultad exclusiva se une a lo dispuesto en el artículo 5 bis de la LC, sobre comunicación de negociaciones y efectos sobre el deber de solicitud de concurso, que prevé que el deudor pueda poner en conocimiento del juzgado competente para la declaración de su concurso que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio en los términos previstos en la ley (art. 5 bis.1 LC)¹³³. Esta comunicación, formulada dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia, libera al deudor del deber de solicitar la declaración de concurso voluntario (arts. 5 y 4 bis.2 LC), y sirve de base para la propuesta de convenio anticipado que le permita superar la situación de insolvencia actual que le afecta. En estricto rigor, el convenio concursal que es producto de una propuesta anticipada de convenio se comienza a materializar fuera del concurso. Esta fue la estrategia seguida en los concursos de las sociedades Fiesta S.A. y Fiestasa S.L., y se basó en una propuesta de convenio de fusión por absorción de ambas sociedades¹³⁴.

A partir de su artículo 104, la LC regula la propuesta anticipada de convenio, que por definición precederá a la fase de convenio propiamente tal. Junto con definir la oportunidad para su presentación, que va desde la solicitud de concurso voluntario o desde la declaración de concurso necesario hasta la expiración del plazo de comunicación de créditos (art. 104 LC), la LC considera expresamente que el juez del concurso deba rechazar su admisión a trámite cuando aprecie infracción legal en su contenido (art. 106.3 LC). En particular, respecto del contenido legal y potestativo del mismo, la LC no contiene referencias especiales, por lo que su contenido podrá y deberá ajustarse a aquel a que se refiere el artículo

¹³³ Introducido por la Ley 38/2011, y modificado por: la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (BOE núm. 233, de 28.09.2013, págs. 78787 a 78882); Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial (BOE núm. 58, de 8.03.2014, págs. 21944 a 21964); Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial (BOE núm. 238, de 1.10.2014, págs. 77261 a 77289), y recientemente por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal.

¹³⁴ SJMNº 4 de Madrid, núm. 6/2013, de 7.02.2013 (AC 2013\688), que además de reconocer como contenido posible de un convenio concursal la fusión de la sociedad concursada, particularmente lo hace respecto de una fusión de dos sociedades concursadas, recogiendo el valor del convenio como expresión de una voluntad colectiva, propia del proceso concursal con efecto *ad extra*.

100 de la LC. No podrá, por tanto, de acuerdo a las reglas generales, considerar aquel contenido prohibido, esto es, la cesión de bienes y derechos a los acreedores y de cualquier otra forma de liquidación global del patrimonio del deudor, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 155.4 de la LC; la alteración de la clasificación o el importe nominal de los créditos concursales, o contener propuestas condicionadas. Luego su contenido quedará definido por las alternativas que plantea el aludido artículo 100 que, incluyendo el presupuesto de carácter imperativo de las quitas y las esperas, pueden incluir ofertas de conversión de los créditos en acciones, participaciones, cuotas sociales; ofertas de conversión de créditos en créditos participativos, y también propuestas de convenio con asunción o propuestas de convenio con modificación estructural de la sociedad concursada.

No debiera generar resistencia a la idea de que la modificación estructural pudiera irse elaborando durante el desarrollo de la fase común del concurso. Declarado el concurso, durante la sustanciación de la fase común, se ha estimado que la sociedad concursada sólo podría participar en un proceso de reestructuración societaria como adquirente, debido a que durante esta fase sólo serían posibles enajenaciones singulares de bienes, conforme al artículo 43 de la LC¹³⁵, y no transmisiones a título universal, y que sería el criterio recogido por algunas sentencias¹³⁶, y por cuanto una modificación estructural en la fase común podría significar imponer a los acreedores una solución sin la posibilidad de participar colectivamente¹³⁷. Pero nos parece que no existen inconvenientes o impedimentos de texto o de fondo para que durante la fase común este tipo de operaciones puedan ser parte del contenido de una propuesta anticipada de convenio, como en la práctica ha ocurrido, más allá de las dificultades prácticas de coordinar las normas concursales con las propias de la LME. En efecto, la Ley Concursal no ha delimitado de modo particular el contenido que puede contener esta propuesta. Si la sociedad deudora ha iniciado un proceso de negociaciones con el objeto de alcanzar una fusión, escisión o cesión global antes de solicitar su declaración de concurso, la alternativa de presentar una solicitud de propuesta anticipada de convenio le permitirá incluir el proyecto de modificación estructural generado en la fase preconcursal. Así, el deudor que no se hallare afecto por alguna de las prohibiciones contempladas en el artículo 105 de la

¹³⁵ VILATA (2012, p. 181).

¹³⁶ AJM N° 1 de Madrid, S/Núm., de 27.04.2005 (concurso Dorlast, S.L; AC 2005\1129).

¹³⁷ CABANAS y BONARDELL (2013), p. 100.

LC¹³⁸, podrá presentar oferta de propuesta anticipada de convenio, desde la solicitud de concurso voluntario o desde la declaración de concurso necesario y hasta a expiración del plazo de comunicación de créditos, sobre la base, por ejemplo, de una propuesta de acuerdo previo entre él y un tercero como futuro adquirente o asuntor.

Si finalmente el convenio propuesto anticipadamente resulta aprobado, la sentencia que así lo declara pondrá fin a la fase común del concurso y, sin apertura de la fase de convenio, declarará aprobado el convenio con los efectos establecidos en los artículos 133 a 136 de la LC; en otro caso, dictará auto abriendo la fase de convenio o liquidación, según corresponda (art. 109.1 con relación al art. 2, ambos de la LC), sin perjuicio de la prevención sobre el mantenimiento de propuestas no aprobadas, a que se refiere el artículo 110 de la LC.

Si bien, como se precisó previamente, la propuesta de anticipada de convenio es resorte exclusivo del deudor, y no se considera su formulación por parte de los acreedores dentro de la fase común, el artículo 113.1 de la LC considera la posibilidad de que transcurrido el plazo de comunicación de créditos y hasta la finalización del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores, si no se hubiesen presentado impugnaciones o, de haberse presentado, hasta la fecha en que se pongan de manifiesto en la oficina judicial los textos definitivos de aquellos documentos, podrán presentar propuesta de convenio los acreedores cuyos créditos consten en el concurso y superen, conjunta o individualmente, una quinta parte del total pasivo resultante de la lista definitiva de acreedores, salvo que el concursado tuviere solicitada la liquidación.

La identificación y definición de unidades de negocio con actividad productiva, susceptibles de ser gestionadas y que puedan ser de interés para terceros y que puedan, por tanto, ser enajenadas de manera autónoma como parte de una propuesta de convenio concursal traslativo, es uno de los problemas que puede presentarse cuando se trata de una propuesta de convenio anticipada. Pero también es cierto que la fase común puede ser una muy instancia oportuna para anticipar los requisitos que deberá cumplir un convenio con un contenido traslativo de empresa en los términos en que lo hemos estado postulando. Sin perjuicio de lo que digamos al momento de analizar en particular los convenios con modificación estructural, y particularmente sobre la manera en que deben ser incardinados

¹³⁸ Esto es, no haber sido condenado en sentencia firme por delito contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública, la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores, o no haber incumplido en alguno de los tres últimos ejercicios la obligación del depósito de las cuentas anuales (art. 105.1 LC).

el convenio y el proceso concursal con una fusión u otra operación de reestructuración de esta naturaleza, para algunos la modificación estructural debe preceder al convenio y en tal sentido la fase común permitiría también completar trámites esenciales como la escritura de fusión y el agotamiento del derecho de oposición a que se refiere la LME¹³⁹.

1.3.2. Fase de convenio

Como hemos expresado en apartados anteriores de este trabajo, el concurso significa para los acreedores una especie de «*solidarización*» de la defensa de sus intereses. El convenio concursal viene a materializar las soluciones colectivas al problema de la insolvencia del concursado, en el marco de esa estructura comunitaria y universal del concurso. Frente al deudor no se sitúan el conjunto de acreedores aislada o individualmente considerados, sino que, como contraparte, una comunidad de acreedores o masa pasiva del concurso que actúa orgánicamente en la fase de convenio a través de una junta de acreedores, que como instrumento concursal canaliza la voluntad colectiva de los acreedores, y habrá de constituirse en la fase de convenio cuando no se haya aprobado por el sistema de adhesiones escritas una propuesta anticipada.

La LC considera, en concordancia con lo anterior, la fase de convenio como la instancia dentro del procedimiento destinada especialmente a lograr una solución pactada entre el deudor concursado y sus acreedores. Finalizada la fase común, se abre la fase de convenio en la que se encuentran legitimados para formular propuestas de convenio el deudor, sin necesidad de contar con adhesión alguna en apoyo a su propuesta, y los acreedores cuyos créditos consten en el concurso y superen, conjunta o individualmente, una quinta parte del total pasivo resultante de la lista definitiva de acreedores¹⁴⁰. La oportunidad para hacerlo se extiende hasta cuarenta días hábiles antes de la fecha señalada para la celebración de la junta de acreedores (art. 113.2 LC)¹⁴¹. E incluso, los acreedores adquieren esta prerrogativa aun

¹³⁹ CABANAS y BONARDELL (2013), p. 100.

¹⁴⁰ A estos efectos debe tratarse de créditos que tenga derecho a voto, esto es, ordinarios o privilegiados, y que no hubieran sido adquiridos por actos entre vivos después de la declaración de concurso, salvo que ello hubiera tenido lugar por título universal o como consecuencia de una realización forzosa. Conforme al artículo 123.1 de la LC, el voto de un acreedor privilegiado a favor de una propuesta produce los efectos que resulten del contenido de éste respecto de su crédito y privilegio, una vez que la propuesta sea aceptada por la junta y de que el juez apruebe el correspondiente convenio.

¹⁴¹ Atenido que existe la posibilidad de que el plazo de cuarenta días para formular propuesta se convenio se extienda más allá de la oportunidad fijada para la celebración de la junta de acreedores, que debe ser convocada para su celebración debe hacerse dentro del tercer mes contado desde la fecha del auto que pone fin a la fase

cuando se encuentre en tramitación una propuesta anticipada de convenio, y sin necesidad de contar con la conformidad del deudor para su presentación. Sólo una vez que aquella haya adquirido las mayorías necesarias para su aprobación, nacerá el derecho del concursado para aceptarla, oponerse a ella o solicitar la liquidación.

A diferencia de lo que ocurre respecto de la propuesta anticipada de convenio, en la fase de convenio la propuesta puede proceder de todos o algunos de los acreedores, y será el resultado de un preacuerdo entre ellos y el tercero futuro adquirente, en el caso del convenio con asunción, o con los administradores sociales, a lo menos, de una sociedad *in bonis*, en la hipótesis de modificación estructural. Finalmente, estas propuestas requerirán la aceptación por la junta de acreedores y la conformidad del concursado *ex* artículo 128.3 de la LC¹⁴², pero sin que la Ley Concursal haya clarificado la forma y la oportunidad en que el deudor deberá prestar dicha conformidad.

1.3.3. El convenio concursal en el procedimiento abreviado

El capítulo II, del Título VIII de la LC, regula el denominado procedimiento abreviado (PA), conformado originalmente por los artículos 190 y 191 de la LC, y al cual se adicionaron los artículos 190 bis, 191 ter y 191 quáter, por la Ley 38/2011, que también modificó sustancialmente el primero de los artículos mencionados, todo ello a fin de paliar la excesiva duración del procedimiento concursal. Por ello, el procedimiento abreviado se traduce principalmente en una simplificación del procedimiento y en un acortamiento de los plazos previstos en el procedimiento ordinario para la realización de las actuaciones procesales, tal como lo contemplan los artículos 191 a 191 ter de la LC¹⁴³. Recientemente, la Ley 9/2015,

común del concurso y abre la fase de convenio y ordena la formación de la sección quinta, será conveniente prorrogar aquel plazo de cuarenta días a fin de permitir la presentación de propuestas de convenio antes de la junta de acreedores.

¹⁴² La posibilidad de *convenios expromisorio* en el ámbito concursal, que marginan al deudor del acuerdo o convenio, prescindiendo de su consentimiento para su celebración, fue planteada y debatida a propósito de los convenios de suspensión de pago y de los convenios solutorios de quiebra, especialmente a la luz de lo dispuesto en el artículo 1205 del CC, y su implicancia respecto del principio constitucional de propiedad privada y libertad de empresa, reconocidos en el artículo 38 CE (PULGAR [2007], p. 900).

¹⁴³ La regla general que contemplaba el texto original de este artículo, que se traducía en que ley entendiera reducido los plazos a la mitad, redondeándolos al alza si no es un número entero, no contribuía significativamente a la reducción del tiempo de duración del procedimiento. En la reforma del año 2011, el legislador ha optado por consignar expresamente plazos especiales para las diversas actuaciones del concurso dentro de este procedimiento.

Efectivamente, respecto de la duración de los procedimientos, los datos estadísticos muestran que en el año 2014 los procedimientos ordinarios fueron más lentos que los procedimientos abreviados. Si se considera la

de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, adicionó un apartado 7 al artículo 191 y un apartado 4 al artículo 191 ter, ambos de la Ley Concursal, a objeto de considerar y hacer aplicable en las propuestas de convenio, y también en la liquidación, dentro del procedimiento abreviado, las especialidades previstas en los artículos 146 bis y 149 de la LC, en los casos de transmisión de unidades productivas, y que serán considerada en el desarrollo de este trabajo.

Este procedimiento provee, con carácter general, una instancia procesal simplificada a aquellos concursos que no revistan especial complejidad, atendida a las circunstancias de que la masa pasiva esté conformada por menos de cincuenta acreedores, que la estimación inicial del pasivo no superaría los cinco millones de euros, y al hecho de que la valoración de los bienes y derechos no alcance ese valor (art 190.1 LC)¹⁴⁴. Junto a este supuesto de general de aplicación, basado en la inexistencia de especial complejidad del concurso, el procedimiento abreviado puede ser empleado, también, para acelerar la consecución de una solución para el concurso, cuando ello parece más inminente. El artículo 190 de la LC, en sus apartados 2 y 3, prevé dos supuestos específicos de aplicación de este procedimiento¹⁴⁵. Por una parte, en el apartado 2, se señala que el juez puede aplicar el procedimiento abreviado cuando el deudor presente propuesta anticipada de convenio o una propuesta de convenio que incluya una

mediana, los concursos de sociedades se demoran 2,5 meses más en superar la fase común ordinaria que aquellos que lo hicieron a través de concursos abreviados. En el mismo año, la fase común en el procedimiento abreviado tiene una duración promedio de 336 días y una mediana de 262 días; en cambio, en el procedimiento ordinario, la fase común tuvo una duración promedio de 379 días y una mediana de 336 días.

En la fase de convenio, en el año 2014, los concursos se tardaron 149 días promedio en alcanzar un convenio (cuando los hubo) por medio de un procedimiento abreviado, y 164 días en los procedimientos ordinarios. Para aprobar el plan de liquidación, en cambio, los tiempos no difieren en promedio: el tiempo promedio fue de 158 días, en procedimientos abreviados, y 157 días, en procedimientos ordinarios, respectivamente. (REGISTRADORES [2015], págs. 78, 83 y 85).

En cuanto al empleo del procedimiento abreviado, en el año 2015, hasta su tercer trimestre, de un total de 1143 concursos declarados, 948 se iniciaron a través de un procedimiento de esta especie (INE [2015], p. 9). En el año 2014, de un total de 7280 concursos, 5.986 fueron abiertos mediante un procedimiento abreviado y 1294 concursos a través del procedimiento ordinario (INE, en estadísticas del procedimiento concursal, EPC).

¹⁴⁴ No queda claro si estas circunstancias constituye o no un *numerus clausus* o *apertus*.

¹⁴⁵ El segundo supuesto de aplicación del procedimiento abreviado, es recogido en el apartado 3º del artículo 190 de la LC, e impone al juez del concurso la aplicación necesaria del PA cuando el deudor presente, junto con la solicitud de concurso, un plan de liquidación que contenga una propuesta escrita vinculante de compra de la unidad productiva en funcionamiento o que el deudor hubiera cesado completamente en su actividad y no tuviera en vigor contratos de trabajo. Sobre esta hipótesis volveremos luego al analizar la transmisión de la empresa en el ámbito de la liquidación concursal. Por ahora nos interesa destacar que en este caso se prevé que el juez del concurso debe aplicar necesariamente el procedimiento abreviado cuando el deudor presente, junto con la solicitud de concurso, un plan de liquidación que contenga una propuesta escrita vinculante de compra de la unidad productiva en funcionamiento o que el deudor hubiera cesado completamente en su actividad y no tuviera en vigor contratos de trabajo (art. 190.3 LC).

modificación estructural por la que se transmita íntegramente su activo y su pasivo. En este caso, esta propuesta no estaría sujeta a los requisitos o límites cuantitativos establecidos en el apartado 1, del artículo 190 de la LC. En estricto rigor, se trata de dos hipótesis distintas pero que descansan en el elemento común del convenio concursal, a saber:

- a) Una primera hipótesis considera la posibilidad de aplicar el procedimiento abreviado cuando el deudor presente una propuesta anticipada de convenio. Esto permitiría conectar el convenio de asunción con el procedimiento abreviado precisamente cuando aquél forme parte de una propuesta anticipada de convenio. Sin perjuicio de que sobre el particular nos referiremos en extenso en el siguiente apartado de este trabajo, desde ya podemos decir que los convenios de asunción deben sujetarse a las prevenciones contempladas por el artículo 146 bis, respecto de la transmisión de unidades productivas del concursado, por aplicación del artículo 100.2.III de la LC, y en el procedimiento abreviado, además, por la exigencia formulada en tal sentido por el artículo 191 de la LC.
- b) La segunda hipótesis dentro del apartado 2, del artículo 190 de la LC, descansa en el supuesto en que el deudor presenta una propuesta de convenio que incluye una modificación estructural por la que se transmita íntegramente su activo y pasivo. La norma no exige que se trate de un supuesto de propuesta anticipada de convenio; sí es requisito que la propuesta se haya presentado por el propio concursado. Pero sin duda el elemento definitorio en aplicación del PA, bajo este supuesto, es el contenido del convenio propuesto, y que se refiere a las operaciones de restructuración societaria de carácter traslativa.

De este modo, junto al reconocimiento que hace la propia Ley Concursal, en el artículo 100.2 de la LC, a la figura particular del convenio de asunción, como convenio de transmisión patrimonial, encontramos en la prevención del artículo 190.2 de la LC, un claro reconocimiento a otra especie singular de convenios: aquellos que acuerdan someter a la sociedad concursada a una modificación estructural traslativa, que favorecen la conservación de la empresa, y que pueden tener una especial aplicación en los concursos como supuesto de procedimiento abreviado. Esta referencia es concordante con la mención que hace el artículo 100.3.I de la LC, a la fusión, la escisión o cesión global de activo y pasivo, como contenido posible del convenio concursal.

Esta hipótesis, además, no quedaría sujeta a las especialidades que considera para este procedimiento el artículo 191 bis de la LC, por cuanto éstas se aplican solamente cuando se trate de una propuesta anticipada. Conforme a ello, el convenio con modificación estructural se regulará dentro del procedimiento abreviado por las normas que regulan la propuesta de convenio para el procedimiento ordinario con las especialidades del artículo 191 de la LC.

Pero, por otra parte, al señalar el artículo 190.2 de la LC que debe tratarse de una propuesta de convenio que incluya una modificación estructural por la que se transmita íntegramente el activo y pasivo de la sociedad concursada, hacer surgir dudas acerca de modificaciones estructurales que no supongan la transmisión íntegra sino parcial del activo y pasivo de la sociedad concursada, y acerca de si es aplicable la norma cuando es la sociedad concursada la que adquiere un patrimonio de una tercera sociedad o parte de él. A la vista del sentido de la norma, que fuera objeto de modificación por la Ley 38/2011, y los objetivos de la misma, y el hecho de que el apartado 1º del artículo 190 de la LC considera, con carácter general, que el juez puede aplicar el procedimiento abreviado cuando, a la vista de la información disponible, considere que el concurso no reviste especial complejidad, puede llevar a pensar que dicha hipótesis puede ser también recogida dentro del procedimiento abreviado, pero no es muy claro que un convenio con modificación estructural pueda ser interpretado como un concurso que no reviste especial complejidad¹⁴⁶.

Por último, un comentario aplicable a ambas hipótesis, cual es que la concurrencia de los supuestos a que se refieren las prevenciones del apartado 2, del artículo 190 de LC, no aseguran de modo necesario la aplicación del procedimiento abreviado. Es el juez del concurso quien debe ponderar las circunstancias concurrentes para resolver, fundadamente, si da lugar o no a la aplicación de dicho procedimiento¹⁴⁷.

¹⁴⁶ ARANGUREN (2013), p. 485-486.

¹⁴⁷ Así, también, en el caso de que la propuesta de convenio contemple la aplicación de una modificación estructural, si ésta finalmente no tiene lugar por razones societarias, como la falta de quorum para su aprobación por parte de la junta de accionistas de las sociedades involucradas o debido a la oposición a su aprobación deducida por acreedores de las mismas, podría considerarse una hipótesis en que el juez del concurso podría transformar el procedimiento abreviado en ordinario, en atención a la modificación de las circunstancias previstas para su aplicación (art. 190.4 LC).

1.4. Aprobación y eficacia del convenio

En virtud de las reformas a la LC, efectuadas por el Real Decreto-ley 11/2014 y la Ley 9/2015, se ha modificado el régimen de las mayorías necesarias para la aceptación de propuestas de convenio, conforme al artículo 124 de la LC. Si el artículo 100.1 de la LC ha suprimido los límites para pactar quitas y esperas, el artículo 124 de la LC ha elevado los niveles de aprobación del convenio en ciertas hipótesis asociadas a la magnitud de las quitas y esperas acordadas¹⁴⁸.

De acuerdo al citado artículo 124 de la LC, las mayorías necesarias para la aprobación del convenio por la junta de acreedores, debidamente constituida (*ex art. 116 LC*), teniendo en cuenta las reglas de deliberación y votación (*ex art. 121 LC*)¹⁴⁹, son las siguientes:

- i) Del cincuenta por ciento del pasivo ordinario, cuando la propuesta de convenio contenga de las siguientes propuestas (art. 124.1.a) LC):
 - a) quitas iguales o inferiores a la mitad del importe del crédito.
 - b) esperas, ya sean de principal, de intereses o de cualquier otra cantidad adeudada, con un plazo no superior a cinco años.
 - c) la conversión de deuda en préstamos participativos durante el mismo plazo. Esto no es aplicable respecto de los acreedores públicos o laborales, según señala el artículo 124.1.a) de la LC. Estos créditos, de acuerdo al artículo 94.2.1º y 2º de la LC, conforman clases de acreedores con crédito privilegiado. La exclusión del artículo 124.1.a) de la LC deben entenderse referida a los créditos públicos y

¹⁴⁸ DÍAZ (2015), p. 36 y 47.

¹⁴⁹ Al respecto debemos tener presente que conforme al artículo 121.4 de la LC, tras concluir el debate, el presidente de la junta de acreedores deberá someter la propuesta de convenio a votación nominal y por llamamiento de los acreedores asistentes con derecho a voto. Al respecto se puede precisar:

- i) Los acreedores asistentes pueden emitir su voto en el sentido que estimen conveniente, aunque hubieren firmado la propuesta o se hubieren adherido a ella (art. 121.4.I LC)
- ii) Se computarán como votos favorables a la correspondiente propuesta de convenio los de los acreedores firmantes y los de los adheridos que no asistiendo a la junta hayan sido tenidos por presentes (art. 121.4.II LC).
- iii) Tratándose de los acreedores sujetos a un régimen o pacto de sindicación, se entenderá que votan a favor del convenio cuando voten en ese sentido al menos el setenta por ciento del pasivo afectado por el acuerdo en régimen de sindicación, salvo que las normas que regulan la sindicación establezcan una mayoría inferior, en cuyo caso será de aplicación esta última. Esta previsión se aplicará para el cómputo de las mayorías necesarias para la aprobación del convenio y para la extensión de sus efectos a acreedores no participantes o disidentes (art. 124.III LC).

El apartado 4 del 121 de la LC fue modificado por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, procedente del Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre.

laborales ordinarios y subordinados¹⁵⁰. En cuanto titulares de créditos con privilegio les será aplicable lo dispuesto en el artículo 134.3.b) de la LC, que consideraremos luego.

El artículo 124.1.a).II de la LC, establece una regla especial frente a la mayoría del cincuenta por ciento. Si la propuesta consiste en el pago íntegro de los créditos ordinarios en un plazo no superior a tres años o en el pago inmediato de los créditos ordinarios vencidos con quita inferior al veinte por ciento, es suficiente que vote a su favor una porción del pasivo superior a la que vote en contra.

- ii) El sesenta por ciento del pasivo ordinario, cuando la propuesta de convenio contenga alguna de las siguientes propuestas (art. 124.1.b] LC):
 - a) esperas con un plazo de más de cinco años, pero en ningún caso superior a diez.
 - b) quitas superiores a la mitad del importe del crédito.
 - c) conversión de deuda en préstamos participativos por el mismo plazo y a las demás medidas previstas en el artículo 100 de la LC, dentro de las podemos considerar los convenios con asunción y aquellos que contengas modificaciones estructurales.

Esto no es aplicable igualmente a los acreedores públicos y laborales ordinarios y subordinados.

El apartado 2 del artículo 124 de la LC, consideran incluidos en el pasivo ordinario del concurso los acreedores privilegiados que voten a favor de la propuesta, a efectos del cómputo de las mayorías antes señaladas.

Si no se alcanzaren las mayorías exigidas se entiende que el convenio sometido a votación es rechazado (art. 124.3 LC). En cambio, alcanzada las mayorías el convenio es aprobado y sus efectos se extienden a los acreedores del concursado conforme las reglas dispuestas en el artículo 134 de la LC, sobre la extensión subjetiva del convenio. De acuerdo a esta disposición, el contenido del convenio vincula:

- i) En primer término, al deudor concursado (art. 134.1 LC).

¹⁵⁰ GUTIÉRREZ (2015), p. 171.

- ii) A los acreedores ordinarios y subordinados, respecto de los créditos que fuesen anteriores a la declaración de concurso, aunque, por cualquier causa, no hubiesen sido reconocidos (art. 134.1 LC).

El artículo 124.3 de la LC dispone que la *«aprobación del convenio implicará la extensión de sus efectos a los acreedores ordinarios y subordinados que no hubieran votado a favor, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 134 de la LC»*.

- iii) Los acreedores privilegiados, conforme a los siguientes criterios:
 - a) Si votan a favor de la propuesta o si su firma o adhesión a aquélla se hubiere computado como voto favorable (art. 134.2 LC).
 - b) Si prestan su adhesión en forma antes de la declaración judicial del cumplimiento, al convenio ya aceptado por los acreedores o aprobado por el juez (art. 134.2 LC).
 - c) Si concurre una mayoría del sesenta por ciento de acreedores de su misma clase, según definición del artículo 94.2 de la LC (laborales, públicos, financieros y resto de acreedores). Este quorum se aplica cuando la propuesta de convenio contiene quitas iguales o inferiores a la mitad del importe del crédito o esperas con un plazo no superior a cinco años (art.124.1.a], y 134.3.a] LC).

Esa mayoría se eleva a un setenta y cinco por ciento cuando la propuesta de convenio contiene esperas con un plazo de más de cinco años, pero no superior a diez años; quitas superiores a la mitad del importe del crédito, y, en el caso de acreedores distintos de los públicos o los laborales, la conversión de deuda en préstamos participativos por el mismo plazo y a las demás medidas previstas en el artículo 100, (art. 124.1.b], y 134.3.b] LC).

Tratándose de los acreedores titulares de créditos con privilegio especial, el cómputo de las mayorías se hará en función de la proporción de las garantías aceptantes sobre el valor total de las garantías otorgadas dentro de cada clase, (art. 134.3.II LC). En el caso de los acreedores con créditos con privilegio general el cómputo se realizará en función del pasivo aceptante sobre el total del pasivo que se beneficie de privilegio general dentro de cada clase (art. 134.3.III LC).

Debe entenderse que en la hipótesis de que se no alcancen a reunir las mayorías necesarias en cada clase, para que se produzca lo que se ha denominado un efecto de «*arrastre*»¹⁵¹, el convenio vinculará en todo caso a los acreedores titulares de créditos con privilegio que hubieren votado a favor del mismo.

¹⁵¹ DÍAZ (2015), p. 52.

2. TRANSMISIÓN DE LA EMPRESA CONCURSADA MEDIANTE UN CONVENIO DE ASUNCIÓN

Conforme a la redacción actual del artículo 100 de la LC, tras las modificaciones de que fuera objeto en virtud de la Ley 9/2015, que recoge las reformas hechas por el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre:

«También podrán incluirse en la propuesta de convenio 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, que se registrarán por lo dispuesto en el artículo 146 bis (art. 100.2.III LC).

Las proposiciones incluirán necesariamente la asunción por el adquirente de la continuidad de la actividad empresarial o profesional propia de las unidades productivas a las que afecte. En estos casos, deberán ser oídos los representantes legales de los trabajadores» (art. 100.2.IV LC)¹⁵².

2.1. Compraventa de activos

La adquisición de la empresa de la sociedad concursada o de alguna de sus unidades productivas nos exige una revisión muy general de la compraventa de empresa y activos empresariales, para luego considerar, en el ámbito del concurso, la figura del convenio de asunción¹⁵³. Conforme a ello, en términos generales, podemos decir que la transmisión de la

¹⁵² Si bien la redacción original del apartado 2, del artículo 100 de la LC, se había mantenido con la Ley 38/2011, que había separado en dos párrafos distintos el concepto de convenio de asunción (párrafo 2º) y el contenido obligacional del mismo (párrafo 3º), el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal, y la Ley 9/2015, de 25 de septiembre, homónima, vienen a modificar sustancialmente el contenido de los convenios de asunción, respecto de los términos a los que hasta este momento estaba establecido. Sobre este punto nos referiremos en extenso en el desarrollo de este apartado de este trabajo.

¹⁵³ Nos referimos aquí a la compra de activos y no a las operaciones de compra de acciones o participaciones sociales de una sociedad mercantil (*share deal*) que difiere en diversos aspectos de la compraventa de empresa. El número de operaciones y contratos que deben llevarse a cabo para transferir el dominio de los activos al adquirente de la compraventa, los sujetos que concurren a su celebración, el objeto del contrato y el alcance de las obligaciones que asume el adquirente son algunos de los puntos diferenciadores.

En la compraventa de acciones o participaciones sociales son los socios o accionistas de la sociedad mercantil, y no ésta, quienes participan en la operación transfiriendo a un tercero todo o parte de sus acciones o participaciones sociales en una determinada sociedad, siendo dichas acciones o participaciones el objeto del contrato. Al igual que sucede en la adquisición de activos, la compraventa de acciones o participaciones sociales no significa una subrogación automática en el pasivo que afecta a la empresa del vendedor ni en la posición que éste ocupa en los contratos celebrados con terceros, pero ello se produce precisamente porque la sociedad,

empresa o de unidades productivas mediante la compra de activos (*asset deal*) plantea diversas cuestiones o interrogantes, muchas de ellas derivadas especialmente de las dificultades que surgen de su carácter atípico y de la heterogeneidad de elementos que componen la empresa, a la hora de definir su naturaleza jurídica del contrato que le sirve de sustento y, por ende, las normas legales que le son aplicables¹⁵⁴ y que definen, entre otros extremos, su forma, su contenido y el alcance de los derechos y obligaciones que de él nacen.¹⁵⁵ Estas dificultades

cuyas acciones o participaciones sociales son objeto del contrato respectivo, sigue siendo propietaria de sus activos y pasivos, y continúa detentando la calidad de parte en los contratos por ella celebrados.

No es un dato menor en un examen diferenciado entre ambas figuras, el hecho de que el adquirente de activos no se subroga automáticamente, que exigen el consentimiento de los acreedores y de los co-contrantes, en cada caso.

Por último, y como corolario de todo lo anterior, es que puede observarse el tratamiento diferenciado que deben tener en el contexto de un procedimiento concursal. Por una parte, no existe un obstáculo normativo que impida a los socios de una sociedad concursada enajenar sus acciones o participaciones sociales, aunque ello pueda resultar en los hechos una operación poco probable. Diametralmente opuesta es la situación de la venta de activos de la concursada, puesto que su realización o liquidación unitaria o fragmentaria es el *quid* del concurso.

Las principales ventajas que puede presentar la adquisición de la sociedad mediante la compraventa de acciones o participaciones sociales, para los inversores, sea estos industriales o financieros, se encuentran en la adquisición del fondo de comercio de la empresa (cartera de clientes, relaciones con proveedores, imagen comercial, marca, etc.), o en el aprovechamiento de bases imponibles negativas. Al mismo tiempo, dicha adquisición puede traducirse en inconvenientes derivados de adquirir el control de una sociedad con todos sus pasivos, obligaciones y relaciones contractuales, y los compromisos financieros que ello supone. A ello, se puede unir la existencia de activos o unidades productivas deficitarias o no relevantes para el adquirente (BULNES [2009], p. 204).

¹⁵⁴ Al considerar el estatuto jurídico que la regula la compraventa de empresa, debemos tener en cuenta, en primer lugar, el tema relativo a la naturaleza jurídica de la adquisición. Un primer ámbito de discusión se ha dado sobre la mercantilidad de este negocio traslativo. Al respecto se puede afirmar que se estaría frente a un contrato de compraventa, pero particularmente, ante un contrato de compraventa mercantil. El objeto de esta compraventa, que recae sobre la empresa, que por su actividad tiene carácter mercantil, sería uno de los elementos determinantes para calificar la mercantilidad de la operación. En contra de esta idea parecieran alzarse los artículos 325 y 326 del Código de Comercio. No obstante, no parece que por sí solos estos artículos puedan llevarnos a excluir del campo mercantil el acto de comercio en que una persona física o jurídica adquiere una empresa o un establecimiento mercantil. Más aún si su naturaleza mercantil puede deducirse también de la naturaleza análoga con los actos de comercio (art. 2 CCOM). De acuerdo a ello, en cuanto contrato mercantil, en lo no previsto por las partes y que no resulte de las normas imperativas aplicables, regiría el Código de Comercio y las leyes mercantiles y, con carácter supletorio, el Derecho común (arts. 2 y 50 CCOM y art. 4.3. CC). Pero qué pasa si la enajenación no es voluntaria y se hace en el contexto de un proceso judicial. Cuando se trata de una venta forzada que se realiza dentro de un procedimiento de enajenación forzosa, dentro del cual puede darse la subasta judicial, la venta directa sin subasta (art. 640 LEC) y la atribución de la enajenación a una persona o empresa especializada (art. 641 LEC), la doctrina procesalista considera que no se estaría propiamente ante un contrato de compraventa, sino más bien en el ejercicio de la potestad jurisdiccional. Con todo, partiendo como premisa de que estamos ante un contrato de carácter mercantil y, por tanto, de la aplicación supletoria del Código de Comercio y las leyes mercantiles y, a su vez, del Derecho común. En el caso de la compra de activos que se realiza dentro de un procedimiento concursal debe estar, en primer término, a las normas imperativas aplicables contempladas en la Ley Concursal.

¹⁵⁵ No existiendo una norma que regula forma en que debe ser extendido el contrato de compraventa sobre empresa, la forma que adopte en definitiva deberá ser aquella que permita el propósito unitario de transmisión de la empresa. En este sentido, sin duda, la escritura pública aventaja a otros instrumentos y formas de materializar el contrato, dado que favorece la transferencia de los bienes involucrados en la operación. Además, de acuerdo al artículo 1462 del CC, el otorgamiento de una escritura pública de venta equivale a la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma no resultare o se dedujere claramente lo contrario. Sin perjuicio de

obligan a un redoblado esfuerzo interpretativo cuando dicha transmisión tiene lugar en el marco de un procedimiento concursal.

En cuanto negocio jurídico, cuyo objetivo y cumplimiento es la transmisión de la empresa, la compraventa de empresa ha sido calificado como un negocio jurídico atípico cuyo objeto es una empresa en su conjunto, esto es, la transmisión en forma unitaria de todo un conjunto de elementos personales, materiales e inmateriales, manteniendo la organización y actividad económica propia de la empresa¹⁵⁶. En mérito de este negocio jurídico y la consiguiente adquisición de la empresa, establecimiento o unidad productiva, una de las partes transfiere y la otra adquiere una pluralidad de elementos que han sido dispuestos y coordinados en una actividad de empresa en funcionamiento. En este sentido, cabe reiterar, entonces, que la empresa la conforman el conjunto agregado de bienes y derechos organizados por la actividad del empresario¹⁵⁷.

La ausencia de una regulación de conjunto y particular de este negocio exige recurrir a la normativa particular que regula la transmisión de cada uno de los elementos que conforma la empresa, construyendo de esta manera la definición del estatuto jurídico que la regula, no sin inconvenientes dado, como se dijo, el amplio abanico y heterogeneidad de elementos que pueden conformar una empresa. A partir de la teoría de la unidad de título y de la diversidad de modos de transmisión se pretende dar solución a dicha realidad conformada por una multiplicidad de elementos de diversa naturaleza. Para ello se parte de la idea básica de que si bien la compraventa de empresa implica un único y sólo contrato o negocio, de ordinario ello se traducirá en un conjunto de operaciones tendientes a transferir el dominio de los activos al adquirente, recogiendo la teoría de la unidad del título y la diversidad de los modos de transmisión. En efecto, la transmisión de la empresa mediante un contrato de compraventa de empresa implica aplicar el régimen de transmisión específico correspondiente a cada uno de los elementos patrimoniales comprometidos en la operación, de acuerdo a su naturaleza¹⁵⁸.

lo anterior, parece recomendable complementar el contenido de dicha escritura con uno o más inventarios que especifiquen de manera exhaustiva la relación de bienes y elementos que comprendan el objeto de la compraventa, a objeto de evitar controversias sobre el contenido de la obligación de entrega.

¹⁵⁶ TAPIA (2010), p. 277.

¹⁵⁷ ALONSO (2010), p. 569.

¹⁵⁸ CEBRIA (2005), p. 365, y GUTIÉRREZ (2013), p. 282.

El objeto del contrato es, por tanto, la *empresa en su conjunto* o alguna de sus unidades productivas, y lo que se pretende, por ende, es la transmisión en forma unitaria de todo un conjunto de elementos personales, materiales e inmateriales, de tal forma que se mantenga la organización propia de la empresa y no se vea interrumpida su actividad económica¹⁵⁹. Pero, marcando una importante y esencial diferencia con lo que ocurre en las modificaciones estructurales de transmisión patrimonial, la compraventa de empresa no es una transmisión a título universal sino a título singular y no conlleva una cesión automática de las relaciones jurídicas de la empresa al nuevo empresario. Esta convención, entre el empresario individual o sociedad mercantil y el adquirente de los activos sociales, permitiría a éste la adquisición de todo o parte de los activos que integran la empresa y su organización y de los que es titular el empresario o sociedad, pero que no significa una subrogación automática en el pasivo que afecta a la empresa del vendedor ni en la posición que éste ocupa en los contratos celebrados con terceros, que exigen el consentimiento de los acreedores y de los co-contratantes, en cada caso¹⁶⁰.

Respecto de las deudas de la empresa, cuya situación queda determinada, en general, de cara a los acreedores por el artículo 1205 del CC, el negocio supone una responsabilidad solidaria para el adquirente y el cedente por las deudas pendiente frente a la Hacienda Pública (art. 42.1.c) LGT), a la Tesorería General de la Seguridad Social (art. 127.2 TRLGSS), a los trabajadores de la empresa (art. 44.3 ET) y las entidades aseguradoras (art. 34.III LCS), y las normas legales que regulan en cada caso dichas deudas.

En cuanto a los créditos, si bien su transmisión entre cedente y adquirente no requiere del consentimiento del deudor, éste deberá ser puesto en conocimiento de la transferencia, a objeto de que la transmisión le sea oponible y proceda a pagar sólo al nuevo acreedor (art. 347 CCOM).

Sobre el traspaso de los contratos, éstos requerirán, por regla general, del consentimiento de la contratante. Por excepción encontramos casos en que se establece una subrogación legal, en atención al carácter *intuitu instrumenti* que presentaría el contrato de compraventa de

¹⁵⁹ TAPIA SÁNCHEZ (2011), p. 5.

¹⁶⁰ SIERRA (2011), p. 65.

Uno de los principales desincentivos para postular la transmisión automática de todos los créditos, deudas y contratos pendientes de ejecución, atendido al carácter unitario de las operaciones, está dado por la ausencia de un claro régimen de responsabilidad de los socios de la sociedad propietaria de la empresa que se transmite y la desprotección que ello pudiera suponer para los terceros que han contratado con la empresa o son acreedores de la misma.

empresa, de modo que el adquirente viene a ocupar el lugar del cedente en ciertos contratos, tales como: el contrato de trabajo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 44.1 del ET, en que, como veremos, la transmisión de una empresa de un titular a otro no implica la extinción del contrato de trabajo, quedando el nuevo empresario subrogado en la posición contractual ostentada con anterioridad por el empresario transmitente; o en el contrato de seguro, conforme al artículo 34 de la LCS. Dentro de este conjunto de excepcionalidad, también debemos considerar la regulación que se dan en el ámbito de la propiedad industrial e intelectual, respecto de la cesión de licencias obligatorias sobre patentes, para lo que se exige la transmisión de la empresa misma o de parte de la empresa que la explote y que la cesión sea expresamente anotada por el Registro de la Propiedad Industrial (art. 104.1 LP), exigiéndose también la transmisión de la empresa cuando se pretende la transmisión de invenciones no patentadas (art. 54.1 LP). En el derecho de marcas, se considera que la transmisión de la empresa en su totalidad implica la de sus marcas, salvo que exista pacto en contrario o ello se desprenda claramente de las circunstancias del caso (art. 47 LM). En la cesión de los derechos de explotación de obras intelectuales, la Ley de Propiedad Intelectual permite efectuar dicha cesión sin contar con el consentimiento expreso del cedente cuando la transmisión se lleve a cabo como consecuencia de la disolución o del cambio de titularidad de la empresa cesionaria (art. 49 LPI). Por último, a lo anterior podemos agregar, en el ámbito del contrato de arrendamiento, que una subrogación convencionalmente acordada permite al arrendador aumentar hasta en un veinte por ciento la renta al nuevo inquilino (art. 32.2 LAU).

El contenido del contrato de compraventa de empresa, conforme a lo anterior, vendrá determinado, en cada caso, por las particulares características de la empresa que se transmite. Se entiende que el vendedor se obliga a poner en manos del adquirente todos los elementos de la empresa, organizados en una unidad funcional que permita la continuidad del giro bajo similares o mejores criterios de eficiencia económica y productividad, a los existentes al tiempo de la venta¹⁶¹. Ello determinaría también, respecto de la parte vendedora, un cierto número de deberes u obligaciones de carácter activo (obligaciones de información precontractual y de colaboración post-contractual) y pasivo (obligaciones de confidencialidad y de no competencia), cuyo contenido y alcance no está exento de discusión, pero que cuya

¹⁶¹ TAPIA (2010), p. 280. El sentido y alcance de esta general obligación deberá ser objeto de revisión necesariamente cuando el objeto de la compraventa sea una empresa concursada, cuya eficiencia económica y productividad se encuentra mermadas hasta el grado de encontrarse aquella en insolvencia.

exigencia deriva de la buena fe que debe orientar la celebración del contrato y su cumplimiento (art. 1258 CC y art. 57 CCOM). Las obligaciones de información precontractual, de colaboración post-contractual y confidencialidad presentan problemas, especialmente, al momento de definir su extensión y la responsabilidad de la vendedora por su incumplimiento. La obligación de no competencia trae aparejado, además, el problema de si debe o no subentenderse como parte del contenido del contrato, atendido a que la transmisión de la clientela tendría carácter esencial en este contrato, o si debe, en todo caso, incluirse mediante una cláusula expresa en tal sentido, que fije, asimismo, el plazo de duración de este pacto de no concurrencia.

Por último, no existiendo una norma que regula forma en que debe ser extendido el contrato de compraventa sobre empresa, la forma que adopte en definitiva deberá ser aquella que permita el propósito unitario de transmisión de la empresa. En este sentido, sin duda, la escritura pública aventaja a otros instrumentos y formas de materializar el contrato, dado que favorece la transferencia de los bienes involucrados en la operación. Sin perjuicio de lo anterior, parece recomendable complementar el contenido de dicha escritura con uno o más inventarios que especifiquen de manera exhaustiva la relación de bienes y elementos que comprendan el objeto de la compraventa, a objeto de evitar controversias sobre el contenido de la obligación de entrega.

2.2. Concepto de convenio de asunción

Replicando las características y, también, las dificultades que de modo general hemos expresado con relación a la compraventa de empresas, la normativa concursal se refiere al convenio de asunción o con asunción, como se le llama, indistintamente, en la literatura jurídica, de manera muy escueta estableciendo sólo su contenido esencial. Mediante esta figura la LC considera la venta global o parcial de la empresa del concursado dentro del contenido posible de una propuesta de convenio, conforme lo dispone en el artículo 100.2.III de la LC.

Se trata de una hipótesis de enajenación o transmisión de empresa como parte de una propuesta de convenio concursal¹⁶², caracterizada por su carácter esencialmente negocial en

¹⁶² El precedente más remoto de estos convenios podría hallarse, en el plano interno, en los convenios mediante traspaso de empresa, a que se refería el artículo 928 del CCOM, y que descansaban en la transmisión de la empresa a un tercero cambio del mantenimiento de la unidad empresarial, con el fin de ponerla en

cuanto convenio concursal y por el compromiso (*conditio iuris*) de continuidad que asume el adquirente asuntor, y que se traducen en ciertos rasgos específicos y propios que la diferencian de otras hipótesis de transmisión de empresa, como la cesión global de activo o pasivo, que supone como característica esencial una transmisión en bloque por sucesión universal del patrimonio del concursado, o la enajenación del conjunto de la empresa o de determinadas unidades productivas de la misma que se efectúa en el marco de liquidación concursal, específicamente por aplicación de un plan de liquidación *ex* artículo 148 de la LC o de las reglas legales supletorias del artículo 149.1 de la LC.

En particular, bajo el término de convenio con asunción se alude a aquel negocio en el que se acuerda con un tercero determinado, junto al contenido esencial del convenio, esto es, la quita y/o espera o ambas, la adquisición del conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a su actividad empresarial o profesional o de determinadas unidades productivas, bajo la obligación de continuar ejerciendo la actividad empresarial o profesional del concursado propia de las unidades productivas a las que afecte. Ello significa que esta clase de convenio se estructura sobre la idea de dar continuidad a la actividad empresarial del concursado, en el sentido de mantenimiento de la explotación, y por la transmisión de la empresa o unidades productivas como consecuencia del cambio de titularidad. Precisamente una de las características, por tanto, que para efectos de este trabajo queremos subrayar, es que el convenio de asunción descansa en la enajenación a título singular, sea de la empresa como un todo o de algunas de las unidades productivas del patrimonio empresarial del concursado a objeto de que aquélla sea continuada por un tercero¹⁶³.

funcionamiento y pagar a los acreedores con los beneficios provenientes de la explotación económica, en la cuantía y plazo acordado. No obstante ello, la discusión acerca de esta figura no estuvo presente durante la tramitación del Anteproyecto de Ley Concursal, de 7 de septiembre de 2001, o del Proyecto de 23 de julio de 2002, sino hasta la incorporación de la enmienda parlamentaria N° 518, del Grupo Parlamentario Catalán (BOCG, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A, de 2 de diciembre de 2000, N° 101-15).

Bajo la figura del *concordato preventivo*, la *Legge Fallimentare* considera que el empresario que se encuentra en estado de crisis puede proponer a los acreedores un acuerdo preventivo sobre la base de un plan que puede prever, entre otros contenidos, transmitir la actividad empresarial a un tercero (*assuntori*) (art. 160, I, b), LFR).

En la *Lei da Recuperação e Falência* del Brasil, considera dentro de los medios de recuperación judicial de la empresa, la transferencia de la empresa o activos de la misma a terceros (art. 50, VII, LRF), y particularmente, como parte del plan de recuperación que debe presentar el deudor al tenor del artículo 53 de la LRF, y que deberá ser aprobado por la asamblea de acreedores, se contempla la enajenación de unidades productivas, en pública subasta (art. 60 LRF). Sobre los efectos de esta venta de unidades económicas, volveremos luego. La normativa brasileña contempla no sólo la venta de la empresa a un tercero sino también el arriendo de la misma, incluso a una sociedad constituida para tales efectos por los propios trabajadores (art. 50, VII, LFR).

¹⁶³ En este sentido, el convenio de asunción es una de las alternativas mediante la cual el convenio concursal permite la continuación de la actividad empresarial del concursado, con la transmisión del conjunto de bienes

En su operatoria, la propuesta de convenio de asunción puede ser presentada por el concursado o por alguno o algunos de sus acreedores, junto a la firma del promitente asuntor. La suscripción con su firma por parte de éste, de la propuesta de convenio, está condicionada a que el convenio llegue a acordarse y aprobarse luego por el juez del concurso. Esta característica sirve para poner en evidencia que el convenio con asunción es un negocio jurídico unitario con un doble contenido esencial específico: por una parte, un contenido obligacional dado por la continuidad de la actividad empresarial o profesional del concursado, y, por otro, por la transmisión patrimonial a favor del adquirente asumente. Esta cuestión nos reconduce al examen realizado previamente respecto de la venta de empresa, en general, y cuál es el estatuto jurídico que la regula¹⁶⁴. Aquí sólo queremos poner énfasis en

y derechos afectos a esa actividad, formando parte de los denominados convenios de continuación o de conservación de empresa.

Las discusiones doctrinales acerca del convenio de asunción han dado cuenta de las particularidades de este tipo de convenios. Atendido a que el objeto de este convenio es la transmisión de activos o enajenación de la empresa en su conjunto o de alguna de sus unidades productivas, ha sido visto por algunos como una excepción a la prohibición general contenida en el artículo 100.3 LC de efectuar cesión en pago o para pago de los bienes y derecho o liquidación global del patrimonio del concursado, y de ahí deriva su especial y específico carácter (ALONSO [2010], págs. 571 y 574).

Además, el carácter de convenio de continuación empresarial o profesional de la asunción ha sido puesta en duda por el hecho de que un cambio de titularidad implicaría necesariamente la desaparición de la empresa del concursado o su liquidación por una vía convencional (ALONSO [2010], p. 575), en lo que puede verse una confusión a la hora de diferenciar entre la persona del concursado, que puede ser una persona física o una sociedad, con la empresa de la cual es titular, conformada por el conjunto de establecimientos, explotaciones o unidades productivas de bienes y servicios organizados por el empresario. Otros, si bien piensan el convenio de asunción como un supuesto de liquidación global, agregan que ello ocurre por vía conservativas y que en atención a que se trata de una propuesta inserta en un convenio, ha de ser aprobado por el juez del concurso, con el consiguiente control de legalidad que ello supone. Esto le dotaría de seguridad jurídica y evitaría los posibles riesgos derivados de la práctica de los convenios liquidatorios por la ausencia de garantías para los acreedores. Agregando que al formar parte de una propuesta anticipada de convenio constituiría una alternativa a la ausencia legal de un liquidación anticipada en la LC –al margen de la hipótesis prevista en el artículo 43.2 de la LC–, como está presente en modelos como el francés a través de la figura de la *liquidation judiciaire simplifiée*, (PULGAR [2007], p. 893, 896 y 915).

La pluralidad de visiones acerca del convenio de asunción no hace extrañar que algunos destaquen que en este tipo de convenios se daría conjuntamente la característica de ser un convenio liquidativo-conservativo y un convenio solutorio-conservativo (DE LA CUESTA [2005], p. 4501-4502).

¹⁶⁴ En síntesis, podemos reiterar que la naturaleza contractual y mercantil de esta figura si bien no estaría en duda, ello no debiera llevarnos a un reduccionismo tal de señalar que se está ante una simple hipótesis de compraventa de empresa, por las específicas y propias notas distintivas del convenio de asunción. Pero al mismo tiempo, no debiera desecharse la normativa de la compraventa al momento de complementar o integrar la exigua normativa concursal sobre esta especie de convenio, precisamente porque el convenio de asunción tiene por objeto la empresa o unidades económicas que transmiten y que por su actividad y naturaleza tienen carácter mercantil. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 325 y 326 del CCOM, el convenio con asunción es un acto de comercio en que una persona física o jurídica adquiere una empresa o un establecimiento mercantil. La naturaleza mercantil de esta operación se vería confirmada por analogía con los actos de comercio que se refiere el artículo 2 del mismo Código.

De acuerdo a ello, en lo no previsto por las partes y que no resulte de las normas imperativas aplicables, el convenio de asunción se vería regido e integrado, en primer lugar, por las normas del Código de Comercio y las leyes mercantiles y, secundariamente, por las normas de Derecho común (arts. 2 y 50 del CCOM. y art. 4.3. del CC).

la nota distintiva que permite diferenciar este convenio del conjunto de transmisiones de activos, teniendo en especial consideración de que se trata, precisamente, de un convenio concursal. Esto lleva a conceptualizarlo como un negocio bilateral de masa, pues supone la intervención del concursado, quien conforme al artículo 99 de la LC, participa de la propuesta misma de convenio, al suscribir con su firma la propuesta junto con el proponente, y de la colectividad de sus acreedores ordinarios; pero que, al mismo tiempo, constituye un acto de transmisión o venta de empresa o activos a manos de un tercero¹⁶⁵. En este sentido, el convenio con asunción puede ser igualmente conceptualizado como un negocio jurídico obligacional-traslativo trilateral mediante el cual se transmite la empresa o las unidades productivas del concursado a un tercero que se compromete a pagar a los acreedores sus créditos con las quitas y/o esperas y demás términos establecidos en el convenio y a continuar con la actividad empresarial de dicha empresa o unidades productivas afectas a la transmisión¹⁶⁶.

Es necesario hacer presente, además, que este convenio constituye una enajenación o venta a título singular de la empresa de la concursada. Y tal como lo expresamos en el acápite anterior, por un lado, se da la unidad de título de la transmisión que considera un conjunto de bienes, derechos, obligaciones y demás relaciones jurídicas derivadas de las actividad empresarial del concursado, pero cuyo contenido en cada caso estará determinado por los términos de la propuesta de convenio, determinado en gran medida por la necesidad de un contenido obligacional impuesto por la norma concursal; y por otro, se genera una diversidad de respecto de la tradición sobre la transmisión de aquellos elementos patrimoniales y la consiguiente aplicación de las normas propias relativas a la enajenación de los mismos.

Lo anterior, también permite revelar el contenido esencial específico de este convenio, caracterizado, por un lado, por un contenido obligacional de continuidad de la actividad

¹⁶⁵ En el surgimiento de esta figura surgieron teorías que proponían en el convenio de asunción una doble transmisión patrimonial. Bajo la vigencia del antiguo y citado artículo 928 del CCOM, y, en general, respecto de los llamados *convenios de enajenación*, replicando la discusión planteada también el Derecho italiano con relación al *assuntore del concordato fallimentare*, se consideró que el convenio de asunción suponía, por un lado, un acuerdo entre el concursado y sus acreedores (*datio in solutum*), a través del cual aquél transmitía a éstos el conjunto de bienes, quienes, en calidad de copropietarios de los mismos, disponía de ellos transfiriéndolos a un tercero, bajo el expediente de una compraventa. Hoy la situación parece haberse decantado en un sentido contrario, entendiéndose que este tipo de convenio constituye un fenómeno jurídico unitario (ALONSO [2010], p. 576), y que desde el punto de vista de una transmisión dada en el contexto de un convenio concursal, asunción de deuda y transmisión de empresa no son figuras separadas o autónomas, sino parte de una única relación jurídica (PULGAR [2007], p. 898).

¹⁶⁶ ALONSO (2010), p. 580.

empresarial o profesional del concursado, y por otro, por la transmisión de activos del concursado a favor del asuntor, que trataremos más en extenso posteriormente.

En cuanto al contenido obligacional, hasta la entrada en vigor de las modificaciones introducidas a la Ley Concursal por el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, y por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, las obligaciones que asumía el asuntor eran dos: una, la de dar continuidad a la actividad empresarial o profesional propia de las unidades productivas a las que afecte, que se mantiene como parte de su contenido conforme al artículo 100.2.IV de la LC, y otra, la obligación de pago de los créditos de los acreedores. Esta última obligación ha dejado de ser parte del contenido esencial del convenio de asunción¹⁶⁷. Y además el apartado 2 del artículo 100 de la LC queda sujeto, también, a las especialidades que presenta la transmisión de unidades productivas en el ámbito concursal, a las que se refiere el artículo 146 bis de la LC, y que, entre otros extremos, dispone que la transmisión de unidades productivas 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, pero sin perjuicio, también, de lo dispuesto en el artículo 149.4 de la LC, que establece la sucesión de empresa en estas ventas no sólo a efectos laborales sino igualmente a efectos de la Seguridad Social (art. 146 bis.4 LC).

De esa manera, se espera dar un nuevo impulso al convenio y, particularmente, facilitar en la mayor medida posible la continuidad de la actividad empresarial. Desaparece de este modo uno de los elementos que hacía especialmente poco atractivo un convenio de esta especie frente a otras alternativas en el contexto concursal, como es la venta o enajenación que se

¹⁶⁷ La obligación de pago que afectaba al asuntor no era una simple asunción de deudas, de aquellas a que se refiere el Derecho civil (art. 1203.2º CC). La asunción de deudas que formaba parte del contenido esencial específico de este convenio devenía del propio negocio del convenio, y no de la transmisión de la empresa. Debíamos partir de la premisa que mediante la celebración del convenio de asunción los acreedores aceptaban el pago de sus créditos con las quitas y/o esperas acordadas, y, también, que dicho pago se efectuara por un tercero, sujeto distinto del concursado, que se convertía en obligado directo frente a los acreedores, en mérito no del consentimiento individualizado de cada acreedor (*ex* art. 1205 CC), sino del consentimiento de mayorías formado mediante el sistema de adhesiones en el caso de estuviésemos frente a una propuesta anticipada de convenio, conforme al artículo 108 de la LC, o por la vía de la votación en junta de acreedores, en los casos de tramitación ordinaria del convenio.

La asunción de deudas se producía, por tanto, *effectum iuris* de la modificación que había sufrido la relación obligatoria primitiva existente entre el concursado y sus acreedores, a consecuencia de dicho consentimiento. No se estaba, por tanto, ante un contrato autónomo y propio de asunción de deudas tal como se recoge en las normas comunes.

hace a instancia de la liquidación concursal¹⁶⁸. Pero, adelantando algunas de las observaciones que formularemos más adelante, se introduce una importante carga para el adquirente al tener que asumir las deudas de la Seguridad Social.

Por último, en esta introducción general y conceptualización del convenio de asunción, podemos agregar que en cuanto propuesta, puede ser presentado independientemente del carácter voluntario o necesario del concurso, tanto por el deudor como los acreedores, tanto como parte de una propuesta ordinaria de convenio como de una propuesta anticipada del mismo. La LC no ha establecido mayores exigencias respecto de la presentación y admisibilidad de estas propuestas de convenio, poniendo su acento en que para su aprobación se requiere que el asuntor contraiga el compromiso de continuar la actividad profesional o empresarial propia de las unidades productivas a las que afecte. Esto significa que este compromiso es un requisito *sine qua non* del contenido de la propuesta de convenio y, al mismo tiempo, es un efecto esencial derivado de su aprobación¹⁶⁹.

También, en el plano operativo de la propuesta de convenio, debemos considerar que de acuerdo al artículo 99 de la LC, en los casos en que la propuesta de convenio contenga compromisos de pago a cargo de terceros para prestar garantías o financiación, realizar pagos o asumir cualquier otra obligación, la propuesta deberá ir firmada, además del proponente, por los comprometidos o sus representantes con poder suficiente. Por tanto, junto con el proponente, el adquirente considerado en la propuesta debe suscribir con su firma la propuesta de convenio, por sí o por medio de un representante debidamente autorizado (art. 99.1 LC) y su firma debe estar legitimada (art. 99.2 LC). Esta suscripción de la propuesta de convenio estará condicionada a que el convenio llegue a acordarse y aprobarse luego por el juez del concurso. Esta adhesión a la propuesta constituye una declaración unilateral vinculante para el promitente asuntor, cuya eficacia y exigibilidad finalmente estará

¹⁶⁸ A este fomento particular del convenio de asunción se unen otras de carácter general que potencien y refuercen el principio concursal del *favor conveni*, como la modificación por parte del Real Decreto-ley 11/2013, en lo relativo a las votaciones y mayorías para acordar el convenio, la posibilidad de arrastre de los acreedores disidentes en determinadas circunstancias y el levantamiento de la limitación general respecto del monto de las quitas y esperas. La idea motora es potenciar la posibilidad de continuación de la actividad económica del concursado, pero ello no sólo en sede convenio, como se ve, sino también a través de las modificaciones introducidas para esa fase de liquidación a través de las medidas para la enajenación de unidades productivas.

¹⁶⁹ La LC no ha condicionado la aprobación del convenio de asunción a la viabilidad económica de la propuesta de asunción. Ello sólo se ve reflejado indirectamente en el compromiso del asunto de continuar la actividad empresarial que el concursado venía desarrollando con anterioridad a la hipótesis de insolvencia, y deberá quedar directamente manifestada en el cumplimiento del convenio.

determinada por el perfeccionamiento del convenio según las normas de tramitación de éste¹⁷⁰.

2.3. La figura del asunto: persona natural o jurídica determinada

El convenio con asunción se caracteriza por la amplitud que presenta al momento de definir quién puede ser el tercero adquirente. El apartado 2, del artículo 100 de la LC, se limita a disponer que la propuesta de convenio, consistente en proposiciones de enajenación, debe estar referida a favor de una persona natural o jurídica determinada. Pero a pesar de que la LC no contiene otras exigencias particulares expresas a su respecto, el perfil de adquirente no es un tema irrelevante al momento de concretar una propuesta de convenio de esta naturaleza y, de modo general, en la transmisión patrimonial de la empresa en el ámbito concursal. En este sentido, se debe considerar:

- a) La idoneidad del candidato que se postula a adquirir la empresa del concursado, que se reflejan en su propia solvencia y experiencia para llevar a cabo la continuidad requerida, y que pueden observar, entre otros, los trabajadores al momento de oírse a sus representantes.
- b) Debe tratarse de una persona determinada. Esta determinación debe estar presente desde la formulación de la propuesta de convenio. Sólo de esta manera los acreedores y los trabajadores, cuyos representantes deben ser oídos, podrán tener cabal conocimiento acerca de la identidad de quien puede transformarse en el titular del conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a su actividad empresarial o profesional o de determinadas unidades productivas del mismo, y particularmente acerca de sus capacidades para hacerse cargo de la actividad empresarial o profesional del concursado, en términos económicos, empresariales o profesionales, y de administración, entre otros.

Esta determinación resulta relevante para quienes sean titulares pasivos de obligaciones accesorias, como fiadores o avalistas del concursado, aunque su situación no debiera, a lo menos en teoría, sufrir un menoscabo, porque su situación quedaría referida a partir de la asunción ya no respecto de un deudor insolvente, sino con relación a un deudor que se entiende tendría la solvencia necesaria para hacerse

¹⁷⁰ ALONSO (2010), p. 579.

cargo, total o parcialmente, de la actividad económica desarrollada hasta este momento por el concursado.

- c) En tercer lugar, la remisión al artículo 146 bis de la LC puede suponer un límite u obstáculo respecto de quién puede o no revestir la calidad de asuntor. Si bien no se prohíbe que una persona especialmente relacionada con el concursado pueda actuar como adquirente de la empresa o de unidades productivas, por la vía del convenio, éste no podrá gozar de la liberación de deudas a que se refiere el apartado 4 del artículo 146 bis citado. Conforme a lo anterior, podríamos señalar en esta materia que los efectos del convenio de asunción quedan determinados hoy, en gran parte – pero no única, según veremos-, por la persona del asuntor, en cuanto persona especialmente relacionada o no con el concursado: de no estarlo, la transmisión del activo se hará sin obligación de pago de los créditos no satisfechos por el concursado antes de la transmisión; si, por el contrario, se trata de una persona especialmente relacionada, de aquellas a que se refiere el artículo 93 de la LC, el convenio de asunción supondrá la obligación para el asuntor de pago de los créditos de los acreedores, como se imponía en el artículo 100.2 de la LC, antes de su modificación, y como criterio *a contrario sensu* de lo dispuesto en el artículo 146 bis.4.II de la LC.
- d) El asuntor puede ser una persona natural o una persona jurídica, de cualquier clase, nacional o extranjera. Puede ser una persona jurídica preexistente al concurso o creada *ad hoc* para los efectos de alcanzar este convenio¹⁷¹. Puede tratarse de un tercero, o de uno de los acreedores concursales, de cualquier naturaleza (privilegiado, ordinario o subordinado) o un acreedor de la masa, o uno o más accionistas de la propia concursada, entre otros, con el alcance que hemos hecho de si se trata de una persona especialmente relacionada con el concursado¹⁷².

¹⁷¹ En la misma línea se manifiesta el Capítulo 11 del *Bankruptcy Code* de los Estados Unidos de Norteamérica relativo a la reestructuración de pasivos, al permitir como parte del plan o acuerdo de reestructuración, la enajenación de todo o parte de los bienes de la masa a favor de un tercero constituido antes o a propósito de este plan (Sec. 1123 (5) (B), Ch 11, BCUS).

La *Legge Fallimentare* considera que el rol de *assuntori* puede ser asumidos por los propios acreedores del deudor, directamente o a través de sociedades de aquellos ya constituidas o que se constituyan para dicho efecto (art. 160, I, b] LF).

¹⁷² Empresarios, colectivo de trabajadores, inversores industriales, inversores financieros como fondos de capital, etc., pueden encuadrar dentro de esta idea. A este respecto se ha destacado el hecho de que el número de concursos y de las ofertas de venta de unidades productivas en el ámbito concursal ha generado un mercado de oportunidades de adquisiciones, a lo que ha contribuido la mayor difusión de dichas oportunidades y las reglas de publicidad propias del concurso (RIPOL [2014], p. 369).

A partir de la posibilidad de que el adquirente pueda ser un acreedor concursal o contra la masa, y que incluso, pueda ser una sociedad acreedora perteneciente al mismo grupo que la sociedad concursada, habrá que considerar, en función del contenido de la propuesta de convenio, si ésta supone o no la atribución de un trato singular al acreedor asumentemente, y de ser así, junto con la obtención de la mayoría que corresponda, será necesaria la adhesión a la propuesta de convenio o el voto favorable, en la misma proporción, del resto del pasivo no afectado por el trato singular (art. 125.1 LC), que se ha de considerar durante la tramitación del convenio y en el momento de su votación.

Se había observado, también, que en el caso de que al adquirente no fuere un tercero extraño al concurso, sino uno o varios de los acreedores, ello podría constituir una vulneración de la prohibición legal de que el convenio considerase una cesión de bienes a los acreedores en pago o para pago de sus créditos, como señalaba el apartado 3 del artículo 100 de la LC, previa a las reformas efectuadas a través del Real Decreto-ley 11/2014, y la Ley 9/2015¹⁷³.

- e) Por último, no parece haber inconveniente de que el adquirente sea más de una persona, esto es, que se trate de un asunción plural, sea que se trate de varias personas

Esta situación se aprecia especialmente en la venta de unidades productivas que se da en el contexto de la liquidación concursal, en que la adquisición de un negocio viable, libre de deudas y a un precio menor de que se debiera pagar en condiciones de solvencia de la empresa que se transfiere, redundan en el atractivo de estas operaciones, como profundizaremos más adelante.

¹⁷³ PULGAR (2007), p. 905. Se entendía que en esos casos había una cesión global del activo del concursado a los acreedores, que pasan a ser cotitulares de los bienes del concursado, configurando una hipótesis de *datiio pro solutio*. Aunque esta interpretación era matizada por el hecho de que la transmisión patrimonial no se efectuaba con el objeto de los acreedores procedan a la liquidación del activo, que configuraría la prohibición antes indicada, sino que se hacía para dar continuidad al mismo mediante su explotación en manos de los adquirentes.

El artículo 100.3.II de la LC disponía, a través de un inciso único: *«En ningún caso la propuesta podrá consistir en la cesión de bienes y derechos a los acreedores en pago o para pago de sus créditos con la excepción del supuesto previsto en el artículo 155.4, ni en cualquier forma de liquidación global del patrimonio del concursado para satisfacción de sus deudas, ni en la alteración de la clasificación de créditos establecida por la ley, ni de la cuantía de los mismos fijada en el procedimiento, sin perjuicio de las quitas que pudieran acordarse y de la posibilidad de fusión, escisión o cesión global de activo y pasivo de la persona jurídica concursada»*

Hoy, tras la reforma, el artículo 100.3 de la LC está conformado por tres apartados. El primero indica: *«En ningún caso la propuesta podrá consistir en la liquidación global del patrimonio del concursado para satisfacción de sus deudas, ni en la alteración de la clasificación de créditos establecida por la Ley, ni de la cuantía de los mismos fijada en el procedimiento, sin perjuicio de las quitas que pudieran acordarse y de la posibilidad de fusión, escisión o cesión global de activo y pasivo de la persona jurídica concursada»*.

El párrafo segundo señala: *«Sólo podrá incluirse la cesión en pago de bienes o derechos a los acreedores siempre que los bienes o derechos cedidos no resulten necesarios para la continuación de la actividad profesional o empresarial y que su valor razonable, calculado conforme a lo dispuesto en el artículo 94, sea igual o inferior al crédito que se extingue. Si fuese superior, la diferencia se deberá integrar en la masa activa. Si se tratase de bienes afectos a garantía, será de aplicación lo dispuesto por el artículo 155.4»*. Agregando en su párrafo IV: *«En ningún caso se impondrá la cesión en pago a los acreedores públicos»*.

asumiendo conjuntamente las obligación de continuación o que la transmisión opere a favor de varios sujetos en que cada uno asume una continuación parcial o particular en función del establecimiento, unidad productiva o explotación objeto de la transmisión/adquisición, y que deberán ser consideradas y articuladas adecuadamente todas ellas bajo el abanico de un mismo convenio.

2.4. Audiencia previa de los representantes de los trabajadores

Dentro de los requerimientos para la aprobación del convenio de asunción se encuentra la exigencia que impone la LC de oír a los representantes de los trabajadores (art. 100.2.IV LC). Esta exigencia se encuadra dentro del sistema de protección de los derechos de los trabajadores que la normativa concursal estructura a través de diversos preceptos de la LC, lo queda reflejado en cuestiones estrictamente procesales, como la competencia del juez del concurso para conocer de materias de carácter laboral que afecten al concurso¹⁷⁴, en el tratamiento de los créditos laborales¹⁷⁵, y, como queda reflejado en la regulación del convenio

¹⁷⁴ Por una parte, en la competencia que se reconoce al juez del concurso sobre ellas en detrimento de la competencia juez de lo social. Conforme al artículo 8.2º de la LC - también conforme al artículo 86.1.2º ter de la LOPJ-, el juez del concurso tiene competencia exclusiva y excluyente para conocer de las acciones sociales que tengan por objeto la extinción, modificación o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en los que sea empleador el concursado, así como la suspensión o extinción de contratos de alta dirección.

Ello significa transferir al juez del concurso la competencia del juez en lo social, para conocer de las extinciones fundadas en el artículo 50.1.b) del ET (extinción por voluntad del trabajador fundadas en la falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado, *ex* artículo 64.10 de la LC), y de los despidos individuales del personal de alta dirección, como asimismo, reconocerle la competencia que se asigna a la autoridad laboral para conocer de los despidos colectivos.

La atribución de competencias laborales al juez del concurso fue una de las novedades introducidas al procedimiento concursal por la LC, no exenta de críticas, especialmente desde el ámbito sindical (ORELLANA [2012], p. 993).

Pero también ha significado, posteriormente, en virtud de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, atribuir a las Salas en lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, competencia que antes estaba radicada en la jurisdicción contencioso administrativa.

Además, la intensidad con que actúa la *vis attractiva* del proceso concursal, especialmente y por razones obvias en el ámbito de las ejecuciones, es más débil en materia laboral. El propio artículo 8.2 de la LC dispone que cuando la extinción, modificación o suspensión colectivas de los contratos de trabajo suponga modificar las condiciones establecidas en un convenio colectivo aplicable a estos contratos, se requerirá el acuerdo de los representantes de los trabajadores, y que en la resolución de estas materias, y sin perjuicio de la aplicación de las normas específicas de esta ley, el juez del concurso deberá tenerse en cuenta los principios inspiradores de la ordenación normativa estatutaria y del proceso laboral.

El alcance de la competencia del juez del concurso, que se desarrolla especialmente en los artículos 64, 65 y 66 de la LC, y su correspondiente en las normas laborales, como los artículos 41 y 44 del ET, en cuanto a su carácter procesal o funcional y sustantiva, es un tema que la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia ha ido perfilando, como vemos más adelante.

¹⁷⁵ El concurso transforma a los trabajadores en acreedores, de manera que los créditos salariales pasan a formar parte de la masa pasivo del concurso. El artículo 86.2 de la LC, dentro de las normas sobre reconocimiento de

concursal, en la especial consideración que se tiene en la conservación de la empresa o de sus unidades económicas y de los puestos de trabajo asociados.

créditos, dispone que deban incluirse necesariamente en la lista de acreedores, entre otros que allí se precisa, los créditos de los trabajadores cuya existencia y cuantía resulten de los libros y documentos del deudor o por cualquier otra razón consten en el concurso, como podrían ser sentencias, laudos, acuerdos de conciliación extrajudicial o ante el secretario judicial y resoluciones judiciales recaídas en el propio procedimiento concursal (MONTTOYA [2013], p. 313).

El apartado 3 del artículo 86 de la LC agrega que cuando no se hubiera presentado alguna declaración o autoliquidación que sea precisa para la determinación de un crédito de los trabajadores, deberá cumplimentarse por el concursado en caso de intervención o, en su caso, por la administración concursal cuando no lo realice el concursado o en el supuesto de suspensión de facultades de administración y disposición. Para el caso que, por ausencia de datos, no fuera posible la determinación de su cuantía deberá reconocerse como crédito contingente.

Los créditos de los trabajadores son considerados por el sistema de prelación y clasificación de los créditos dentro del concurso en parte como créditos contra la masa y en otras como créditos concursales privilegiados, especiales o generales, recogiendo el carácter social y tutelar de los mismos. En primer término, el artículo 84.1 de la LC, incorpora los créditos laborales dentro del elenco de acreedores concursales, y en tal sentido, han de ser comunicados, reconocidos y clasificados (arts. 49, 84.1 y 89 LC). Gozan la calidad de créditos laborales con privilegios especiales, los créditos de los trabajadores sobre los objetos por ellos elaborados mientras sean propiedad o estén en posesión del concursado (crédito laboral refaccionario, *ex* arts. 90.2 LC y 32.2 ET), y con carácter de crédito con privilegio general, los siguientes: créditos por salarios que no tengan reconocido privilegio especial, en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago; las indemnizaciones derivadas de la extinción de los contratos, en la cuantía correspondiente al mínimo legal calculada sobre una base que no supere el triple del salario mínimo interprofesional; las indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional, devengados con anterioridad a la declaración de concurso, o los créditos por recargos sobre prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de seguridad y salud en el trabajo (art. 91.1° LC).

Otros créditos laborales quedarán en la calidad de créditos concursales ordinarios, por no tener la calificación de privilegiados, salvo que tengan el carácter de subordinados, como lo sería los créditos laborales comunicados tardíamente o incluidos en la lista de acreedores por el juez del concurso previa impugnación de ésta (art. 92.1° LC) o por los intereses devengados por salarios e indemnizaciones a cargo del empresario (arts. 59.1 y 92.3° LC).

En segundo término, el artículo 84.2.1° de la LC, en concordancia con el artículo 32.1 del ET, califica como créditos contra la masa los créditos por salarios por los últimos treinta días de trabajo efectivo anteriores a la declaración de concurso y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional, lo que, además, se pagarán de forma inmediata (art. 84.3 LC). Norma que complementa la prevención de que antes de proceder al pago de los créditos concursales, la administración concursal debe deducir de la masa activa los bienes y derechos necesarios para satisfacer los créditos contra ésta y que las deducciones para atender al pago de los créditos contra la masa se harán con cargo a los bienes y derechos no afectos al pago de créditos con privilegio especial (art. 154 LC).

Los créditos laborales generados tras la declaración del concurso quedan, obviamente, dentro de la calificación de créditos contra la masa, por tratarse de créditos generados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor tras la declaración del concurso, tal como lo reconoce explícitamente el artículo 84.2.5° de la LC, que comprende no sólo los salarios sino también las indemnizaciones de despido o extinción de los contratos de trabajo, así como los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral, hasta que el juez acuerde el cese de la actividad profesional o empresarial, o declare la conclusión del concurso. Ello debe incluir, por tanto, el salario base y sus complementos, las prestaciones extrasalariales derivadas del contrato de trabajo, incluidas las indemnizaciones derivadas de incumplimientos empresariales y otras circunstancias previstas legalmente, como sería el recargo de las prestaciones por accidentes de trabajo y enfermedad profesional.

A ello se agrega que los créditos por indemnizaciones derivadas de extinciones colectivas de contratos de trabajo ordenados por el juez del concurso se entenderán comunicados y reconocidos por la propia resolución que los apruebe, sea cual sea el momento (art. 84.2.5° LC).

En cuanto a la exigencia de la LC de oír a los representantes de los trabajadores (art. 100.2.IV LC), la norma no aclara las particularidades de esta exigencia. Es claro que habiendo trabajadores, quienes representen sus intereses deben ser oídos, sea que se trate de delegados del personal (art. 62 ET) o comités de empresa (art. 63 ET). Pero queda abierta, sin embargo, la determinación del momento en que deber ser oídos los representantes de los trabajadores y a qué trabajadores se refiere, en particular. En cuanto a la oportunidad parece conveniente y lógico que se les escuche, a lo menos, antes de que los administradores concursales evalúen la propuesta de convenio (art. 107.2, y art. 115.1 y 2 LC), en atención a que el parecer de los representantes de los trabajadores puede ser de especial importancia para establecer la viabilidad del convenio. Las alternativas en este sentido están dadas por los extremos de que los representantes de los trabajadores sean oídos antes de admitir a trámite la propuesta de convenio, carga que no impone el artículo 100.2 de la LC, pero que parece muy conveniente, o de que se les oiga sólo antes de proceder a la ejecución del convenio ya aprobado por el juez del concurso, que podría ser un criterio recogido por analogía a partir de las normas del Estatuto de los Trabajadores que habla de la posibilidad de emitir informes con carácter previo a la ejecución por parte del empresario de decisiones adoptadas por él y que inciden directamente en los trabajadores de la empresa (art. 64 ET). Esta hipótesis extrema debiera ser desestimada por cuanto no condice con el carácter previo que supone este requisito o presupuesto para la aprobación del convenio con asunción ni con el sentido *audi alteram partem* que conlleva la disposición legal al tiempo de exigir se oiga a los representantes de los trabajadores.

Bajo ese mismo entendido, en cuanto afectados por los efectos del convenio de asunción que se propone para su aprobación, es que nos orientamos por considerar que los trabajadores, cuyos representantes deben ser oídos, son aquellos que forman parte de las unidades productivas que se transmiten al asuntor. Resulta menos clara, sin embargo, la interrogante de si deben o no ser oídos también los representantes de trabajadores pertenecientes a otros centros de trabajo no comprendidos en la transmisión. La falta de precisión de la norma lleva a que se estime por algunos la necesidad de que sean oídos todos los representantes de los trabajadores, sea que las unidades productivas a las que pertenecen no vayan a ser parte del convenio de asunción¹⁷⁶.

¹⁷⁶ ROJO (2006), p. 1894.

La exigencia de oír a los representantes de los trabajadores, como se dispone en el apartado 2 del artículo 100, pero también en otros preceptos, como el apartado 3 del artículo 148, o las reglas 1ª del apartado 1, del artículo 149, todos de la LC, en la fase de liquidación, forma parte del estatuto particular que rige las relaciones laborales en el ámbito concursal, que en ningún caso puede ser entendido como una confusión entre los fines propios del concurso y los del Derecho laboral.

2.5. Efectos del convenio de asunción

El convenio de asunción como contrato de compraventa de la empresa o de parte de sus activos, es fuente de obligaciones recíprocas para las partes involucradas que derivan de manera esencial de esta especie de convenio concursal. Por un lado, desde el punto de vista del adquirente, el convenio supone para éste el compromiso de continuar con la actividad profesional o empresarial propia de las unidades productivas que adquiera. Por otra parte, desde la óptica del concurso, que incluye al concursado y a la colectividad de acreedores, el convenio obliga a la transmisión total o parcial del activo del concursado al adquirente. De acuerdo al apartado 2, párrafo IV, del artículo 100 de la LC, se transmite al asumente *«el conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a su actividad empresarial o profesional o de determinadas unidades productivas»*. Ahora bien, esta transmisión patrimonial a favor del adquirente, a diferencia de otras figuras jurídicas que pudieran resultar próximas a esta asunción, como la cesión global de activo y pasivo, no es un supuesto de transmisión en bloque por sucesión universal del patrimonio del concursado. En otras palabras, la transmisión de la empresa del concursado a manos del adquirente es una enajenación efectuada a título singular.

Sobre ese último aspecto, sin perjuicio de lo que digamos al examinar en particular los dichos efectos del convenio, debemos hacer presente que, como lo ha expresado la jurisprudencia, *«no es la aprobación del convenio la que opera la transmisión o enajenación en globo prevista en el mismo, sino que el negocio traslativo es independiente y debe ser concertado en legal forma por la entidad concursada y por la adquirente»*¹⁷⁷. Y a propósito de la prohibición de condicionar la eficacia del convenio, que la enajenación o transmisión de los activos de la concursada y asunción del pasivo no haya operado ya en el momento en que se aprueba el convenio, no priva de eficacia al

¹⁷⁷ SJM N° 1 de Pamplona/Iruña, núm. 113/2007, de 5.07.2007 (JUR 2007\368541).

convenio ni se introduce ninguna condición a dicha eficacia, puesto que el compromiso de pago de la concursada a los acreedores concursales es efectivo desde que el convenio es aprobado judicialmente.

Por otra parte, con la nueva redacción del convenio de asunción del apartado 2 del artículo 100 de la LC, y la remisión al citado artículo 146 bis de la LC, el asuntor no resulta responsable, por regla general, de las deudas que el concursado no hubiere satisfecho antes de la transmisión. La obligación para el adquirente de asumir el pago de todo o parte del pasivo concursal tiene, ahora, un carácter excepcional y, por tanto, eventual dentro del convenio de asunción, cuando se trata de la transmisión de unidades productivas.

Por último, en esta breve introducción al tema de los efectos del convenio de asunción, hacemos presente que una vez aceptado el convenio con las mayorías necesarias (art. 124 LC), y aprobado judicialmente (arts. 127 y ss. LC), se generarán los efectos propios de la asunción en los términos pactados y legales, conforme a las diversas modalidades que se han presentado, sin necesidad de contar con el consentimiento individual de cada uno de los acreedores¹⁷⁸; por cuanto el convenio vincula a todos los acreedores ordinarios, aunque no se hubieren adheridos a la propuesta formulada o aunque hubieren votado en contra de ellas, y también a los acreedores de créditos subordinados (art. 134.1 LC); e incluso a los acreedores privilegiados. Éstos quedarán vinculados al contenido del convenio no sólo si hubieren votado a favor de la propuesta o si su firma o adhesión a aquélla se hubiere computado como voto favorable, o por su adhesión posterior prestada en forma antes de la declaración judicial de su cumplimiento (art. 134.2 LC), sino también, en virtud de la modificación introducida por el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, cuando concurren ciertas mayorías de acreedores dentro de una misma clase, según definición del artículo 94.2 de la LC¹⁷⁹. En este caso, el cómputo de las mayorías se hará en función de la proporción de las garantías aceptantes sobre el valor total de las garantías otorgadas dentro de cada clase¹⁸⁰.

¹⁷⁸ Efecto que contrasta con lo dispuesto en el artículo 1205 CC.

¹⁷⁹ En el caso de acreedores con privilegio especial, el cómputo de las mayorías se hace en función de la proporción de las garantías aceptantes sobre el valor total de las garantías otorgadas dentro de cada clase. Mientras que tratándose de acreedores con privilegio general, el cómputo se realizará en función del pasivo aceptante sobre el total del pasivo que se beneficie de privilegio general dentro de cada clase.

¹⁸⁰ El Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, introduce modificaciones en cuanto al quorum y derecho de voto en la junta de acreedores, atribuyendo derecho a voto a algunos acreedores que hasta la fecha no lo tenían, como lo eran los acreedores que hubiesen adquirido sus derechos de créditos con posterioridad a la declaración de concurso. Estos acreedores sólo gozaban de derecho a voto cuanto la adquisición hubiese sido a título universal, como consecuencia de una realización forzosa o cuando se tratase de entidades financieras

2.5.1. Compromiso de continuidad

En cuanto a la asunción por parte del adquirente de la continuidad de la actividad empresarial propia de las unidades productivas a las que afecte la adquisición, importa para el adquirente una obligación de mantener la empresa en el tráfico o reactivarla en él. Esto significa que la actividad a desplegar por el asunto debe ser la misma que venía desarrollando el concursado a la fecha de declaración del concurso¹⁸¹. La jurisprudencia ha destacado este elemento como una forma de evitar que el convenio de asunción se convierta en un convenio de liquidación encubierto, y ha sido considerado el límite que separa esta figura jurídica de la opción prevista en el artículo 149 de la LC. En efecto, este singular contenido permite distinguir al convenio de asunción de un negocio típico de realización del activo que podría ser parte de la fase de liquidación y, en general, de otras formas de transmisión del activo del concursado.¹⁸²

La idea de que legislación concursal espera del convenio de asunción no sólo la continuidad de una actividad empresarial, sino que ella sea la misma que venía desarrollando el concursado, se desprendería del tenor literal del artículo 100.2.IV de la LC, al exigir que las proposiciones de enajenación incluyan *«necesariamente la asunción por el adquirente de la continuidad de la actividad empresarial o profesional propia de las unidades productivas a las que afecte»*, y también, indirectamente, del resguardo de que en todo caso deban ser *«óidos los representantes de los*

sujeta a supervisión. Hoy quedan exceptuado sólo aquellos que tengan una vinculación especial con el concursado.

¹⁸¹ MUÑOZ (2012), p. 344.

¹⁸² Como se señaló, la LC prohíbe los convenios de liquidación, que fueron ampliamente utilizados bajo la vigencia del CCOM y de la LSP. En efecto, conforme al apartado 3 del artículo 100 de la LC se prohíben los convenios que tengan por objeto la cesión de bienes o derechos del concursado a los acreedores en pago o para paga de sus créditos o cualquier otra forma de liquidación global del patrimonio del concursado para la satisfacción de sus deudas, a fin de evitar los abusos cometidos al amparo de la libertad de convenio, como recoge el Tribunal Supremo en una sentencia de 28 de marzo de 2012 (STS núm. 180/2012 [RJ 2012\5593]), y en cuyo contexto se reconoce la posibilidad de enajenar activos afectos a la actividad empresarial o determinadas unidades productivas, a tenor del apartado 2, del referido artículo de la LC, siempre bajo la exigencia necesaria de la asunción por el adquirente de la continuidad de la actividad empresarial o profesional propia de las unidades productivas a las que afecte y del pago de los créditos de los acreedores, en los términos expresados en la propuesta de convenio.

En ese sentido, podemos recoger también las conclusiones alcanzadas por el juzgado de lo mercantil N° 1 de Oviedo (SJM N° 1 de Oviedo, núm. 2/2008, de 23.01.2008 [AC 2008\124]), en el concurso de Innovación y Diseño Ergonómico S.A. La concursada se dedicaba a la fabricación de muebles y tapicería, la venta de mobiliario de todo tipo y la decoración y diseño de interiores, así como la instalación de los objetos vendidos y/o fabricados por la sociedad, y a su respecto se presentó una propuesta de convenio en el que la sociedad asuntora pretendía dedicar los inmuebles de la concursada al giro de los polímeros. La sentencia entiende que no existe identidad, ni siquiera semejanza, en la actividad empresarial desarrollada por la concursada y la que planea iniciar *ex novo* la asuntora, y aunque este requisito pudiera soslayarse en pos de crear riqueza y puestos de trabajo, con ello se estaría traspasando la difusa frontera entre el convenio de asunción de deuda y la liquidación global o parcial de la empresa, pues es precisamente esta exigencia legal de que la actividad a desarrollar sea la propia de la concursada lo único que diferencia esta opción de la prevista en el artículo 149 de la LC.

trabajadores», que como previsiones confirman la idea de que se pretende evitar que esta especie de convenios concursales se transformen en una liquidación global o parcial encubierta del activo empresarial, en beneficio de uno o varios de los acreedores o de un tercero y en perjuicio del resto de la colectividad de acreedores.

Las dudas se presentarán frente al legítimo derecho del asuntor de formular las modificaciones necesarias o convenientes para continuar con la actividad empresarial del concursado, y la mayor o menor extensión de dichas modificaciones, que pudieran significar de hecho un término de la continuidad asumida. Esto significaría que el convenio de asunción no se agota en la enajenación que opera a favor del adquirente, respecto del conjunto de bienes y derechos del concursado o sobre determinadas unidades productivas, sino en este especial contenido obligacional que forma parte de él, que se traduce en la asunción de deudas y en la continuación de la actividad.

La exigencia de continuidad debe cumplirse y podrá exigirse aún el caso de que los establecimientos, explotaciones o unidades se encuentren inactivas. Esto por cuanto la norma no exige que la sucesión se efectúe sin solución de continuidad. Por tanto, es posible que el convenio de asunción se refiera a establecimientos, explotaciones o unidades inactivas al momento de declararse el concurso o bien inactivas por haberse decretado el cese actividad por el juez del concurso *ex* artículo 44.4 de la LC. En este último caso, el deber de dar *continuidad* a la actividad empresarial o profesional del concursado tendrá su acento en la *reanudación* de las mismas.

Por último, debemos hacer presente que el requerimiento de continuidad formará parte del convenio tanto en el caso de que el asuntor asuma totalmente las actividades empresariales o profesionales del concurso, con el conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a su actividad, como en el caso de que la continuidad en el ejercicio de esa actividad siga en manos del asumente y del concursado, éste último con los establecimientos, las explotaciones y las unidades productivas que conserva, en caso de una asunción parcial.

2.5.2. La transmisión total o parcial del activo del concurso

Las posibilidades que ofrece el convenio de asunción, especialmente tras la reciente modificación a la LC (*ex* Ley 9/2015, y Real Decreto-ley 11/2014) debieran colocarlo en un lugar destacado respecto de la transmisión de unidades económicas del concursado. La

aceptación y aprobación judicial del convenio de asunción conlleva a la 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. Esto se traduce en que el convenio pueda recaer sobre el todo el activo del concursado o bien tener un carácter parcial, sea que se transmita un establecimiento, una explotación o cualquier otra unidad productiva de bienes o servicios o una pluralidad de elementos, y en todo caso, sobre la base de una correcta y completa determinación de los mismos, y en cuyo encuadre resulta clave el inventario que ha de elaborar la administración concursal¹⁸³. En el caso de transmisión de unidades productivas serán aplicables las especiales prevenciones contenidas en el nuevo artículo 146 bis de la LC.

Es claro que las unidades productivas transmitidas deben estar *afectas* a la actividad empresarial o profesional del concursado. De otro modo, no sería posible tampoco el cumplimiento de la obligación impuesta al adquirente de dar continuidad a la actividad propia de las mismas.

Como se expresó también en su momento, el concepto de unidad productiva no debiera limitarse a los elementos o bienes puramente materiales que la conforman, sino también a aquellos elementos inmateriales, como la clientela, expectativas de venta, etc., que permitan dicha continuidad a través del plan de negocios que pretenda desarrollar el adquirente¹⁸⁴. En esta línea, deberán considerarse las medidas necesarias para la debida entrega o puesta a disposición de los bienes transmitidos, de conformidad a los artículos 1462 y siguientes del CC. En particular, la transmisión del activo del concurso a favor del adquirente asunto debe considerar o hacerse cargo de los distintos elementos que conforma ese activo.

¹⁸³ Si bien, teóricamente, y teniendo en consideración que el ámbito subjetivo de aplicación de la LC comprende a todo tipo de deudores, y que la transmisión patrimonial podría operar tanto sobre empresas mercantiles como aquellas de carácter civil, parece difícil que en los hechos pueda aplicarse en empresarios no mercantiles, debido, básicamente, a que la organización, cuando la hay, de las entidades empresariales de carácter civil, suele tener un carácter personalísimo, como sucedería respecto de las sociedades profesionales, o porque el valor patrimonial de la explotación reside esencialmente en el inmueble, salvo que se trate de empresas de transformación (ALONSO [2010], p. 581).

Por otra parte, del hecho de que la asunción puede recaer sobre la totalidad de la actividad empresarial del concursado, o bien ser sólo parcial, quedando parte de aquella en manos del concursado, se ha destacado la distinción entre *convenios en puridad de asunción* y *convenios mixtos* (PULGAR [2007], p. 896).

¹⁸⁴ El inventario del activo confeccionado por la administración concursal, al tenor del artículo de la 80 LC, será un elemento clave a considerar por quienes estén interesados en adquirir el conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a su actividad empresarial o profesional o determinadas unidades productivas de la misma. La viabilidad del plan de negocios pretendido por el asunto y el cumplimiento de los compromisos por él asumidos, estará en directa relación con los medios adquiridos.

a) Transmisión de derechos y contratos

Un tema no menor, dentro de la transmisión de la unidad productiva a favor del adquirente, es el relativo a la transferencia a favor del adquirente de los derechos pertenecientes al concursado y de los contratos suscritos por éste. A fin de asegurar la eficiencia de la solución concursal consistente en la enajenación de la empresa o de alguna o algunas de sus unidades productivas a favor de un tercero fuese, se entendía, no sin reparos, que debía incluir los créditos de que fuera titular el concursado en cuanto se tratase de créditos provenientes de la explotación de dicha empresa o unidades económicas. En otras palabras, se estimaba que salvo acuerdo en contrario, el asuntor debía adquirir los créditos que el concursado poseía en contra de terceros, sea de carácter contractual o extracontractual, por cuanto forman parte del patrimonio empresarial transmitido y en atención a que el apartado 2 del artículo 100 de la LC se refiere tanto a los *bienes* como a los *derechos*.

El artículo 146 bis de la LC, incorporado por la Ley 9/2015, y previamente, por el Real Decreto-ley 11/2014, viene a despejar dudas acerca de la transferencia de derechos y contratos a favor del adquirente en el contexto de la transmisión de las unidades productivas del concursado. Sobre la base de esta disposición legal podemos distinguir una regla general en la materia, matizada con reglas particulares respecto de ciertos actos o contratos.

- i) En el primer aspecto, esto es, como regla general, hoy, tratándose de la transmisión de unidades productivas, el artículo 146 bis.1 de la LC expresamente dispone que se ceden 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*».

La norma hace alusión a los derechos y obligaciones derivados de contratos cuya resolución no se hubiera sido solicitada; pero, lamentablemente, no precisa si la transmisión no procede respecto de los derechos y obligaciones proveniente de contratos afectados por una resolución solicitada ante del concurso, o incluye, también, aquellas resoluciones planteadas durante el concurso. Debemos entender que los contratos que se transmiten son todos aquellos que al momento de la adquisición no han sido objeto de solicitud de resolución, sea por el propio concursado, la administración concursal o de la contraparte, de acuerdo a las facultades que se les reconoce para solicitar la resolución de los contratos desde el momento de que se declare el concurso *ex* artículos 61 y 62 de la LC.

La disposición contenida en el apartado 1 del artículo 146 bis de la LC, agrega que el «... *adquirente se subrogará en la posición contractual de la concursada sin necesidad de consentimiento de la otra parte*». Hasta antes de la entrada en vigor de este precepto, se entendía que tratándose de los créditos era necesario considerar su transmisión conforme a las normas legales relativas a la cesión de títulos de créditos o a la cesión de créditos ordinaria, incluyendo la correspondiente comunicación a los deudores de la concursada para que fuese totalmente oponible y evitar así un pago liberatorio efectuado posteriormente al concursado¹⁸⁵. Otro tanto sucedía con los contratos, en general. Se consideraba que la continuidad de la actividad empresarial del concursado en manos del asuntor, hacía suponer por lógica la cesión de los contratos, pero con la necesaria, también, aunque más previsible, aceptación de cada de uno de los terceros contratantes, en atención a lo dispuesto en el artículo 1255 del CC. Hubo, no obstante opiniones que se orientaban por considerare una especie de transmisión *automática* de los contratos empresariales que tenía vigentes el concursado con terceros a la época del concurso¹⁸⁶, tal como viene reconociendo la actual normativa en comento.

- ii) Sin perjuicio de lo anterior, el artículo 146 bis de la LC se pronuncia o hace referencia en particular respecto de ciertos actos y contratos con relación a la transmisión y subrogación de los mismos:
 - a) En cuanto a los contratos administrativos, la cesión se produce respecto de ellos conforme con lo dispuesto por el artículo 226 del TRLCSP¹⁸⁷.

De acuerdo a los artículos 223.b) y 224.2 del TRLCSP, la declaración de concurso es causa de resolución del contrato administrativo, y particularmente la resolución se produce con la apertura de la fase de liquidación. No obstante, a objeto de facilitar el traspaso o transmisión del contrato administrativo a un tercero, cuando el adjudicatario está declarado en concurso, se exime de la exigencia general de que el contrato esté ejecutado al menos en un veinte por ciento del importe del contrato o, cuando se trate de la gestión de un servicio

¹⁸⁵ Artículos 1205 y 1526 y siguientes del CC, y artículos 347 y 348 del CCOM.

¹⁸⁶ GARNACHO (2013), p. 256.

¹⁸⁷ El texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) fue aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

público, que se haya efectuado su explotación durante al menos una quinta parte del plazo de duración del contrato, conforme lo dispone el artículo 226.2.b) del TRLCSP¹⁸⁸.

- b) Las licencias o autorizaciones administrativas afectas a la continuidad de la actividad empresarial o profesional, incluidas como parte de la unidad productiva, se entienden cedidas al adquirente asuntor siempre que éste continúe con la actividad en las mismas instalaciones (art. 146 bis.2 LC). Como se trata de un incentivo a la transmisión de las unidades productivas de la concursada y no un amarre u obstáculo que se traduzca, por el contrario, en un desincentivo para quienes puedan estar interesado en su adquisición, la norma concursal dispone que no se produce la transmisión de las licencias, autorizaciones o contratos aludidos cuando el adquirente manifieste expresamente su intención de no subrogarse (art. 146 bis.3 LC).
- c) A diferencia de los contratos señalados precedentemente, a efectos laborales opera una subrogación aún en contra de la voluntad del adquirente, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 44 del ET en los supuestos de sucesión de empresa (art. 146 bis.3 LC).

El Estatuto de los Trabajadores dispone que el cambio de titularidad de la empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma, no extingue por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior (art. 44.1 y 2, y art. 2 ET). Conforme a ello, en caso de sucesión de empresa, esto es, cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, *«entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorio»* (art. 44.2 ET), el asuntor adquirente quedará subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, en cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente. Conforme a ello, el asuntor *«responderá solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales no*

¹⁸⁸ La cesión es procedente aun en el caso de que se haya abierto la fase de liquidación.

satisfechas nacidas con anterioridad a la transmisión» (art. 44.3.I ET). La norma del ET no hace una excepción al criterio de subrogación que impone el apartado 1 del artículo 146 bis de la LC, sino que lo refuerza, impidiendo que el adquirente pueda optar por no subrogarse respecto de esos derechos, manifestando expresamente esa intención de acuerdo al apartado 3 de la misma norma.

No obstante el avance que supone una norma como el comentado artículo 146 bis de LC, en materia de transmisión de los derechos y contratos a favor del adquirente asuntor, especialmente en el contexto de unidades productivas del concursado, pueden surgir dudas en su aplicación sobre algunos extremos como la situación de los contratos de carácter *intuitu personae*, con contratos con especiales cláusulas de confidencialidad o de cambio de control, o bien respecto de la subrogación en casos que existan garantías reales o personales que propietarios de la empresa, específicamente personas físicas, hubieran prestado.

A ello se suma, que la norma no permita excluir, ni a voluntad del adquirente ni por decisión judicial, la responsabilidad frente a las deudas laborales conforme al artículo 44 del ET, que en los hechos es uno de los factores muy decisivos en la materia al momento de recibir ofertas de posibles interesados en adquirir la empresa o unidades productivas del concursado. Lo mismo resulta respecto de los créditos de la Seguridad Social, por reenvío del artículo 146 bis.4 al artículo 149.4, ambos de la LC, debido a la sucesión de empresa.

Asimismo, la subrogación que se contempla y regula en los apartados 1, 2 y 3, del citado artículo 146 bis de la Ley Concursal, debe ser complementado con lo dispuesto en su apartado 4, que dispone que la transmisión no llevará aparejada obligación de pago de los créditos no satisfechos por el concursado antes de la transmisión, salvo las excepciones allí mencionadas; lo que puede generar, como consecuencia, que la contraparte de los contratos que se transmiten vea que dichos contratos se mantienen o subsisten y son subrogados por el adquirente, sin que pueda ejercitar la resolución de los mismos por incumplimiento de deudas anteriores a la subrogación, ya que la insolvencia ha hecho imposible el pago de manos del concursado cedente y el adquirente está legalmente eximido de hacerlo.

b) Transmisión de acciones de reintegración y otras acciones que derivan de los bienes y derechos que se transfieren

Dentro de los temas que la doctrina ha discutido en cuanto al alcance de esta transmisión a favor del adquirente está el tema relativo a las acciones de reintegración o cualquier otra acción que se relacione con los bienes y derechos que se transmiten. El Anteproyecto de Ley Concursal de 1983 (art. 227), y la Propuesta de Reforma de 1995 (art. 165), consideraban este extremo, a favor de la transmisión de las referidas acciones. En esta materia la LC no tiene un pronunciamiento expreso. No obstante ello, hasta antes de la reforma concursal del año 2011, en virtud de la Ley 38/2011, el artículo 176 de la LC, sobre las causas de conclusión del concurso, contenía un apartado 3, que hacía improcedente que se dictara el auto de conclusión por inexistencia de bienes y derechos mientras estuvieran pendientes demandas de reintegración de la masa activa, salvo que las correspondientes acciones hubiesen sido objeto de cesión. Ello daba pie para considerar que la normativa estaba dando carta de naturaleza a la posibilidad de que las acciones de reintegración de la masa activa hubieran sido cedidas¹⁸⁹. La Ley 38/2011 suprimió dicho apartado 3 en el artículo 176 de la LC.

Pero cabe mantener la idea de que la cesión de tales acciones procedería dado que la continuidad de la empresa en manos del asumente justificaría que éste pudiera proseguir con las referidas acciones, permitiéndole reivindicar bienes que pueden resultar esenciales para dicha continuidad e, incluso, para su conservación, si consideráramos dicha finalidad, o para permitir un aumento de productividad o de las expectativas económicas sobre la empresa, beneficiando de paso a los acreedores en el pago de sus créditos¹⁹⁰. También en esta línea estaría la idea de que el adquirente asume tanto las cargas como los beneficios que se deriven de los bienes que integran la empresa transmitida, dentro de los cuales se encuentran las acciones con valor patrimonial que la conforman y el que asuntor ha podido considerar al momento de suscribir la propuesta de convenio con asunción¹⁹¹. Para algunos, dicha cesión procedería en todo caso, aún si las acciones ya han sido iniciadas, caso en el que el adquirente se situaría en la posición de la administración concursal en el ejercicio de tales acciones¹⁹².

¹⁸⁹ ALONSO (2010), p. 585.

¹⁹⁰ RUBIO (2004), p. 129.

¹⁹¹ PULGAR (2007), p 914.

¹⁹² JACQUET (2012), p. 159.

Para otros la cesión sólo es posible únicamente cuando las acciones no han sido ejercidas, debido a que una vez iniciadas éstas se dirigen, entre otros, contra el concursado, quien no podría concurrir por ello a la suscripción del convenio posteriormente, pues la acción se dirige contra el deudor, contra quien ha sido su parte en el acto impugnado y, en su caso, contra el tercero a quien se hubiera transmitido el respectivo bien¹⁹³, pero aún esta última hipótesis es desestimada por otros debido a que el artículo 72.1 de la LC legitima a la administración concursal para ejercer las acciones rescisorias y sólo, subsidiariamente, a los acreedores en el caso de que aquélla no lo hubiere hecho en el plazo de dos meses desde que le requirieron para rescindir o impugnar el acto concreto de que se trata, y si el asumente es un acreedor del concursado parece no haber inconveniente a que él pueda ejercer posteriormente las acciones rescisorias pendientes de inicio al tiempo de llevarse a cabo la transmisión de la empresa, recogiendo el tenor del referido apartado del artículo 72 de la LC. Pero no procedería si el adquirente es un tercero no acreedor del concursado cuando se le transfiere los bienes y derechos de éste, pues ello no quedaría comprendido dentro de dicho tenor. Frente a esa dificultad se esboza como contraargumento que en virtud del convenio de asunción el asunto se convertiría en un acreedor del concursado respecto de la entrega efectiva e íntegra de todos los elementos que componen la empresa, incluyendo los que deberían figurar pero que han salido indebidamente de la masa.

c) Otras consideraciones sobre el contenido del convenio de asunción

Más allá de las particularidades propias del convenio de asunción, la transmisión de la empresa o de unidades productivas mediante la compraventa de empresa plantea diversas cuestiones o interrogantes, muchas de ellas, como se señaló, derivadas de las dificultades que surgen a la hora de definir su naturaleza jurídica del contrato que le sirve de sustento, las normas legales que le son aplicables y la definición de las exigencias formales y de contenido, y el alcance de los derechos y obligaciones que de él nacen. Estas cuestiones están, por ende, presentes también el convenio de asunción. El contenido del convenio de asunción, más allá del contenido prohibido y facultativo al que está sujeto concursalmente, vendrá determinado, en cada caso, por las particulares características de la empresa que se transmite. El concursado se obliga a poner en manos del adquirente el conjunto de bienes y derechos afectos a la

¹⁹³ ROJO (2006), p. 1884.

actividad empresarial o a las unidades productivas que se enajenan, conforme a la normativa particular que los regula y las exigencias de título y tradición. El objetivo es permitir la reactivación o la continuidad del giro, ahora bajo mejores criterios de eficiencia económica y productividad, a los existentes al tiempo de la venta.

Como aspecto objetivo de la transmisión, la enajenación de la empresa supone la transmisión tanto de elementos materiales que conforman el patrimonio comercial y que posibilitan la actividad económica como de elementos inmateriales con los que se persigue colocar al adquirente en la posición original del transmitente, como lo son las expectativas de venta, clientela, fuentes de aprovisionamiento o experiencias de negocio. Además, el deudor concursado debiera asumir deberes u obligaciones que se entienden van involucradas en toda compraventa de empresa, tanto de carácter activo, como deberes información precontractual y de colaboración post-contractual, o de carácter pasivo, como obligaciones de confidencialidad y de no competencia. El contenido y alcance de estas exigencias vendría determinado de la buena fe que debe orientar la celebración del contrato y su cumplimiento (arts. 1258 CC y 57 CCOM) y del deber que la propia LC impone al deudor especiales deberes de colaboración e información en todo lo necesario o conveniente para el interés del concurso (art. 42 LC)¹⁹⁴. Cuando el deudor sea persona jurídica, estos deberes incumbirán a sus administradores o liquidadores y a quienes hayan desempeñado estos cargos dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso, y alcanzan también a los apoderados del deudor y a quienes lo hayan sido dentro del período señalado¹⁹⁵.

2.6. La situación respecto de la asunción del pasivo

Como hemos indicado, el apartado 2, del artículo 100 de la LC, fue modificado por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, para quedar redactado, en sus párrafos 3º y 4º, de la siguiente forma:

«También podrán incluirse en la propuesta de convenio 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

¹⁹⁴ JACQUET (2012), p. 160.

¹⁹⁵ En igual sentido, puede verse lo dispuesto en el artículo 83º.1.a), de *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas* portugués.

de una persona natural o jurídica determinada, que se registrarán por lo dispuesto en el artículo 146 bis.

Las proposiciones incluirán necesariamente la asunción por el adquirente de la continuidad de la actividad empresarial o profesional propia de las unidades productivas a las que afecte. En estos casos, deberán ser oídos los representantes legales de los trabajadores»¹⁹⁶.

2.6.1. La no asunción del pasivo como regla en el convenio de asunción

De acuerdo al concepto que la Ley Concursal da hoy sobre el convenio de asunción, éste no conlleva el compromiso del asuntor de pagar los créditos de los acreedores concursales, como sí lo expresaba el artículo 100.2 de la LC hasta antes de la modificación hecha en virtud de la Ley 9/2015, de 25 de mayo¹⁹⁷. De acuerdo al citado apartado 2, en su párrafo tercero, en su redacción actual no considera la asunción de deudas y la propuesta de convenio, además, queda regida por lo dispuesto en el artículo 146 bis de la LC, que regula las especialidades que presenta la transmisión de unidades productivas.

El citado artículo 146 bis de la LC viene a regular de un modo orgánico la enajenación de unidades productivas que se produce en el ámbito del concurso, sea como parte de un convenio concursal o, como se verá, como parte de la liquidación, y considera los especiales efectos que ella produce. El legislador, de este modo, ha dado una especial carta de naturaleza a esta forma de transmisión, recogiendo y haciéndose cargo de algunas de las cuestiones que la práctica ya venía planteando en este tema¹⁹⁸.

¹⁹⁶ El texto legal fue modificado, en primer término, por el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, en la forma que fue recogido por la Ley 9/2015, de 25 de mayo. El texto original señalaba: «*Las proposiciones incluirán necesariamente la asunción por el adquirente de la continuidad de la actividad empresarial o profesional propia de las unidades productivas a las que afecte y del pago de los créditos de los acreedores, en los términos expresados en la propuesta de convenio. En estos casos, deberán ser oídos los representantes legales de los trabajadores*».

¹⁹⁷ Previo a la reforma legal referida, el adquirente asumía el compromiso y obligación de pagar los créditos de los acreedores en los términos expresados en la propuesta de convenio, no como garante, fiador o avalista del concursado, sino en lugar de él. La posición del adquirente respecto del deudor ha sido objeto de discusión respecto del *assuntore* en el *concordato fallimentare*, del Derecho italiano.

¹⁹⁸ El artículo 60 de la LFR brasileña dispone que si el plan de recuperación considerase la enajenación de unidades económicas del deudor, el objeto de la enajenación estará libre de cualquier carga, por lo que no habrá sucesión del adquirente en las obligaciones del deudor, incluidas las de carácter fiscal, debiendo observarse lo dispuesto en el párrafo 1º del artículo 141 de la LFR. Esta norma, a su vez, dentro de las normas de liquidación, extiende la exoneración del deudor a las obligaciones derivadas de la legislación laboral y de accidentes del trabajo, declarando expresamente que los trabajadores del concursado que sean contratados por el asuntor lo

A efectos de determinar el sentido y alcance de esta importante modificación legal, que vincula en la Ley Concursal al reformado artículo 100.2 con el nuevo artículo 146 bis, una primera cuestión que debe ser considerada es que el convenio de asunción puede recaer, tal como se sigue expresando en el artículo 100.2 de la LC, como contenido posible de un convenio concursal de asunción, sobre el conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a su actividades empresarial o profesional o sobre determinadas unidades productivas. El convenio de asunción puede ser, por tanto, de carácter total, cuando se refiere a toda la empresa del concursado, esto es, al conjunto de bienes y derechos afectos a su actividad empresarial, o bien, ser parcial, cuando se refiere a una o más unidades productivas de la misma. Esta última sujeta a las especiales prevenciones del artículo 146 bis de la LC.

En este apartado debemos considerar la situación del convenio de asunción que recae sobre determinadas unidades productivas. Este convenio queda sujeto, por una parte, a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 100 de la LC, que no contempla actualmente la obligación del adquirente del pago de los créditos de los acreedores, en los términos expresados en la propuesta de convenio; y por otra, queda sujeto a lo dispuesto en el artículo 146 bis de la LC, que regula, como hemos dicho, las especialidades de la transmisión de unidades productivas tanto en sede de convenio como de liquidación, y que considera, con carácter general, 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.

En otras palabras, y sin perjuicio de lo dispuesto en los numerales 1, 2 y 3 del artículo 146 bis de la LC, el convenio de asunción sobre unidades productivas, por regla general, no supone para el adquirente el pago de los créditos de los acreedores no satisfechos por el concursado antes de la transmisión, ya sean concursales o contra la masa. En efecto, el apartado 4.I de dicho articulado dispone que: *«[L]a 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»*.

Pero también es cierto que el mismo apartado 4.I el artículo 146 bis de la LC considera excepciones a la no asunción de deudas por parte del adquirente en el convenio de asunción, referidas a la asunción voluntaria de deudas, a la existencia de normas legales que lo imponga,

harán en conformidad da nuevos contratos de trabajo y el adquirente no responde de obligaciones provenientes del contrato de trabajo que mantenían con el concursado.

y muy importante, la aplicación del artículo 149.4 de la LC, que también fuera modificado por el Real Decreto-ley 11/2014, y la Ley 9/2015, y que analizaremos en el punto siguiente¹⁹⁹.

2.6.2. Excepciones a la regla de no asunción del pasivo

El artículo 146 bis.4.I de la LC establece, como se señaló, que la transmisión de la unidad productiva no conlleva la obligación de pago de los créditos no satisfechos por el concursado, *«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 de la LC»*. A lo que agregamos la prevención del párrafo segundo del apartado 4 del artículo 146 bis.4 de la LC, que dispone que: *«La exclusión descrita en el párrafo anterior no se aplicará cuando los adquirentes de las unidades productivas sean personas especialmente relacionadas con el concursado»*.

Las prevenciones del artículo 146 bis de la LC están dadas para los casos de transmisión de unidades productivas, y por tanto, no considera la hipótesis de asunción o adquisición total de la empresa. Sobre esta hipótesis, por una parte, el artículo 100.2.IV de la LC ya no contienen una mención sobre la asunción de deudas, como sí lo contemplaba antes de su modificación, y por otro, el artículo 146 bis de la LC sólo se refiere a la transmisión que recaerá sobre unidades productivas, quedando esta hipótesis sin una norma que resuelva este importante aspecto del convenio de asunción. Siguiendo el concepto de convenio de asunción que recoge el nuevo artículo 100.2 de la LC, la regla es que la asunción no conllevaría la obligación de pago.

En segundo término tenemos los casos en que excepcionalmente, por disposición expresa del artículo 146 bis.4 de la LC, la transmisión conlleva la asunción del pasivo, sea que se trate de deudas concursales o contra la masa, siempre referidas a la transmisión de unidades productivas. Estos casos son los siguientes:

- i) Que el adquirente hubiera asumido expresamente dicha obligación.

En esta primera hipótesis, claro reflejo del rol de la autonomía privada en materia de convenios, el adquirente asume expresamente la obligación de pago de los créditos.

Esta eventual asunción de deuda queda regida por los términos expresados en la

¹⁹⁹ Que el pago tenga carácter excepcional y que no comprenda necesariamente todos los créditos, opera a pesar de que el concurso es un procedimiento universal, que involucra necesariamente a todos los acreedores concursales o *masa pasiva* del concurso, existentes en el momento de la declaración de concurso, cuyos créditos sean en definitiva reconocidos dentro del procedimiento concursal (arts. 49, 84.1, 85, 86 y 87 LC).

propuesta de convenio y debiera acotarse únicamente a aquellos créditos que se determine en la propuesta de convenio.

- ii) Que exista disposición legal que así se lo imponga.

La norma concursal no señala ni hace referencia a alguna norma legal que pudiera estar recogiendo una excepción a la regla del artículo 146 bis.4.I de la LC. Habiendo tenido lugar la reforma de la LC por el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, la Tesorería General de la Seguridad Social, haciendo presente particularmente lo dispuesto en los artículos 104 y 127.2 del TRLGSS, estimó que la referencia a una excepción en la exoneración de deudas en los casos en que existiese una disposición legal que así lo impusiera, era una referencia a dicho artículo 127.2.I de la TRLGSS, que dispone, en lo pertinente: *«En los casos de sucesión en la titularidad de la explotación, industria o negocio, el adquirente responderá solidariamente con el anterior o con sus herederos del pago de las prestaciones causadas antes de dicha sucesión»*.

Esa alegación de la TGSS, que fue descartada por los juzgados de lo mercantil, es reconducida actualmente al artículo 149.4 de la LC, que en virtud de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, reconoce expresamente que los efectos de Seguridad Social se entenderá que hay sucesión de empresa, en los caso de transmisión de unidades productivas. La referida 9/2015, vino a distinguir claramente entre aquellas reglas de liquidación de carácter supletorio, contenidas en el apartado 1 del artículo 149 de la LC, de aquellas que constituyen reglas legales de liquidación de aplicación imperativa, contenidas en los apartados 2 a 5. Precisamente el artículo 146 bis.4.I entiende que la exoneración que prevé es sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.4 de la LC.

De este modo, se recoge el predicamento del ente público de la Seguridad Social, que ha venido insistiendo en su interpretación de exigir al adquirente el pago de las deudas del concursado, criterio que venía siendo rechazado por la mayoría de los juzgados y tribunales españoles, especialmente en lo mercantil. Las recientes modificaciones que introducen el nuevo artículo 146 bis de la LC y modifican el artículo 149 de la LC, vienen a dar carta de crédito a la posición sustentada por la Seguridad Social no sólo en el ámbito de la liquidación concursal, sino que mantiene a su respecto el *statu quo* en cuanto a la asunción de deuda por parte del adquirente o asuntor en el convenio concursal respecto de los créditos de la Seguridad Social. Sobre este punto

volveremos luego, considerando igualmente los créditos laborales que se encuentran amparados también por la sucesión de empresa *ex* artículo 149.4 de la LC.

En el caso de las deudas tributarias, la situación ha sido siempre radicalmente diferente a la de los créditos de la seguridad social, por cuanto, la misma Ley General Tributaria (LGT), establece con carácter general la eximición del adquirente de una empresa insolvente de responder solidariamente por las deudas tributarias que tenga el concursado como consecuencia de su actividad empresarial, esto es, se le libera del pago de las deudas tributarias al adquirente de explotaciones o actividades económicas pertenecientes a un deudor concursado cuando la adquisición tenga lugar en un procedimiento concursal (art. 42.1 c], LGT). Conforme a lo anterior, el asuntor no asumiría las obligaciones tributarias contraídas por el concursado, derivadas de su ejercicio, así como respecto de las obligaciones derivadas de la falta de ingreso de las retenciones e ingresos a cuenta practicadas o que se hubieran debido practicar por éste.

- iii) Que el adquirente tenga la calidad de persona especialmente relacionada con el concursado.

A fin de evitar abusos y fraudes en el uso del especial estatuto que supone para el asuntor el adquirir una unidad productivas en el ámbito concursal, conforme al artículo 146 bis.4.II de la LC, se ha excluido de dichas prerrogativas a ciertas personas que se encuentra en situación de especial referencia con el propio concursado, como lo son, por ejemplo, en el caso del concursado persona jurídica, sus socios y los administradores sociales (art. 93 LC)²⁰⁰.

- iv) El artículo 146 bis.4 de la LC considera que la exoneración del adquirente se entiende *«sin perjuicio de lo dispuesto en su artículo 149.4. de la LC»*. Como señalamos antes, el artículo 149.4 de la LC forma parte de las reglas legales de liquidación, de aplicación imperativa, y de acuerdo a él cuando la entidad económica transmitida *«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»*.

²⁰⁰ El artículo 93 de la LC ha sido objeto también de modificación por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, procedente del Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, ampliando el número de personas que son consideradas como especialmente relacionadas con el concursado.

Esta regla coloca, por ende, en una posición de especial a los créditos de laborales y de la Seguridad Social. Respecto de los primeros, el artículo 149.4 de la LC establece que *«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»*. Sobre el alcance de estas excepciones o limitaciones a la sucesión de empresa a efectos laborales, volveremos luego al analizar la venta de unidades productivas en el ámbito de la liquidación concursal, en la tercera parte de este trabajo.

Con todo, no es difícil visualizar el impacto que tienen para el concurso el reconocimiento, no sólo de los créditos laborales, en la sucesión de empresa, sino también de los créditos de la Seguridad Social. De esta manera, los artículos 127.2 y 104 del TRLGSS son integrados al concurso, haciendo eco de las alegaciones que desde siempre había venido formulando la Seguridad Social sobre la materia a favor de estos créditos públicos.

2.6.3. Extensión de la asunción de las deudas, cuando ello excepcionalmente procede

En estos casos particulares o de excepción que hemos examinado, en que el adquirente asume el pago de créditos, será necesario considerar ciertos extremos sobre la extensión de la responsabilidad que asume.

- i) Primero, no siendo procedente la exoneración de responsabilidad del asumente, debería definirse si dicha responsabilidad es de carácter cumulativa o liberatoria.

Esta cuestión nos vincula, a su vez, con interrogantes acerca de las consecuencias que podría generar la insolvencia del asuntor y al tema, no menor, por cierto, de las garantías que pueden exigirse al adquirente. La LC no contempla como requisito para que se apruebe el convenio que el adquirente dé garantías del cumplimiento de las obligaciones o compromisos que asume. Si la asunción en el ámbito concursal tiene un efecto cumulativo, la propia figura del asuntor sería una garantía para los acreedores concursal del cumplimiento de los créditos, pues aquel constituiría

realmente un garante de la obligación del concursado de satisfacer el pasivo, que podría sumarse a otros preexistentes, pero que también tendría implicancias para el propio concursado ante la insolvencia del asunto.

La aprobación de un convenio con asunción no es causal de conclusión del concurso, sino el cumplimiento de ese convenio (art. 176.1.2° LC). Luego, cabe preguntar por los efectos que traería consigo el incumplimiento del convenio o, peor aún, la insolvencia del propio asunto, dado que el cumplimiento, por definición en los convenios con asunción, depende del adquirente y no concursado. Aún en el caso de que las partes acordasen expresamente liberar al concursado, si el asumente posteriormente no cumple con el convenio, ¿se debería proceder a la declaración judicial de incumplimiento del convenio a solicitud de cualquiera de los acreedores, produciendo la rescisión del convenio y la desaparición de sus efectos y particularmente de su efecto novatorio, y la reapertura del concurso? Ello sin considerar las consecuencias en materia de calificación (art. 163.1.2° LC) y responsabilidad (art. 172.3 LC). Entender que la asunción tiene un carácter cumulativo facilita la respuesta a estas interrogantes. Una asunción liberatoria, coloca en una posición menos favorable a los acreedores concursales.

- ii) Si se estime que la asunción de deudas tiene carácter cumulativo, surge la necesidad de determinar la naturaleza solidaria o simplemente conjunta de la responsabilidad entre al concursado²⁰¹. En un segundo plano, las interrogantes están asociadas a la extensión del compromiso que contrae el adquirente y la situación particular de las deudas del concurso, cuando, reiteramos, no queda liberado de la obligación de pago de los créditos no satisfechos por el concursado antes de la transmisión.

El planteamiento debe considerar el contenido esencial genérico de todo convenio concursal. Las proposiciones de quita o de espera, o de quita y espera, conforman el contenido esencial de la propuesta de convenio. Es decir, el convenio está destinado esencialmente a acordar un aplazamiento en los pagos de los créditos y/o la reducción de la cuantía de los mismos, quedando aplazados en su exigibilidad y extinguidos en los términos pactados (art. 100.1 LC). El asunto asumiría la

²⁰¹. Discusión que ha estado presente, también, como señalan algunos autores, en el debate de la doctrina italiana (PULGAR [2007], p. 920).

obligación de pago del pasivo en los términos de las quitas y/o esperas acordados, en relación a clases o grupos de acreedores o importe de créditos²⁰².

Frente a la interrogante de si es o no procedente un convenio de asunción sin este contenido, de modo que el asunto se obligue en los términos de la obligación originaria, nos orientamos por considerar que la quita y/o espera, junto a la transmisión patrimonial de la empresa a favor del adquirente, forman parte del contenido esencial específico de esta especie de convenio, y que complementan el contenido obligacional, relativo a la asunción de deuda y a la continuación de la actividad empresarial o profesional del concursado. Más aún, como fue considerado en el convenio con asunción acordado en el concurso de Dorlast, S.L.²⁰³, estos convenios son un terreno propicio para aplicar la excepcionalidad que contempla el apartado 1º del artículo 100 de la LC, que permite al juez del concurso autorizar motivadamente, y a solicitud de parte, la superación de los límites legales temporales y cuantitativos del contenido remisivo y dilatorio aludido, cuando se trate del concurso de empresas cuya actividad pueda tener especial trascendencia para la economía, siempre que lo contemple el plan de viabilidad que se presente.

- iii) Otro extremo a considerar, en los casos en que el adquirente no se libera de la asunción de pago, es la cuestión de la extensión de los créditos ordinarios y subordinados a cuyo pago se obliga el asunto. Un tema es la amplitud de la transmisión patrimonial que opera a favor del adquirente, que podrá tener un carácter total o parcial, y otra es cuáles son los créditos a cuyo pago se obliga en virtud de esa transmisión.

La determinación de la extensión objetiva de la deuda objeto de asunción es especialmente importante cuando la transmisión patrimonial a favor de aquel no comprende la totalidad de los bienes y derechos del concursado. Puede ser parte de la propuesta de convenio que la asunción se referirá sólo a ciertos créditos, como podrían ser créditos que presenten ciertos importes máximos o que conformen un cierto grupo de crédito, como lo pueden ser los créditos de los proveedores, o que

²⁰² El artículo 136 de la LC, referido a la eficacia novatoria del convenio concursal, dispone que los créditos de los acreedores privilegiados que hubiesen votado a favor del convenio, los de los acreedores ordinarios y los de los subordinados quedarán extinguidos en la parte a que alcance la quita, aplazados en su exigibilidad por el tiempo de espera y, en general, afectados por el contenido del convenio.

²⁰³ AJM N° 1 de Madrid, s/núm., de 16.11.2006 (AC 2005\2067).

pertenezcan a cierta clases de créditos que por definición se referirá a los créditos ordinarios y subordinados, incluyendo cláusulas que excluyan a los créditos privilegiados de poder adherirse a la propuesta o votar a favor de la misma o de poder vincularse al convenio judicialmente ya aprobado, o convenir expresamente que el asuntor se hará cargo de ciertos créditos con privilegio general o especial, y aun cuando ellos no afecten bienes o derechos que formen parte del conjunto de activos que se le transmiten.

Parece claro que el convenio vincule al asuntor con los acreedores ordinarios y subordinados, respecto de los créditos que fuesen anteriores a la declaración de concurso. Pero la normativa concursal adiciona que dicha vinculación comprende también a los acreedores que por cualquier causa, no hubiesen sido reconocidos (art. 134.1 LC). De esa manera se extiende la vinculación del convenio a créditos no reconocidos al momento en que el asuntor se obliga frente al concurso. Haciendo una interpretación que dé certeza y seguridad al tercero que puede estar interesado en adquirir el conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a su actividad empresarial o profesional o de determinadas unidades productivas del mismo, debería acotarse el sentido y alcance de la norma citada a aquellos créditos ordinarios y subordinados reconocidos actualmente y a aquellos que lo sean a futuro, pero que al momento de acordarse el convenio se encuentren en trámite para su reconocimiento, si finalmente ello así ocurre, quedando al margen los créditos que no se hicieron valer o que fueron excluidos²⁰⁴.

La situación de los créditos privilegiados es un extremo no abordado del todo por la LC en materia de convenios, al momento de su entrada en vigor²⁰⁵, pero a cuyo respecto se han incorporados nuevas disposiciones con las modificaciones legales introducidas por el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre y la Ley 9/2015, de 25 de mayo. Un tema es la vinculación de estos acreedores por el convenio de asunción. El artículo 134 de la LC, referente a la extensión subjetiva del contenido del convenio establece como reglas que éste vincula sólo al concursado y a los acreedores ordinarios y subordinados, respecto de los créditos anteriores a la

²⁰⁴ MUÑOZ (2012, p. 346).

²⁰⁵ Cuestión que si fue considerada en algunos de los antecedentes de la LC (art. 227.2 del ALC de 1983, y art. 165.1 de la Propuesta de Reforma de 1995).

declaración de concurso (art. 134.1 LC), y que los acreedores privilegiados, en cambio, sólo quedan vinculados al contenido del convenio si han votado a favor de la propuesta o si su firma o adhesión a aquélla se hubiere computado como voto favorable, o cuando, respecto del convenio ya aceptado por los acreedores o aprobado por el juez, hubieren prestado su adhesión en forma antes de la declaración judicial de su cumplimiento (art. 134.2 LC)²⁰⁶. Junto a lo anterior, tras las modificaciones aludidas, se consideran ciertas hipótesis en que por *arrastre*, los créditos con privilegio general o especial quedan vinculados al convenio, debido a la obtención de ciertos quórumos o mayorías respecto de acreedores con crédito privilegiado de su misma clase²⁰⁷, que se contemplan el artículo 134.3 de la LC.

La regla es que el asuntor no asume el pago de los créditos contra la masa, no satisfechos por el concursado antes de la transmisión, concordando con lo sustentado por parte de la doctrina anteriormente. Pero si el adquirente no goza de esa exoneración deberá asumir el pago de los créditos contra la masa no satisfechos por el concursado al momento de esa transmisión. Debemos entender que se trata de créditos referidos a los bienes comprendidos dentro de las unidades productivas que adquiere. Las dudas persistirían cuando la transmisión es general y comprende todos los bienes del concursado o lo que éste conserva es de poco valor o de difícil enajenación²⁰⁸.

²⁰⁶ Pero también podría formularse, en un sentido contrario, propuestas de asunción que considerasen la supresión del derecho de los acreedores privilegiados para adherirse a la propuesta, votar a favor de la misma o vincularse al convenio ya aprobado por el juez del concurso ex artículo 134.2 de la LC, a través de cláusulas llamadas, doctrinalmente, como de no vinculación, cuya eficacia puede ser puesta en duda dado la condicionalidad a que pueden someter al convenio (ROJO [2006], p. 1892).

²⁰⁷ Según definición de clases dada por el artículo 94.2 de la LC, en el cual se distinguen cuatro clases de acreedores con privilegio general o especial, cada una de las cuales presenta características propias que justifican un tratamiento específico en el seno del concurso, según la exposición de motivos del Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre. En primer lugar se encuentra la clase de los acreedores de derecho laboral; en segundo lugar, los acreedores públicos; en tercer lugar, los acreedores financieros, y finalmente, los restantes acreedores con privilegio, como sería los acreedores comerciales (art. 94.5.2º LC). La categoría de *clase* está referida sólo a estos acreedores. Los acreedores ordinarios no se agrupan en clases.

La existencia de distintas clases y el alto quorum exigido en cada una de ellas asegura que no se darán concentraciones y acuerdos entre algunos acreedores para perjudicar a otros. Se tutelan adecuadamente los créditos laborales y los públicos. Y al mismo tiempo se generan las condiciones para acordar convenios que hagan viable la continuidad del entramado empresarial o de alguna de sus unidades productivas.

²⁰⁸ Si el concursado no conserva ningún activo, como resultaba en una hipótesis de convenio de asunción con transmisión total de activos, o bien, en los casos en que conserva activos de poca cuantía o difícil enajenación, el hecho de que el asuntor no se haga cargo de los créditos, como los créditos contra la masa, podría ser interpretado como una hipótesis de fraude en contra de los titulares de dicho créditos, y ante ello, podría ser el juez quien ejerciendo las facultades que le atribuyen el artículo 129.1 de la LC, optar por rechazar el convenio o imponer al asuntor la obligación de pagar los créditos privilegiados o contra la masa. La primera alternativa,

2.7. Acuerdos concursales en el Derecho comparado

Frente a la clásica solución de liquidar los activos del concursado, es posible apreciar en el Derecho comparado de manera generalizada la incorporación una fase o etapa en el procedimiento de insolvencia orientada a la búsqueda de una solución consensuada entre el concursado y sus acreedores.

Sin duda el *Chapter 11 del Bankruptcy* (Ch. 11) del Derecho de los Estados Unidos de Norteamérica, y el *Insolvenzplan* del Derecho alemán, son parte de los referentes en esta materia. En el primero de ellos, los acuerdos van desde un cambio en la estructura patrimonial de la empresa derivada de una reorganización de carácter financiera hasta otras de carácter económica u operativas que pueden conllevar al cambio de las operaciones empresariales, venta de unidades productivas (§1123 [a][5][B] Ch. 11), reducciones de personal, relocalización geográfica, entre otros. El Ch. 11 proporciona al concursado la posibilidad de alcanzar un acuerdo con sus acreedores en base a un sistema de mayorías que con la aprobación judicial puede ser impuesto a acreedores disidentes («*cramdown*») ²⁰⁹. El deudor conserva, por regla general, la administración y gestión del negocio («*debtor-in-possession*», § 1104 [a], y § 1107, Ch. 11) y la empresa continua en funcionamiento («*going concern business*») mientras se dan las instancias de negociación con los acreedores reunidos en un comité o junta de acreedores, y quienes votarán el acuerdo por categorías o clases. El proceso se lleva a cabo bajo la supervisión de un funcionario público federal denominado «*Trustee*» (*United State Trustee*, § 581 y ss. Ch. 5).

Es el propio concursado o «*debtor-in-possession*» quien propone el plan a sus acreedores, dándolo a conocer a ellos y al tribunal respectivo, con claras indicaciones acerca de negocios, de su activo y pasivo, y del proyecto empresarial a llevar a cabo. A pesar de que, al igual que ocurre con los convenios concursales en el Derecho español, los acuerdos de reorganización

pone al concurso fuera de la posibilidad de alcanzar un convenio. La segunda, basado en la atribución judicial de poder fijar la correcta interpretación del convenio cuando sea necesario para resolver sobre la oposición formulada en su contra, permitiría mantener el convenio y evitar el perjuicio de los aludidos acreedores, pero sobre la base de extender las obligaciones del asunto a créditos no considerados al tiempo de diseñar el plan de viabilidad y el plan de pagos, y a riesgo de que acoger una interpretación demasiado extensiva de las atribuciones que la ley confiere al juez del concurso en caso de oposición (MUÑOZ [2012], p. 347). También, al alero del carácter prededucibles de los créditos contra la masa, y el hecho de que éstos no se ven afectados por los acuerdos de quita y/o espera del convenio, llevaba a algunos a pensar que en los casos de una transmisión total del activo y asunción de satisfacción de la totalidad de la deuda, el adquirente asume la masa del concurso con cargo de pagar estos créditos (PULGAR [2007], p. 930).

²⁰⁹ La referencia a que el acuerdo deba ser adoptada con el consentimiento de los acreedores, pero en algunos casos con disidencia de algunos de los acreedores pero con la aprobación judicial, hace que se distinga entre «*consensual plan*» y «*non-consensual plan*».

no son la regla general en la práctica concursal de los Estados Unidos de Norteamérica, cediendo espacio a la liquidación vía Capítulo 7 o a los «363 sales», su atractivo está dado por el hecho de que su aceptación por parte de los acreedores y su aprobación judicial produce la extinción de todas las deudas nacidas con anterioridad a dicho acuerdo o «discharge» (§ 1141 [d] [1], Ch. 11), o bien por ser la antesala para una liquidación más eficiente de los activos del concursado conforme al Capítulo 7 del *Bankruptcy Code* (§ 1123 [b] [4], Ch. 11).

El Derecho alemán contempla la posibilidad de un plan de insolvencia, en el título VI de la *Insolvenzordnung* (InsO), conformado por tres capítulos destinados a la reglar, respectivamente, la elaboración del plan bajo el principio de autonomía privada (§ 217 InsO), su aceptación y aprobación, y la eficacia del plan aprobado. Tanto el concursado como el administrador de la insolvencia están facultados para presentar un plan de insolvencia (§ 218 InsO). El plan debe ser sometido a la aprobación de los acreedores, agrupados en categorías o clases (§ 222 y 244 InsO), basado en un trato igualitario entre los acreedores pertenecientes a una misma clases (§ 226 y 240 InsO), considerando especialmente la situación de los acreedores con derecho a ejecución separada (§ 238 y 246 InsO).

El plan acordado por los acreedores y judicialmente aprobado (§ 252 y 253 InsO), produce, por regla general, efectos respecto de todos los acreedores respecto del contenido de reestructuración que supone el plan (§ 254 InsO). Mientras se tramita la aprobación del plan, el deudor conserva la administración y gestión del negocio (figura del «debtor-in-possession» del *Bankruptcy*), bajo la vigilancia de un síndico y la posibilidad de protección concursal ante las ejecuciones (§ 270 InsO)²¹⁰.

Otros ejemplos, en esta materia, lo encontramos en el Derecho italiano a través del *concordato preventivo*, y también el *concordato fallimentare* y en el *accordi di ristrutturazione*, que contempla la *Legge Fallimentare*. Sin duda, el *concordato preventivo* y el *accordi di ristrutturazione* son acuerdos que tiene por objeto un salida negociada a la crisis de la insolvencia del deudor. El *concordato fallimentare* si bien está inserto dentro del procedimiento de liquidación (*fallimento*), a través de él se puede igualmente obtener un acuerdo de reorganización o de continuidad de la empresa. Esta diversidad de opciones o instancias de acuerdo es concordante con la clara sujeción del concurso a una finalidad de continuidad y saneamiento de la empresa en concurso que caracteriza al Derecho italiano. Lo mismo podemos decir respecto de la *conciliation*, el

²¹⁰ SCHMIDT (2015), p. 306.

sauvegarde y el *redressement* del Derecho francés. De ellos, el *sauvegarde* se instituye como un plan de salvataje para la empresa en el título II del Libro V del *Code de Commerce*.

Igualmente deben ser consideradas las figuras de los *schemes of arrangement* o los *Company voluntary agreements* del Derecho anglosajón, reconocidos en su *Insolvent Act* de 1986, o el *plan de recuperação judicial* previsto en la *Lei de Falência* de Brasil y los acuerdos de reorganización judicial para la empresa deudora en la Ley de Reorganización y Liquidación de Chile.

3. PROPUESTA DE CONVENIO CON MODIFICACIÓN ESTRUCTURAL DE LA SOCIEDAD CONCURSADA

Dentro de los muchos aciertos que deben ser atribuidos a la reforma concursal impulsada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, es el haber potenciado el apartado 3 del artículo 100 de la LC, en su referencia a las modificaciones estructurales que pueden tener lugar a través de un convenio concursal. El apartado 3 aludido fue objeto también de modificación por parte de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, procedente del Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, pero sin alterar el aporte en la materia hecho por la aludida Ley 38/2011. El artículo 100.3.I de la LC dispone:

«3. En ningún caso la propuesta podrá consistir en la liquidación global del patrimonio del concursado para satisfacción de sus deudas, ni en la alteración de la clasificación de créditos establecida por la Ley, ni de la cuantía de los mismos fijada en el procedimiento, sin perjuicio de las quitas que pudieran acordarse y de la posibilidad de fusión, escisión o cesión global de activo y pasivo de la persona jurídica concursada».

3.1. Modificaciones estructurales

Mediante la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (LME), se pretende la unificación y ampliación del régimen jurídico de las denominadas modificaciones estructurales, entendidas, según el preámbulo de esa ley, como *«aquellas alteraciones de la sociedad que van más allá de las simples modificaciones estatutarias para afectar a la estructura patrimonial o personal de la sociedad»* (Preámbulo, I, iii), y que, por ese motivo, llevan a incluir dentro de las figuras reguladas a la transformación, la fusión, la escisión y la cesión global de activo y pasivo, y también a la hipótesis de traslado internacional del domicilio²¹¹.

²¹¹ La Ley también regula el traslado internacional del domicilio social que, como indica el mismo preámbulo, no siempre presenta las características que permitan englobarlo dentro de la categoría de modificaciones estructurales, pero que por sus relevantes consecuencias en el régimen aplicable a la sociedad aconsejan su inclusión en el mismo texto legal. Precisamente, la inclusión de esta figura y de la cesión global de activo y pasivo, dentro del repertorio de modificaciones estructurales, forma parte de la finalidad de ampliar el régimen jurídico de estas figuras.

En cuanto al objetivo de unificación que busca la LME podemos decir que la misma dispersión y falta de unidad que se manifestó en su momento respecto de la legislación concursal anterior a la Ley N° 22/2003, se reflejó también en las normas societarias respecto de las fusiones y otras operaciones de reestructuración, previas a la Ley de Modificación Estructurales (VICENT [2010], p. 1620).

Las modificaciones estructurales responden a una finalidad de reestructuración empresarial mediante una alteración de la estructura social y/o patrimonial de la sociedad. Esa finalidad de reestructuración empresarial perseguida por las figuras reguladas en la LME permite su utilización en operaciones de reestructuración o creación de grupos de empresas; en la adaptación del régimen jurídico de las sociedades titulares de las empresas a través del cambio de los tipos sociales; modificaciones en la ubicación de las filiales o participadas o de las sociedades cabeceras del grupo, a fin de adecuar la estructura empresarial frente a las exigencias que impone la competitividad, la necesidad de incorporar nuevos socios o activos, etc.

En ese sentido, haciendo un poco de historia, el Código de comercio de 1885 contenía una escasa regulación de la fusión y la escisión, remitiéndose su normativa a determinados artículos que en ningún caso permitían construir un sistema jurídico sobre estas figuras jurídicas o, en general, sobre las reestructuraciones societarias. Las únicas referencias en el tema, y particularmente a la fusión, se encontraban en el artículo 175 del CCOM, que en su apartado 3º, señalaba que una de las actividades de las compañías de crédito era practicar la fusión o transformación de toda clase de sociedades mercantiles, y en los artículos 188 y 189 CCOM, que se referían a la fusión de compañías de ferrocarriles y otras obras públicas. El vacío legal en la materia fue parcialmente mitigado por la entrada en vigor del Reglamento del Registro Mercantil, de 20 de septiembre de 1919, que regulaba los efectos registrales de la fusión, y de un conjunto de cuerpos legales que fueron regulando esta materia, aunque de manera aislada o fragmentaria, como la Ley sobre nacionalización y traspaso de negocios bancarios, de 11 de julio de 1941, y la Ley de Ordenación Bancaria, de 31 de diciembre de 1946 (previamente se había dictado la Ley de 19 de septiembre de 1942, la Ley de 10 de noviembre de 1942; la Ley de 15 de mayo de 1945; la Ley de 31 de diciembre de 1946 [art. 8]; el Decreto-Ley de 17 de julio de 1947, y el Decreto-Ley de 7 de noviembre de 1947).

La Ley de Sociedades Anónimas, de 17 de julio de 1951 (LSA), constituyó la primera normativa española en regular la fusión y escisión de un modo general u orgánico (capítulo VII, arts. 142 a 148). La normativa legal fue complementada el Reglamento del Registro Mercantil, de 14 de diciembre de 1956, que regulaba la inscripción registral de la fusión y la escisión (arts. 132 a 137, del RRM).

Mediante la Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea (CEE) en materia de sociedades, se modificó sustancialmente el régimen jurídico español aplicable a las fusiones y escisiones, al incorporar en su normativa el contenido de la Tercera Directiva del Consejo, de 9 de octubre de 1978 (78/855/CEE), sobre fusión de sociedades anónimas (DOCE L 295, de 20 de octubre de 1978), y la Sexta Directiva del Consejo, de 17 de diciembre de 1982 (82/891/CEE), relativa a las escisiones de las sociedades anónimas (DOCE L 378, de 31 de diciembre de 1982). La nueva regulación fue recogida en el nuevo Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre (Real Decreto Legislativo citado fue dictado al amparo de la disposición final primera de la Ley 19/1989, de 25 de julio).

Finalmente, podemos decir que conforme al artículo 94.3 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (LSRL), las sociedades de este tipo en situación de concurso podía igualmente participar en una fusión o en escisión siempre que se contasen con autorización judicial. Una enmienda del Grupo Parlamentario Catalán *Convegència i Unió*, con la justificación de introducir mayores garantía a los acreedores de la sociedad en quiebra, incorporó dicho precepto que no iba incluido en el borrador del Anteproyecto de la Ley ni en el Proyecto de la misma (enmienda Nº 149, en BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, Nº 48-9, de 7.5.1994). En el mismo sentido se orientaba la enmienda Nº 423, del Grupo Popular, en cuanto admitir la reestructuración de sociedades en estado de insolvencia. Concordante con lo anterior es que el Reglamento del Registro Mercantil, en su artículo 227.3, y en su artículo 235 por remisión a aquel, dispone que si alguna de las sociedades que se fusionan o que participa en un proceso de escisión, se encontrara en quiebra, se hará constar en la escritura pública la resolución judicial que autorice a la sociedad a participar en la fusión o escisión.

Dentro del elenco de figuras de modificación estructural que la LME considera, es posible distinguir claramente entre aquellas que suponen una transmisión del patrimonio social en bloque a título universal, como ocurre en la fusión, de aquellas modificaciones, como la transformación y traslado internacional del domicilio, en que la reestructuración no supone aquella especie de transmisión a favor del adquirente. Los derroteros siguientes sólo consideran a aquellas primeras figuras jurídicas, que obedecen a la idea de modalidades de reestructuración empresarial societaria caracterizadas, entre otros aspectos, por la sucesión universal como forma de transmisión de unidades económicas o empresariales, favoreciendo de este modo la conservación de la empresa, como lo son la fusión, escisión y la cesión global de activo y pasivo. Precisamente, el interés general en permitir y favorecer la conservación de la empresa justifica y explica la inmediatez y la automaticidad (*uno actu*) con que opera la transmisión patrimonial en estas modificaciones estructurales. En este sentido, Las fusiones, junto a las escisiones, las cesiones globales de activo y pasivo y las segregaciones, constituyen operaciones societarias de enajenación o transmisión patrimonial ²¹², es decir, reestructuraciones societarias traslativas²¹³.

En otras palabras, la fusión, la escisión y la cesión global de activo y pasivo se caracterizan por la sucesión en la titularidad patrimonial del activo y pasivo de la sociedad y, por ende, la subrogación por parte de un tercero en la posición de la antigua sociedad en todos los elementos del activo y del pasivo de ésta, por medio de una sucesión *uno actu* del patrimonio o bloque patrimonial con carácter universal. En este sentido, la transmisión patrimonial a título universal supone transmitir las obligaciones principales contraídas por la empresa cedente, como asimismo, las obligaciones accesorias ligadas a aquellas. La transmisión en globo y la continuidad de la actividad empresarial permite, por ejemplo, que no se devengue pasivo por concepto de indemnización por despido de los trabajadores, cuya relaciones laborales son subrogadas por el adquirente, y que se dé la subrogación del adquirente en contratos de arrendamiento financiero, cuya resolución daría lugar también a nuevos pasivos, y la conservación del privilegio sobre los créditos del arrendador, y sobre otros contratos cuya resolución daría lugar igualmente a nuevos pasivos.

El traslado de estas figuras al ámbito concursal supone especiales esfuerzos para conciliar la finalidad del concurso, sus normas y principios, con los supuestos o premisas sobre los cuales

²¹² VICENT (2007), p. 518.

²¹³ CERDÁ (1998), p. 9331.

se construyen las modificaciones estructurales, algunas de las cuales operan como barreras de entrada ineludibles, como el que el concursado sea una sociedad, por cuanto sólo ellas pueden ser objeto de dichos procesos de reestructuración, u otras que parecen insoslayables, no son menores como es el hecho de que las modificaciones estructurales se construyen a partir de la idea de una sociedad *in bonis*, lo que las aleja o diferencia sustancialmente de la presupuesto de insolvencia del cual arranca el derecho concursal²¹⁴.

En cuanto a la vinculación que se ha hecho de las modificaciones estructurales en el ámbito de crisis de empresas, ellas vienen siendo utilizadas como un instrumento orientado a prevenir un concurso eventual, más que como una alternativa dentro de él, especialmente en el ámbito de las grandes sociedades mercantiles, aprovechando ese margen temporal que va del inicio de la crisis de la empresa hasta el momento en que surge legalmente la obligación de solicitar la declaración de concurso *ex* artículo 5.1 de la LC, y ante la falta de un concurso preventivo²¹⁵.

No obstante, habiéndose hecho o no ese esfuerzo previo para evitar el concurso de acreedores mediante una operación de esta naturaleza, declarado el concurso una modificación estructural sigue siendo o se presenta, según el caso, como una vía de solución a la insolvencia. Si a pesar de estar en curso una operación de modificación estructural, la sociedad es declarada en concurso, será necesario informar sobre la declaración de concurso a los demás participantes de la modificación estructural (art. 39.3 LME), e integrar el procedimiento de modificación estructural y el procedimiento concursal, con sometimiento de aquel a éste. Nada obsta que la modificación estructural continúe tramitándose al alero de las normas concursales; por el contrario, podría acogerse dentro de un convenio o como parte de un plan de liquidación, en las oportunidades previstas para ello y que examinaremos en el desarrollo de este trabajo. Cabe, también, que las restantes sociedades involucradas en el procedimiento de modificación estructural soliciten y obtengan su resolución; frente a lo cual surge atribución del juez del concurso para acoger dicha solicitud o de negar lugar a ella,

²¹⁴ Según datos estadísticos del año 2014, la proporción de sociedades concursadas con resultado neto negativo superó el setenta y siete por ciento. Esto significa, entre otras conclusiones, que ese porcentaje de sociedades no podría atender la totalidad de sus deudas en menos de veinticinco años. Un sesenta y cuatro por ciento de las sociedades en concurso no cuenta con ingresos suficientes para atender siquiera a su pasivo exigible. Ello refleja el estado de deterioro con que las empresas llegan al concurso. (REGISTRADORES [2014], p. 13 y 15).

²¹⁵ MARTÍNEZ (2010), p. 8 y ss., a propósito de la reestructuración de entidades de crédito y el *too big to fail*, y en especial, respecto de las fusiones y otras medidas adoptadas por las cajas de ahorro al alero del Real Decreto-Ley 9/2009, de 26 de junio, sobre reestructuración bancaria y reforzamiento de los recursos propios de las entidades de crédito.

en interés del concurso, conforme a las normas de los contratos pendientes de ejecución (art. 62. 3 LC).

Si la operación de reestructuración continua, deberá, como se dijo, integrarse y ajustarse a las normas del concurso, considerando, por ejemplo, entre otros aspectos, el régimen de intervención o de suspensión de las facultades de administración y gestión al que se haya visto sometida la concursada para determinar la capacidad de actuación de la administración concursal y de los órganos sociales en el procedimiento de modificación estructural.

Si la operación hubiere tenido lugar, pero a pesar de ello no se consiguiera evitar el concurso de la sociedad, la administración concursal estaría legitimada para impugnar la operación, si no se hubieran respetado las previsiones legales sobre tal modificación estructural (art. 90, con relación al art. 47 LME) o para ejercer la acción rescisoria concursal (art. 71 LC)²¹⁶.

Dentro del concurso, las operaciones de reestructuración societaria proporcionan al concurso la posibilidad de enajenar la empresa de la concursada, transmitiendo íntegramente su patrimonio por sucesión universal, extinguiendo la sociedad concursada, en caso de fusión, escisión total y cesión global con contraprestación a los socios, o bien transmitiéndola parcialmente, en caso de escisión parcial, segregación y cesión global de activo y pasivo con contraprestación a la propia sociedad concursada, y de ese modo, facilitar la transmisión y adquisición de la empresa en funcionamiento y continuidad de la misma y de su gestión, conservando el valor añadido que la organización empresarial aporta a los diversos elementos que la conforman, maximizando el valor de los activos, otorgando una solución eficiente a los acreedores²¹⁷.

En el caso de la transmisión de unidades productivas, la LME no considera un concepto de unidad económica, lo que puede ser especialmente significativo respecto de algunas

²¹⁶ GUTIÉRREZ (2011^a), p. 6 y 13, y también BEIGVEDER (2009) y SANCHEZ-CALERO (2011), con respecto a una fusión apalancada (*leveraged buyout*, LBO) como acto perjudicial a la masa si la sociedad resultante de la fusión es declarada posteriormente en concurso (LBO, *large bankruptcy opportunity*).

También, SAP Las Palmas (secc. 4^a), Núm. 389/2013, de 29.10.2013 [JUR 2013\377976], sobre la procedencia de las acciones rescisorias concursales en impugnación de modificaciones estructurales, y el cumplimiento de las exigencias que previene en la materia el artículo 71 de la LC, especialmente en el caso de una operación apalancada.

Con todo, también podemos encontrar jurisprudencia en un sentido contrario, en cuanto a que modificaciones estructurales traslativas inscritas en el registro mercantil antes de la declaración de concurso no pueden ser objeto de las acciones de reintegración previstas en el artículo 71 de la LC (SAP de Zaragoza [secc. 5^a], Núm. 217/2013, de 19.04.2013 [JUR 2013\182563]; y SAP A Coruña, Núm. 414/2014, de 30.12.2014 [JUR 2015\47406]).

²¹⁷ ARANGUREN (2013), p. 431. También, en extenso, ver PULGAR (2009a) y (2009b).

modalidades de operaciones de reestructuración empresarial como la escisión parcial y segregación o la cesión global sobre unidades económicas. El interés general en la conservación de las empresas que justifica estas operaciones y la transmisión por sucesión universal que ellas producen deben ser referentes al momento de construir el concepto de unidad económica para estos efectos, y en tal sentido las unidades económicas objeto de estas operaciones deben ser capaces por su composición de servir por sí mismas al desarrollo de una determinada actividad productiva y, por ende, viables económicamente. La idea de unidad económica como bloque patrimonial que permite colocar ciertos bienes o servicios en el mercado y obtener recursos suficientes del mismo para su continuidad, permite diferenciar operaciones como la escisión parcial, la segregación o la cesión global de activo y pasivo, de simples aportaciones *in natura* de conjuntos patrimoniales, a los que la legislación no reconoce el privilegio de la transmisión universal.

Este es el sentido de la exigencia impuesta por el artículo 82 de la LME, en el caso de la cesión global de activo, en que una sociedad inscrita transmite en bloque todo su patrimonio por sucesión universal, a uno o a varios socios o terceros, se exige que cada parte del patrimonio que se ceda constituya una unidad económica, cuando la cesión global se realice a dos o más cesionarios. El concepto de unidad económica como unidad económicamente viable también debe servir de referente, como hemos visto, entre otros extremos, al momento de interpretar los derechos que se reconocen a los acreedores sociales o determinar en concreto la correlación que de existir entre el activo y el pasivo transmitido²¹⁸.

En particular, podemos conceptualizar y caracterizar estas figuras de modificación estructural del siguiente modo, advirtiendo su potencial uso como herramientas de transmisión de la empresa del concursado:

3.1.1. Fusión

En la fusión, una sociedad junto a otra u otras *«se integran en una única sociedad mediante la transmisión en bloque de sus patrimonios y la atribución a los socios de las sociedades involucradas que se extinguen a consecuencia de la operación, de acciones, participaciones o cuotas de la sociedad resultante, que puede ser de nueva creación o una de las sociedades que se fusionan»* (art. 22 LME).

²¹⁸ *Vid supra*, p. 29 y ss.

Llevando esta figura al plano del concurso, podemos decir que en ese proceso de integración puede participar una sociedad en concurso, incluso, participando, como veremos, con otras sociedades en esta situación. En el caso de que se trate de una fusión mediante la creación de una nueva, la sociedad concursada que participa se extinguirá junto a las restantes sociedades que se fusionan. Se producirá la transmisión en bloque del patrimonio social de la concursada a la nueva sociedad, que adquirirá por sucesión universal los derechos y obligaciones de aquéllas.

En la fusión por absorción, será la sociedad absorbente la que adquiera dicho patrimonio, posición que en teoría puede ocupar la sociedad concursada, lo que supondría que ella no se extinga; si la concursada es absorbida, en cambio, lo que será lo que comúnmente ocurre, la fusión supondrá su extinción, transmitiendo su capital social a la sociedad absorbente (art. 23 LME).

La sucesión universal que caracteriza a la fusión es especialmente significativa en los casos en que sociedad concursada se extingue como consecuencia de dicha operación. Sus deudas pasan a ser de la adquirente, desapareciendo el deudor originario, produciéndose una integración patrimonial completa. La eficacia *erga omnes* de la fusión *ex* artículo 46 de la LME, que se produce con la inscripción de la nueva sociedad o, en su caso, con la inscripción de la absorción, en el Registro Mercantil competente, obliga a los acreedores de las sociedades involucradas a ejercer sus derechos tendientes a resguardar sus intereses; en el caso de los acreedores de una sociedad adquirente no concursada, mediante el derecho de oposición reconocido en la LME; y tratándose de los acreedores de la sociedad concursada, a través de su derecho de oposición a la aprobación judicial del convenio. Para los acreedores de la sociedad adquirente no concursada el patrimonio de ésta se convertirá en la base del derecho general de prenda de un número mayor de acreedores y de créditos, pues ahora deberá también hacer frente a los acreedores que poseía la sociedad adquirida. Aunque el patrimonio de aquella se vea incrementado por el activo de ésta, en el caso del concurso, se trata de una sociedad insolvente por definición.

El hecho de que en el plan de viabilidad del convenio concursal se haya previsto contar con los recursos que genere la continuidad en el ejercicio de la actividad empresarial (*ex* art. 100.5 LC), no es una garantía en sí y no representa la formación de un patrimonio separado. Para los acreedores de la sociedad concursada la fusión de ésta con otra que, en principio, es solvente, sin duda aumenta sus expectativas de pago. Más aún, si no existiera una mayor

perspectiva de pago a favor de los acreedores concursales, a consecuencia de la fusión de la concursada o de su sometimiento a otra de las operaciones de modificación estructural, frente a otras opciones de convenio o liquidación, no se justificaría la realización de esa operación. Ahora bien, si la sociedad adquirente cae posteriormente en insolvencia, su concurso no hará, obviamente, ninguna distinción en la masa activa con respecto al origen de los bienes y las deudas, y se procederá a una ordenación o clasificación de los créditos que no considerará la situación existente en el concurso anterior; incluso, los créditos contra la masa, que mantienen su preferencia en cuanto se trate de cumplir con lo acordado en el convenio, pierden su relevancia si la sociedad adquirente también cae en concurso posteriormente.

En el caso hipotético de que la posición de adquirente la asumiera la sociedad concursada, la situación de los acreedores de la sociedad que transmite su patrimonio se vería especialmente comprometida, y los llevaría a oponerse a la modificación exigiendo las garantías necesarias. Sin perjuicio de ello, sus créditos pasarán a serlo de la concursada y los bienes que conforman el activo transmitido quedarán afectos al concurso. Respecto de los nuevos créditos surge la interrogante acerca de su calificación²¹⁹.

3.1.2. Escisión

En la escisión, cuanto ella es total, produce la extinción de una sociedad involucradas, por *«la división de todo su patrimonio en dos o más partes, cada una de las cuales se transmite en bloque por sucesión universal a una sociedad de nueva creación o es absorbida por una sociedad ya existente, recibiendo los socios un número de acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias proporcional a su respectiva participación en la sociedad que se escinde»* (art. 69 LME).

Si la escisión es parcial, la operación no significa la extinción de la sociedad escindida, que transmite *«en bloque por sucesión universal una o varias unidades económicas de su patrimonio, a una o varias sociedades de nueva creación o ya existentes, recibiendo los socios de la sociedad que se escinde un número de acciones, participaciones o cuotas sociales de las sociedades beneficiarias de la escisión proporcional a su respectiva participación en la sociedad que se escinde y reduciendo ésta el capital social en la cuantía necesaria»* (art. 70.1 LME).

Se debe tener presente, además, que *«[s]i la parte del patrimonio que se transmite en bloque está constituida por una o varias empresas o establecimientos comerciales, industriales o de servicios, podrán ser*

²¹⁹ SANCHEZ-CALERO (2011), p. 41 y ss.

atribuidas a la sociedad beneficiaria las deudas contraídas para la organización o el funcionamiento de la empresa que se traspasa» (art. 70.2 LME).

La escisión sólo es procedente si las acciones o las aportaciones de los socios a la sociedad que se escinde se encuentran íntegramente desembolsadas (art. 68.3 LME).

Conforme a lo anterior, mediante la figura de la escisión aplicada a una sociedad en concurso, ésta se extingue si la escisión es total y su patrimonio, dividido en dos o más partes, se transmite en bloque por sucesión universal a otra sociedad, ya existente o de nueva creación. En caso de escisión parcial, la sociedad concursada no llegará a extinguirse, por cuanto sólo transmite una o varias unidades productivas de su patrimonio, pero no la totalidad de éste.

Por otro lado, debemos señalar que la LME contempla también, junto a la escisión total y escisión parcial, la figura de la segregación, entendida como *«el traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forma una unidad económica, a una o varias sociedades, recibiendo a cambio la sociedad segregada acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias»* (arts. 68.1 y 71 LME). Hasta antes de la entrada en vigor de la LME, la segregación estuvo comúnmente asociada a la figura de aportación de rama de actividad y, por ende, sometida al régimen propio de las aportaciones no dinerarias como contravalor a un aumento de capital, y privada del efecto de transmisión en bloque por sucesión universal del patrimonio de la sociedad segregante.

A su respecto estimamos oportuno formular dos observaciones. Una primera reflexión apunta a que en el caso de la segregación, que, como hemos indicado, constituye una especie de escisión, conforme a la LME, y habrá que diferenciarla de los simples supuestos de aportación de rama de actividad en sentido estricto, en que no se daría un supuesto de modificación estructural. Y una segunda observación consiste en señalar que desde la perspectiva de los acreedores concursales esta figura no presentaría el atractivo de las restantes operaciones de reestructuración, dado que por la transmisión de una o más de sus unidades productivas, es la concursada la que recibe una participación en la sociedad o sociedades beneficiarias. En otras palabras, salvo lo que puede importar en términos de una revalorización del activo concursal de la sociedad concursada, la segregación sólo significaría un cambio en la estructura patrimonial de la concursada, que de titular de una unidad productiva en su activo pasaría a tener una participación en el capital social de una tercera

sociedad. Al igual que en la escisión parcial, la segregación no supone la extinción de la sociedad concursada que transmite parte de su patrimonio²²⁰.

También, dentro del elenco de figuras que la LME engloba bajo el acápite de la escisión, el artículo 72 de la LME considera como modalidad de escisión la constitución de sociedad íntegramente participada mediante transmisión del patrimonio, en que una sociedad transmite en bloque su patrimonio a otra sociedad de nueva creación, recibiendo a cambio todas las acciones, participaciones o cuotas de socio de la sociedad beneficiaria.

Por último, debemos observar que la falta de un concepto de unidad económica en la LME plantea especialmente interrogantes tratándose de la escisión parcial y la segregación²²¹. Al parecer, el criterio de la LME fue establecer una cláusula general del derecho o un concepto de contenido jurídico indeterminado cuya precisión de contenidos corresponderá a los tribunales de justicia en cada caso en concreto. En este sentido, el interés general en la conservación de las empresas, que justifica la transmisión por sucesión universal de las mismas o de algunas de sus unidades productivas, debe ser particularmente considerado al momento de construir el concepto de unidad económica en el concierto de las operaciones de reestructuración societaria, y también, en el ámbito del concurso de acreedores, toda vez que el legislador concursal ha favorecido la transmisión de las unidades productivas del concursado. En tal sentido las unidades económicas objeto de las operaciones de modificación estructural deben ser capaces por su composición de servir por sí mismas al desarrollo de una determinada actividad productiva y, por ende, viables económicamente. Con ello, recogemos las observaciones que formulamos al referirnos al concepto de unidad económica en la primera parte del este trabajo.

3.1.3. Cesión global de activo y pasivo

El preámbulo de la LME, junto con explicitar el ingreso de la cesión global de activo y pasivo dentro de las figuras de las modificaciones estructurales, superando el estrecho ámbito que la vinculaba sólo al ámbito propio de la liquidación de sociedades, viene a poner en evidencia que la cesión global es un instrumento legislativo para la transmisión de empresas²²².

²²⁰ NAVARRO (2010).

²²¹ Como asimismo, como se verá, en la cesión global sobre unidades económicas.

²²² Preámbulo, I, LME. Se destaca el ingreso de la cesión global de activo y pasivo entre esas modificaciones estructurales, *«rompiendo amarras con aquella concepción que limitaba esta operación al ámbito propio de la liquidación y, al*

La cesión global de activo y pasivo supone un cambio en la titularidad del bloque patrimonial objeto de la cesión, modificando por tanto la estructura patrimonial de la sociedad cedente, más allá de que la operación vaya unida o no a un proceso de extinción de la misma. Resulta acertada, por ende, la definición contenida en el artículo 81.1 de la LME, que define la cesión global de activo y pasivo como una figura en que se «*transmite en bloque de todo el patrimonio social, a uno o a varios socios o terceros, a cambio de una contraprestación que no podrá consistir en acciones, participaciones o cuotas de socio del cesionario*»²²³. La cuantía o valor de la contraprestación deberá basarse en el real valor del patrimonio que es objeto de la transmisión, sobre la base o criterio de cálculo que se contempla para la fusión y la escisión (art. 25 LME). La aplicación de una cuantía sobre la base de un valor real del patrimonio podría lugar, inclusive, a un valor negativo del patrimonio y en que la contraprestación resulte ser igual a cero, como podría el caso en que la sociedad cedente pueda encontrarse sometida a concurso o, un poco menos, en una profunda crisis económica o preconcursal.

Esta modalidad de modificación estructural, como dijimos, no supone necesariamente la extinción de la sociedad cedente²²⁴. Ello ocurrirá si la contraprestación fuese recibida total y

mismo tiempo, proporcionando un instrumento legislativo más para la transmisión de empresas. Ahora, la Ley permite que una sociedad transmita en bloque todo su patrimonio a otra u otras por sucesión universal a cambio de una contraprestación que no podrá consistir en acciones, participaciones o cuotas del cesionario».

²²³ La contraprestación puede tener carácter dinerario, no dinerario o mixto. La única limitación consignada expresamente en la LME es la exclusión de prestación no dineraria consistente en acciones, participaciones o cuotas de socio del cesionario o cesionarios, lo que también incluiría a aquella prestación mixta en que la parte no dineraria no podría consistir en acciones, participaciones o cuotas de socio del cesionario o cesionarios. Una hipótesis de esta naturaleza debiera ser reconducida a las figuras de la escisión por segregación (art. 71 LME) o la escisión por conversión en holding mediante transmisión del patrimonio a una sociedad de nueva creación (art. 72 LME). O en el caso de que las acciones, participaciones o cuotas de socio del cesionario o cesionarios se fueran recibidas por todos los socios de la sociedad cedente, habría que reconducirlo a las figuras de la fusión o la escisión total. Queda pendiente la hipótesis en que tales acciones, participaciones o cuotas no sean del cesionario o cesionarios, sino de sociedades integradas en el grupo del cesionario o cesionarios, situación que no se encuentra expresamente excluida por la LME, pero no así en materia de fusión o escisión (arts. 49 y 52 LME). La respuesta en este punto pasa por considerar la posibilidad de que se pretenda, realmente, eludir la aplicación de las normas de fusión o escisión.

La LME considera como eventuales destinatarios de la contraprestación, según la decisión que adopte la junta de socios, a la propia sociedad cedente (art. 81.1 LME) y al conjunto de los socios de la misma (art. 82.2 LME). No debiera haber obstáculo para consideración una hipótesis en que la contraprestación fuera recibida en parte por la sociedad cedente y en parte por todos los socios. La ley hace referencia a la totalidad de los socios, sin considerar la posibilidad de que ella se dirija únicamente a uno o a algunos de los socios, sea totalmente o conjuntamente con la sociedad cedente. Tampoco prevé un régimen particular de reparto entre los socios ni considera especialmente la situación de los socios minoritarios que en virtud de la cesión global resulten obligados a recibir una contraprestación dineraria en todo o en parte. Conforme al artículo 81.2 de la LME, «*en todo caso, la contraprestación que reciba cada socio deberá respetar las normas aplicables a la cuota de liquidación*».

²²⁴ La cesión global puede tener lugar respecto de una sociedad cedente en proceso de liquidación o como una alternativa a la extinción. La cesión global no está ligada necesariamente a procesos de extinción de la sociedad cedente. Incluso, este tipo de operación de modificación estructural permite no sólo la conservación de la empresa cedida sino que, además, los extremos de permitir el inicio de una nueva actividad empresarial por

directamente por los socios. En todo caso, la contraprestación que reciba cada socio deberá respetar las normas aplicables a la cuota de liquidación (art. 81.2 LME). Lo anterior, pone en evidencia, también, la cesión es una especie reorganización empresarial bajo la forma de modificación estructural, aun el caso de que la cesión implique la extinción de la sociedad cedente. La LME contempla la posibilidad de emplear la cesión global de activo y pasivo dentro del proceso de extinción de la cedente, sin liquidación²²⁵.

La sucesión universal que opera a favor del cesionario o cesionarios respecto de la totalidad del patrimonio social de la cedente o en las distintas unidades económicas que lo integran, supone, del mismo modo en las operaciones de fusión o escisión, un régimen especial y excepcional que se justifica por el interés económico general dado por la necesidad de facilitar estas operaciones orientadas por la finalidad de reestructuración empresarial. Sin que ello pueda significar una desatención de los restantes intereses afectados o comprometidos en la operación, especialmente, el de los acreedores de las sociedades involucradas en la reestructuración, pues la cesión global de activo y pasivo, como también, según se señaló, en la fusión y la escisión, vienen a alterar sustancialmente los patrimonios de las sociedades intervinientes y que constituyen una garantía general del pago de sus créditos, y el interés de todos los socios, tanto de la sociedad cedente como de la sociedad o sociedades cesionarias.

La justificación de la transmisión global en la cesión global se encontraría también la conservación de la empresa, que resulta evidente en el caso de cesión global opere a favor de un solo adquirente, pero que no es menos cierto en caso que la cesión global se haga respecto de dos o más cesionarios, caso en el que la LME exige que cada parte del patrimonio que se cede constituya una unidad económica (art. 82 LME). En rigor, la cesión global ha de afectar a todo el patrimonio social y en este sentido es siempre total, sea que ella se verifique en una cesión o en dos o más cesiones a favor de más de un cesionario, tantas como unidades económicas puedan diferenciarse del patrimonio total de la sociedad. Mediante la exigencia de que la cesión global plural recaiga sobre unidades económicas se asegura la finalidad de conservación de las empresas. De alguna manera la legislación presume que cuando la cesión global significa la transmisión de todo el patrimonio a un solo adquirente, va implícita la garantía de conservación de la empresa o empresas que lo integran. La exigencia de tratarse

parte de la sociedad cedente en los casos en lo que la contraprestación correspondiente a la cesión se reciba por la propia sociedad cedente, o un instrumento aplicable en sede del concurso de sociedades.

²²⁵ En tal hipótesis los socios recibirán directamente la contraprestación (art. 81.2 LME). Inclusive, la LME contempla la posibilidad de que la cesión vaya ligada a un proceso de liquidación ya iniciado (art. 83 LME).

de unidades económicas está presente cuando la cesión global de activo y pasivo es plural (art. 82 LME).

En la cesión global de activo y pasivo la transmisión a título universal recae sobre el todo el patrimonio, como un bloque (art. 81 LME) o como unidades económicas (art. 82 LME), mediante un procedimiento imperativo establecido por la legislación. Puede haber varios cesionarios entre los cuales se distribuya el total del patrimonio pero por unidades económicas²²⁶.

El momento en que se produce la transmisión patrimonial a título universal, de manera inmediata y automática, está reservado a la inscripción en Registro Mercantil de la escritura de cesión global (art. 89.2 LME). Posteriores inscripciones en registros especiales, como las inscripciones de la propiedad o de derecho de propiedad industrial, vienen a ser considerados parte de una fase de ejecución del cambio de titularidad en el patrimonio social que ha tenido lugar previamente por sucesión universal como consecuencia del cumplimiento de los requisitos legales impuestos por la LME y la inscripción registral señalada.

Como fue expuesto con criterio general y particularmente al analizar la fusión y la escisión, los alcances y efectos de esta sucesión a título universal sobre el patrimonio de la sociedad cedente a favor del o los cesionarios que lo adquieren, en la cesión global de activo y pasivo, permiten diferenciar claramente las particularidades y especialidad que presenta esta forma de transmisión de cara al Derecho que puede regular la transmisión particular del activo o pasivo de la sociedad. Respecto del activo, son claras las particularidades que presenta la transmisión por sucesión universal que conlleva esta especie de modificación estructural respecto de las normas sobre endoso y notificaciones que contemplan el artículo 1526 del

²²⁶ UBEDA (2009), p. 20-36.

De acuerdo al artículo 81.1 de la LME, el o los adquirentes pueden ser terceros o los propios socios de la sociedad cedente, sin que la LME establezca limitaciones al momento de caracterizar al o los cesionarios, que podrían ser personas físicas o jurídicas, ni en cuanto a la naturaleza de la persona jurídica adquirente. La LME considera que la cesión global pueda tener lugar dentro un proceso de liquidación (art. 83 LME) o como alternativa a la extinción con liquidación (art. 81.2 LME); en cualquiera de estos casos, los socios de la sociedad cedente podrán preferir la transmisión en bloque de la totalidad del patrimonio social o las unidades económicas que lo integren mediante la cesión global si el precio que se obtiene mediante esta transmisión es superior a la venta separada de los elementos patrimoniales.

Solo en el caso de que la cesión global en bloque se hace a favor de un único adquirente y éste es una sociedad que es socio único de la sociedad cedente, la operación queda sujeta a las normas de la fusión, conforme al artículo 53 de la LME, como un caso asimilado de fusión por absorción de una sociedad íntegramente participada. En efecto la norma citada establece que constituye igualmente fusión la operación mediante la cual una sociedad se extingue transmitiendo en bloque su patrimonio a la sociedad que posee la totalidad de las acciones, participaciones o cuotas correspondientes a aquélla.

CC o artículo 347 del CCOM. Lo mismo puede decirse sobre el pasivo, con relación a las reglas de sustitución del artículo 1205 del CC, o respecto de los contratos, según el artículo 1255 del CC, relativo a la novación subjetiva. Las particularidades de la transmisión universal *ex* cesión global permiten, incluso, extender este régimen especial hacia elementos patrimoniales que no son libremente transmisibles. No obstante lo anterior, la falta de criterios normativos que permitieran considerar casos particulares dentro de la transmisión universal respecto de ciertos elementos patrimoniales, sin desnaturalizar la idea de que la cesión global de activo y pasivo es una operación de modificación estructural a título universal. Dentro de aquellos, los mencionados casos de contratos en ejecución afectados en su contenido por el hecho de la propia cesión o la existencia de cláusulas limitativas o restrictiva de la transmisibilidad de acciones o participaciones sociales.

Junto al efecto de transmisión patrimonial, la cesión global puede significar la extinción de la sociedad cedente, cuestión que está supeditada según quien reciba la contraprestación. Si la contraprestación es percibida por la sociedad cedente, en su totalidad, o en parte a aquella y en parte a la totalidad de los socios, la cesión global no supondrá la extinción de la cedente. Sólo en el caso de que la contraprestación sea recibida total, única y directamente por la totalidad de los socios de la sociedad cedente, se produce la extinción de ésta sin que se abra el período de liquidación (art. 81.2 LME) y la inscripción de la escritura de cesión global determinará la cancelación registral de la sociedad cedente (art. 89.2 LME)²²⁷. Si la cesión tiene un carácter plural y supone la extinción de la sociedad cedente, ella impone a todos los cesionarios la carga de responder solidariamente frente a los socios por las obligaciones asumidas por un cesionario que resulten incumplidas, hasta el límite del activo neto atribuido a cada uno de los cesionarios en la cesión, y, según los casos, a los socios hasta el límite de lo que hubieran recibido como contraprestación (art. 91 LME).

Desde el punto de vista de los socios y los terceros, y la protección que ellos reciben, con respecto a la fusión y la escisión, se observa un régimen menos protector de los distintos

²²⁷ Pero aún en este caso, para algunos, la extinción podría no producirse en el caso de que la Junta de socios de la sociedad cedente acuerde simultáneamente la cesión global de activo y pasivo, y una ampliación de capital con las correspondientes modificaciones a los Estatutos sociales. Ello supone poner el énfasis el carácter de operación de modificación estructural que tiene la cesión global, desliniándola del ámbito propio de la liquidación, tal como reconoce la exposición de motivos de la LME, y alcanzar una solución equivalente a los casos en que una sociedad acuerda la reducción a cero de su capital con devolución de aportaciones a los socios y simultáneamente una ampliación de capital; de este modo se generaría un ahorro de costos, procediéndose sólo a la inscripción conjunta de la escritura de cesión global y la escritura de ampliación de capital y adaptaciones estatutarias pertinentes.

intereses comprometidos en la cesión global, en general, al considerar dentro de ese régimen a los socios de la entidad cedente, a los acreedores de ésta y del cesionario o cesionarios, pero no a los socios del cesionario cuando éste es una sociedad mercantil, y particularmente con respecto al contenido del proyecto de cesión global, al contenido y alcance del informe de los administradores de la sociedad cedente, a la información puesta a disposición con motivo de la convocatoria de la Junta de la sociedad cedente, o la falta de informe de expertos independientes designados por el registrador mercantil sobre el proyecto de cesión global. El privilegio o excepcionalidad que supone el régimen de sucesión universal, se justifica por el interés general en la conservación de la empresa o de sus unidades económicas.

Surge, además, la pregunta de si garantías específicas que la normativa sobre modificaciones estructurales configura a favor de los socios y acreedores sociales, sustituye aquellas garantías particulares que supondría la transmisión individual de cada elemento de activo o pasivo. Para algunos, el estricto cumplimiento del procedimiento legal contemplado para la cesión global de activo y pasivo supondría una sustitución de esa naturaleza; para otros, en cambio, el cumplimiento del *iter* normativo previsto en la legislación para llevar a cabo esta operación de modificación estructural no eximiría del cumplimiento de los requisitos específicos propios de la transmisión aislada de alguno de los componente del activo o pasivo a fin de asegurar la eficacia de la operación frente a terceros.

3.2. Las modificaciones estructurales en el Derecho concursal comparado

Lo dicho precedentemente bien vale como la traducción en términos jurídicos de un fenómeno económico consustancial al desarrollo de las empresas, que ha adquirido a partir del siglo pasado un lugar prioritario dentro de las decisiones empresariales orientadas a maximizar el valor de las empresas , y que de hecho es una de las decisiones más complejas que pueden tomar los cuerpos directivos no sólo por los recursos y tiempo que directamente se deben destinar a dichas operaciones, sino por las repercusiones que a corto, mediano y largo plazo tiene para una empresa (sus socios, directores y trabajadores) y para quienes interrelacionan con ella (clientes, acreedores, proveedores).

La globalización económica y comercial ha generado que este fenómeno se acentúe en las últimas décadas debido al aumento de la competitividad de los mercados de bienes y servicios, del capital y del mercado del trabajo. En situaciones extremas, reestructurar o no una compañía puede ser la diferencia entre que ella sobreviva o cierre. De sus orígenes, en

los Estados Unidos de Norteamérica, la reestructuración constante de las empresas ha llegado a convertirse, en las últimas décadas, en un fenómeno global y permanente, especialmente en Europa y Asia. La reestructuración de las empresas ha dejado de ser un fenómeno aislado o excepcional en la vida de las empresas, sino un evento común y significativo en la trayectoria de una sociedad y que involucra o afecta la relación entre los socios de la misma, sino que también a las relaciones de aquella con sus clientes, proveedores, empleados, acreedores y la competencia, y se extiende a millones de personas que anónimamente participan en los mercados de inversión, aumentando las posibilidades de conflictos y oposiciones a las decisiones adoptadas por los directorios de reestructurar una sociedad. A lo que se unen las dificultades propias de la operación de reestructuración desde el punto de vista legal (societario, laboral, tributario, etc.)²²⁸.

Sin duda, dentro de las operaciones de reestructuración societaria la fusión acapara, desde distintos ángulos, la mayor atención. En particular, la decisión de someter una empresa a una fusión está dada principalmente por la expectativa de aumentar el valor global de las empresas implicadas, esto es, por la probabilidad de un efecto sinérgico en la operación, que se traduce en un aumento del valor de mercado de las empresas comprometidas en la modificación estructural respecto de aquel que tienen cada una de ellas independientemente consideradas antes de dicha operación. A través de una fusión las empresas esperan alcanzar, cuando ella supone una integración horizontal, un aumento de los ingresos o una reducción de los gastos (sinergia operativa); o bien, frente a integraciones verticales, mejorar la capacidad competitiva de la empresa, especialmente cuando suponen acceder a otras que generan materias primas (integración hacia atrás) o mejorar su capacidad de venta al por menor (integración hacia adelante).

Sin perjuicio de que a través de una fusión se puede también mejorar la gestión de las empresas, aprovechar ventajas fiscales o la utilización de fondos excedentes, es un fenómeno económico orientado, en principio, a maximizar los beneficios de la actividad empresarial y de esto dan cuenta diariamente los medios de comunicación que informan de las cuantiosas operaciones de fusión que se realizan tanto en el plano nacional como internacional. Los medios de prensa informan ordinariamente acerca de estas operaciones en cuyo acervo histórico encontramos publicitadas fusiones, como la del fabricante norteamericano de automóviles Chrysler y la empresa alemana Daimler Benz, en 1998, - no muy exitosa,

²²⁸ GILSON (1998) y (2001).

debemos acotar; o dentro del concierto europeo, la fusión de Air France y la holandesa KLM, o en el ámbito de España, en la fusión entre el Banco Santander y el Banco Central Hispano. Pero, las fusiones, escisiones y otras operaciones de reestructuración societaria no siempre están unidas a mantener o mejorar las expectativas económicas de una empresa. La finalidad de una fusión puede verse forzada por resultados negativos en la actividad empresarial. En efecto, la fusión puede ser el camino para poner término a una situación de crisis en la empresa, que la ha llevado a los extremos de la disolución y liquidación de la sociedad y venta de sus activos o, en el peor de los casos, al del concurso de acreedores, debido a su insolvencia. El Derecho concursal debe dar respuesta a las crisis empresariales, y del mismo modo que si la empresa no es viable económica y comercialmente, la insolvencia debe traducirse en una eficiente y pronta liquidación que maximice el pago de los créditos, también puede operar con igual fuerza cuando la empresa es viable y susceptible continuar funcionando, total o parcialmente, en cuanto a unidades productivas, acudiendo a este tipo de operaciones o modificaciones estructurales.

El antecedente comparado a planes o acuerdos concursales con referencia a fusiones, la encontramos en el plan de reestructuración del Capítulo 11 del Código de bancarrota de los Estados Unidos de Norteamérica (sec. 1123 (5) (C) Ch. 11).

En el contexto europeo, el artículo 1.3 de la Tercera Directiva 78/855/CEE, del Consejo, de 9 de octubre de 1978, basada en la letra g), del apartado 3, del artículo 54 del Tratado y relativa a las fusiones de las sociedades anónimas²²⁹, y el artículo 1.4 de la Sexta Directiva 82/891/CEE del Consejo, de 17 de diciembre de 1982, basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado y referente a la escisión de sociedades anónimas²³⁰, faculta a los Estados miembros para excluir del ámbito de aplicación de esas modificaciones estructurales a las sociedades concursadas.

El derecho concursal español ha optado por permitir que las sociedades concursadas participen en operaciones de reestructuración traslativa. Al igual que otros Estados miembros, como Bélgica, por medio de la ley de *coordonnées sur les sociétés commerciales* (art. 174. 1, § 2, y 17, § 2), e Italia, tras la reforma operada por el *Decreto Legislativo 6*, de 17 de enero de 2003, a los artículos 2501.II y 2506.IV del *Codice Civile*.

²²⁹ DOUE L 295, de 20.10.1978.

²³⁰ DOUE L 378, de 31.12.1982.

Otros Estados miembros, en cambio, como es el caso de Portugal (art. 97.3, *Código das sociedades comerciais*), o de Luxemburgo (arts. 257 y 285 LSC), entre otros, han optado por excluir la posibilidad de que una sociedad concursada pueda participar en un proceso de modificación estructural.

También podemos considerar el caso de otros Estados miembros en que la opción finalmente no parece tan clara o categórica. La norma del Reino Unido (Sec. 902 [3] *Companies Act* 2006) si bien excluye de la fusión y escisión a las sociedades en liquidación, no se refiere a las sociedades concursadas. El Derecho alemán, por su parte, ante la ausencia de una norma expresa en uno u otro sentido, impuso un criterio prohibitivo expreso sólo respecto de las fusiones transfronterizas, en virtud de una modificación de la Ley de modificaciones estructurales, de 24 de abril de 2007²³¹.

Fuera del ámbito europeo, por ejemplo, de manera más reciente, la *Lei da Recuperação y Falência* (LRF) brasileña, considera como medios para la recuperación judicial de la empresa, y de manera meramente ejemplar, entre otros, la división o la fusión de la sociedad, junto a otras formas de modificación estructural (art. 50, II, LRF).

La Ley de Insolvencia y Reemprendimiento de Chile, si bien no contiene una disposición análoga al artículo 100 de la LC, que determine el contenido posible de un convenio, con las precisiones que allí se recogen, sí permitiría convenios o acuerdos de reorganización con modificaciones estructurales, puesto que el objeto de un propuesta de un acuerdo de reorganización, sea este de carácter judicial o extrajudicial, puede versar sobre cualquier objeto tendiente a reestructurar los pasivos y activos de una empresa deudora (arts. 2º, 1] y 2], y 60 LIR).

3.3. Modificaciones estructurales en el ámbito concursal español: evolución de la legislación concursal en la materia y autonomía privada

El concurso de acreedores y las modificaciones estructurales de sociedades mercantiles son instituciones autónomas, cuya compatibilidad en el seno del concurso puede transformar a éstas en una herramienta idónea para alcanzar los fines de aquel²³². No son pocos, sin

²³¹ Sobre el particular: CERDÁ (2010), p. 719 y ss., y antes en: CERDÁ (1998), págs. 9342-9343.

²³² También es posible pensar las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles como una alternativa al concurso, y no como una solución al concurso. En efectos, y en particular en supuestos de grupos

embargo, los obstáculos que deben ser superados a fin de compatibilizar ambas figuras, y que derivan de que simultáneamente se pretenda adquirir y transmitir los activos y pasivos de la sociedad concursada conforme a la reglas del concurso, y también se busque la modificación estructural de la misma, bajo prismas de maximización de activos y conservación de la empresa y de los puestos de trabajo²³³.

Ya no es un tema controvertido el que la transmisión de empresa en el ámbito concursal, sea de su conjunto o de alguna de sus unidades productivas, puede llevarse a cabo a través de una operación de modificación estructural, y que por medio de ello se pueda lograr una simplificación de la estructura societaria y administrativa de la sociedad concursada, y la generación de sinergias que potencien el esfuerzo productivo²³⁴. Pero, tal como reflexionamos, en general, con relación al contenido de los convenios concursales y el papel que le toca jugar en ellos a la autonomía privada, la transmisión de la empresa en el contexto del concurso de acreedores por medio de una operación de reestructuración societaria ha quedado condicionada históricamente en gran medida igualmente a la mayor o menor esfera que se ha reconocido a la autonomía privada por parte de la legislación concursal, al momento de definir el contenido de los acuerdos concursales, pudiéndose apreciar una evolución desde modelos que consagraron un principio de libertad de contenido sin sujeción a limitación alguna hacia modelos en que el ejercicio de la autonomía de la voluntad queda sujeto a expresas prohibiciones y limitaciones, condicionando las hipótesis de transmisión de empresas concursadas. La conveniencia de alcanzar una operación de modificación estructural para los acreedores concursales respecto de la sociedad concursada, estribaría en la expectativa para ellos de poder cobrar sus créditos ante una sociedad más solvente, ya sea porque el pago de sus créditos es asumido por ella o por debido a que sus créditos se han convertido en acciones y pasan a ser socios de esta sociedad²³⁵.

de empresas y en el contexto de reordenación orgánica de intra-grupo, las modificaciones estructurales se pueden transformar en un instrumento de enervación de la situación de insolvencia.

²³³ Conviene tener presente que las figuras de fusión y escisión a que se refiere el apartado 3 del artículo 100 de la LC, están referidas específicas a operaciones de reestructuración societaria de transmisión patrimonial, y no a simple fusiones o escisiones de activos.

²³⁴ THERY (2013), p. 274, a propósito de las finalidades que particularmente orientaron la decisión de fusionar por absorción a las sociedades concursada Fiesta S.A. y General de Distribución Fiestasa (SJM N° 4 de Madrid, Núm. 06/2013, de 07.02.2013 [AC 2013\688]).

²³⁵ La exposición de motivos del Código de Comercio vino a reconocer, con relación a la quiebra de las sociedades anónimas, que como principio la declaración de quiebra no producía de derecho la disolución de la sociedad concursada, relevando la gran utilidad que podían reportar al quebrado y a sus acreedores la suscripción de convenios. Sólo una vez declarada en liquidación la sociedad desaparecía su personalidad jurídica, y por tanto, se perdía la posibilidad de celebrar un convenio.

Partiendo de dicha idea se expresaba en la misma exposición de motivos, aludiendo al contenido del que sería el artículo 928 del CCOM que los convenios podrán tener por objeto la continuación o el traspaso de la empresa social, expresando las condiciones bajo las cuales ésta ha de continuar en lo sucesivo, ya por la misma sociedad, ya por la persona o compañía que adquiriera dicha empresa. Conforme a lo anterior, y no obstante que la finalidad natural del juicio de quiebra era la ejecución colectiva del activo y el pago de los créditos con el producto de la liquidación, fue redactado el artículo 928 del CCOM, conforme al cual se facultaba que los convenios en la quiebra de SA que no se hallasen en liquidación, pudiesen tener por objeto la continuación o el traspaso de la empresa.

El artículo 928 del CCOM constituyó la referencia más directa por parte de la ley a una opción de transmisión de la empresa concursada como un medio de alcanzar el propósito final de satisfacción de los créditos. No obstante su lectura literal, específicamente del término «traspaso», contribuyo a asociar su aplicación casi únicamente con la idea de cesión de bienes (URÍA; 2001, p. 1074). Los convenios con cesión de bienes, reflejo de una de las más antiguas soluciones ante una ejecución forzosa del Derecho romano (*cessio bonorum*), extendieron los límites del contenido de los convenios más allá de los tradicionales convenios de quita y/o espera, pero, al mismo tiempo, limitaron su desarrollo respecto de otras soluciones. La cesión de bienes en el convenio, en sus dos formas, cesión de pago (*datio in solutiom*) y cesión para pago (*cessio pro solvendo*), tenía su fundamento en la facultad explícita de “traspaso” de la empresa del deudor a los acreedores que contenía el citado artículo 928, y cuya regulación particular quedó sujeta a las normas pertinentes del CC.

El artículo 928 del CCOM facultaba que las sociedades anónimas concertaran con sus acreedores convenios de continuación o traspaso de la empresa y en esencia suponía la cesión en bloque del patrimonio social a los acreedores, que decidirán sobre él en los términos que estimen más convenientes a sus intereses, o bien que la sociedad quebrada continuara el ejercicio de la industria social a cambio de ofrecer generalmente a los acreedores un pago mayor al que obtendrían de no aprobarse el convenio (URÍA [2001], págs. 398 y 1073-1074).

Con todo, reconociendo las carencias y limitaciones de la normativa vigente, se subrayó el papel del principio de autonomía privada de las partes al momento de especificar el contenido de los convenios y en el desarrollo de soluciones distintas a las comentadas. En este sentido, debe tenerse presente el artículo 898 del CCOM que reconocía ampliamente al «*quebrado y sus acreedores*» la facultad para «*hacer los convenios que estimen oportunos*», sin limitación explícita alguna. También, en este mismo sentido, hayamos las disposiciones sobre concurso de acreedores de la LEC de 1881, que consagraba la autonomía de las partes en idénticos términos.

De ahí que a partir de este principio se avanzó entre los autores la idea de considerar otras soluciones posibles, como la fusión o absorción, en el marco de los acuerdos que suponía un convenio y el plan que se adoptara para su ejecución, y que no había razones que justificaran una prohibición de someter a fusiones o escisiones a sociedades que se encontraran en procedimientos concursales, y lo deseable de ello (CANDELARIO [1999], p. 382-383, y BERCOVITZ [1987], p. 642).

Teniendo en cuenta lo anterior, a pesar de la falta de una invocación explícita por parte de la normativa del CCOM y de la Ley de Sociedades Anónimas (LSA) sobre de la procedencia o no de someter a una sociedad concursada a un proceso de fusión o escisión, la doctrina se orientó decididamente a considerar la procedencia de dichas operaciones de reestructuración societaria traslativas respecto de una sociedad que se encontrara en situación concursal (CERDÁ [1998], p. 9342).

La Ley de 26 de julio de 1922, de Suspensión de Pagos (LSP) dispuso: «*Se permitirá, en el caso de la insolvencia definitiva, que la propuesta de la Junta de acreedores tenga el objeto que menciona el artículo 928 del Código de Comercio*» (art. 14.7 LSP). La idea original que recogía el Código de comercio, en sus artículos 870 y 871, hacía de la suspensión de pagos un procedimiento judicial tendiente a alcanzar entre el empresario y sus acreedores un convenio de espera en los pagos, ante la situación de provisorio insolvencia que afectaba a aquel. La LSP extendió dicho procedimiento a la hipótesis de insolvencia definitiva o desbalance del deudor (arts. 10, 20 y 21, de la LSP) y permitió que el convenio tuviera por contenido también la quita, rebaja o remisión parcial de los créditos, como asimismo, por la vía de la autonomía privada, ampliamente reconocida a las parte por parte de esta ley, a los convenios liquidatorios y de continuidad.

La LS, si bien no contenía una norma expresa como aquella que contenía el artículo 898 del CCOM, de acuerdo a la interpretación judicial y la aplicación práctica de sus preceptos, permiten ubicarla igualmente dentro de los cuerpos legales que se hicieron un amplio reconocimiento a la autonomía privada al momento de definir el contenido de los convenios. A ello se unió una visión jurisprudencial que vinculó el procedimiento de suspensión de pagos con una instancia preliminar a la quiebra, tendiente a evitar su declaración.

El artículo 14 de la LSP, en su apartado final, facultaba para que, en caso de insolvencia definitiva, la propuesta de convenio de la junta de acreedores tuviera el objeto que mencionaba el artículo 928 del CCOM, es decir,

según el texto legal transcrito, «*tener por objeto la continuación o el traspaso de la empresa con las condiciones que se fijen en el mismo convenio*». Más allá de que el artículo 14 de la LSP fuera objeto de críticas por su redundancia, atendida la libertad absoluta que se entendía reconocía esta ley a las partes al momento de determinar el contenido del convenio, lo que hacía innecesaria una norma de esta naturaleza, y porque finalmente su redacción venía más bien a restringir su aplicación a hipótesis de concurso de «sociedades anónimas» en «insolvencia definitiva»; lo cierto es que a partir de esta norma los convenios con cesión de bienes se constituyeron en la principal alternativa de los acuerdos adoptados a la luz de esta normativa. La cesión de bienes en el convenio de suspensión pago, en sus dos formas: cesión de pago (*datio in solutum*) y cesión para pago (*cessio pro solvendo*), tenía su fundamento en la amplia libertad que la LSP daba a las partes para especificar el contenido del convenio, permitiendo acordar convenio que no fueran exclusivamente los tradicionales convenio de quita y/o espera, y en la facultad explícita de «*traspaso*» de la empresa del deudor a los acreedores que contenía el citado artículo 14. Pero, como se adelantó, el apartado final del artículo 14 de la LSP permitió también otras diversas modalidades de convenios, englobados bajo la denominación de convenios de continuidad y convenios liquidatorios. Estos últimos descansaban en la proposición de liquidar la empresa y repartir el producto de la liquidación entre los acreedores, ello a pesar de que la LSP fue creada para facilitar la continuidad de la empresa y no su liquidación. Los convenios de continuidad, en cambio, tenían por objeto mantener la empresa en manos de los propios accionistas o de terceros, incluyendo a los propios acreedores de la misma. Las alternativas en este aspecto fueron diversas. Una de ellas fue la aportación de créditos por parte de los propios acreedores respecto de la sociedad deudora o la que resultara constituida a través de operaciones de reducción previa del capital social y posterior ampliación (la reducción de capital permitía reducir los derechos de las anteriores socios, y el aumento, la incorporación de los acreedores como nuevos accionistas en la forma y términos convenidos), o la cesión por parte de los accionistas de sus títulos-acciones a los acreedores o la asunción del pasivo por un tercero fueron también alternativas en este sentido. También se entendió que el objetivo de los convenios de continuidad podía ser alcanzado a través de la asunción del pasivo por parte de un tercero o la fusión de la sociedad concursada, sea mediante la constitución de una nueva sociedad o la absorción de su patrimonio por otra que ofreciera mayor solvencia y garantías de pago (SAGRERA [1974], p. 450-451).

El fundamento de estas últimas alternativas no sólo se encontraba en la referencia explícita del artículo 928 del CCOM a la «*continuación o traspaso de la empresa*», a que se remitía el artículo 14 LSP, sino también en el artículo 1203 del CC, según el cual las obligaciones pueden modificarse por sustitución de la persona del deudor. En este sentido, a diferencia de las restantes variantes que permitían la continuidad de la empresa, que exigían un acuerdo unánime entre las partes involucradas debido a la asunción de derechos y obligaciones de carácter personalísimo, la fusión presentaba la ventaja de que podía acordarse bajo un régimen de mayorías a través del cual se cumplía la exigencia impuesta por el artículo 1205 del CC de contar con el consentimiento del acreedor.

La LSA, de 17 de julio de 1951, constituyó la primera normativa española en regular la fusión y escisión de un modo general u orgánico (Capítulo VII, arts. 142 a 148). La normativa legal fue complementada el RRM, de 14 de diciembre de 1956, que regulaba la inscripción registral de la fusión y la escisión (arts. 132 a 137 RRM).

Mediante la Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea (CEE) en materia de sociedades, se modificó sustancialmente el régimen jurídico español aplicable a las fusiones y escisiones, al incorporar en su normativa el contenido de la Tercera Directiva del Consejo, de 9 de octubre de 1978 (78/855/CEE), sobre fusión de sociedades anónimas (DOCE L 295, de 20 de octubre de 1978), y la Sexta Directiva del Consejo, de 17 de diciembre de 1982 (82/891/CEE), relativa a las escisiones de las sociedades anónimas (DOCE L 378, de 31 de diciembre de 1982). La nueva regulación fue recogida en el nuevo Texto Refundido de la LSA, aprobado por el Real Decreto legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre (Real Decreto Legislativo citado fue dictado al amparo de la disposición final primera de la Ley 19/1989, de 25 de julio).

Finalmente, podemos decir que conforme al artículo 94.3 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (LSRL), las sociedades de responsabilidad limitada en concurso podía igualmente participar en una fusión o en escisión siempre que se cuente con autorización judicial. Una enmienda del Grupo Parlamentario Catalán *Convegència i Unió*, con la justificación de introducir mayores garantía a los acreedores de la sociedad en quiebra, incorporó dicho precepto que no iba incluido en el borrador del Anteproyecto de la Ley ni en el Proyecto de la misma (enmienda N° 149, en BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, N° 48-9, de 7.5.1994. En el mismo sentido se orientaba la enmienda N° 423, del Grupo Popular, en cuanto admitir la reestructuración de sociedades en estado de insolvencia).

Concordante con lo anterior es que el Reglamento del Registro Mercantil, en su artículo 227.3, y en el artículo 235 por remisión a aquel, dispone que si alguna de las sociedades que se fusionan o que participa en un proceso

Desde la entrada en vigor de la Ley Concursal, en el año 2004, su artículo 100, apartado 3, consideró expresamente la posibilidad de que formara parte del contenido de un convenio concursal las operaciones de reestructuración societaria de la fusión y la escisión. La sociedad concursada podía participar, conforme a esta disposición, en un proceso de fusión o escisión, o combinarse ambas formas de operaciones de reestructuración de transmisión patrimonial. Sea que ella fuera absorbida por otra sociedad o que junto a otra constituyera una nueva sociedad, o bien, que la sociedad declarada en concurso pudiera evitar el recorte o cese de determinadas actividades o líneas de negocio de su giro mercantil mediante la escisión de una o varias partes de su patrimonio o la aportación de aquella o aquellas al capital de otra sociedad. Por otra parte, haciendo un poco de historia, con relación a la Ley Concursal, la posibilidad de someter a una modificación estructural de la sociedad declarada en concursada no fue considerada en el Proyecto de Ley Concursal, como parte del contenido potestativo del convenio.

La inclusión de las figuras de la fusión y la escisión en el apartado 3, del artículo 100 de la LC, se debió al propósito de que la prohibición contenida en dicha norma, respecto de la cesión de bienes y derechos a los acreedores en pago o para pago de sus créditos y de propuestas que supusieran una liquidación global del patrimonio del concursado, no fuera interpretada latamente de modo que llegase a considerarse dentro de la misma otras propuestas de convenio que resultan totalmente lícitas, tal como se expresa en la enmienda presentada en ese sentido, durante la tramitación legislativa de la LC²³⁶.

de escisión, se encontrara en quiebra, se hará constar en la escritura pública la resolución judicial que autorice a la sociedad a participar en la fusión o escisión.

También debemos tener presente que según el apartado 2º del artículo 104 LSRL, declaración de concurso no es una causa de disolución que opera ipso iure; se trata, por tanto, de una causa de disolución facultativa. Es la junta general la que debe decidir acerca de la promoción o no de la disolución, teniendo a la vista el auto declarativo del concurso, por simple mayoría de acuerdo al artículo 53.1 LSRL. Ello no ocurre, en cambio, en caso de apertura de la fase de liquidación concursal de la sociedad, que importa la disolución automática de la misma (art. 104.2 LSRL).

²³⁶ Su inclusión definitiva en la Ley Concursal fue fruto de la enmienda N° 516, del Grupo Parlamentario Catalán *Convergència i Unió*, orientada a clarificar el texto del proyectado artículo 99 (hoy artículo 100 de la LC) y eliminar ciertas dudas interpretativas que pudieran resultar del juego de sus distintos apartados, especialmente de sus apartados 3 y 4. En este sentido, la referencia a una posible fusión o escisión de la sociedad concursada parece un tanto accidental. La enmienda justifica la nueva redacción propuesta del artículo 99, señalando que «el apartado 3 se alude a los recursos procedentes de la enajenación de determinados bienes o derechos del concursado, y en el apartado 4 expresamente se refiere la posibilidad de que el concursado continúe parcialmente en el ejercicio de su actividad profesional o empresarial, lo cual presupone la enajenación de determinados activos». Y a ello se agrega que «además, no está de más recordar la posibilidad de acudir a reestructuraciones societarias, tales como la fusión o la escisión, que tantas ventajas pueden reportar para el mantenimiento de unidades productivas con los consiguientes puestos de trabajo».

En esa perspectiva, la inclusión de la fusión y la escisión no del todo clara, pues dichas operaciones de reestructuración societaria no pueden ser asimiladas o confundidas con una cesión de bienes y derechos *pro soluto* o *pro solvendo*, ni con una liquidación global de la masa activa del concurso²³⁷. La transmisión patrimonial que supone la fusión y la escisión no da pie a un convenio de esa naturaleza, especialmente con relación a la liquidación del patrimonio, y para ser salvadas de la regla prohibitiva de los convenios liquidatorios no requerían, en opinión de algunos²³⁸, de una mención expresa, y bien pudieron haber sido consideradas en la enumeración de propuestas meramente ejemplar, que contiene el apartado 2 del mismo artículo. Con todo, la referencia expresa a esas formas de operaciones societarias de transmisión patrimonial agrega valor a la formulación del artículo 100 de la LC, y sin duda, constituye un gran avance en la materia, al considerar explícitamente las operaciones societarias reestructuraciones societarias dentro del marco de negociación de un convenio concursal como un medio viables a objeto de alcanzar la finalidad del convenio, en particular, y del concurso de acreedores, en general.

La referencia expresa del apartado 3 del artículo 100 de la Ley Concursal, a la fusión y a la escisión, como contenido de una propuesta de convenio, no constituía el único fundamento jurídico para concluir que esas u otras operaciones de reestructuración societaria puedan ser consideradas como propuestas de un convenio concursal; pues el fundamento viene dado, también, por un lado, por la finalidad esencial del concurso consistente en la mejor satisfacción de los créditos de la colectividad de acreedores, ya que el concurso es el instrumento legislativo para la mejor y más eficiente satisfacción de los acreedores de un

²³⁷ Así parece entenderlo la SAP de Pontevedra, núm. 30/2010, de 20.01.2010 (JUR 2010\101768), al acordar que «...la ley prohíbe los convenios liquidativos: —en ningún caso la propuesta de convenio podrá consistir en la cesión de bienes y derechos a los acreedores en pago o para pago de sus créditos, ni en cualquier forma de liquidación global del patrimonio del concursado para la satisfacción de sus deudas... (art. 100.3 LC). Las dos excepciones a esta prohibición general vienen constituidas por la admisión de cambios estructurales, (como la fusión o escisión) en la sociedad concursada y por la admisión de la propuesta de enajenación de un conjunto de bienes y derechos afectos a la actividad o de determinadas unidades productivas, a favor de persona determinada, que asumirá la continuidad de la actividad; norma que, introducida en el trámite parlamentario, suaviza de forma notoria la prohibición general» (fund. der. segundo).

También, en términos muy similares, una SAP de Murcia (secc. 4ª), Núm. 139/2012, de 01.03.2012 (AC 2012\722), al declarar que: «En principio, que el convenio prevea la enajenación de activos no está prohibido en la Ley Concursal sino sólo restringido, existiendo límites infranqueables, que ni siquiera el acuerdo entre los acreedores y concursada pueden obviar. Así, cuando se trata de bienes productivos (afectos a la actividad empresarial), sólo pueden ser enajenados si concurren algunas de las dos excepciones previstas en el artículo 100, apartados 2 y 3, de la LC: la admisión de cambios estructurales en la sociedad concursada (como la fusión, escisión o cesión global) y su enajenación, siempre que ésta cumpla dos requisitos específicos, esto es, que se trate de una enajenación conjunta o de una unidad productiva que permita autónomamente el desarrollo de la actividad y que el adquirente asuma los compromisos de continuar con la actividad empresarial o profesional propia de las unidades productivas y de pagar los créditos. Si no se trata de bienes afectos, su enajenación sólo cabe cuando no suponga la liquidación global del patrimonio» (fund. der. segundo).

²³⁸ DE LA CUESTA (2004), p. 50.

deudor insolvente, a través del medio que resulte más adecuado, y por otro lado, por la función que corresponde al convenio como vía solutoria a la crisis de insolvencia y como negocio jurídico en el que la Ley Concursal, en palabras de su exposición de motivos, reconoce a la autonomía de la voluntad una gran amplitud (EM, VI, ii). La referencia a la fusión y a la escisión de la persona jurídica concursada en el apartado 3, obedece más a la necesidad, según hemos visto, de precisar las prohibiciones que la LC impone a esa autonomía al momento de construir una propuesta de convenio en concreto.

Además, más allá del tenor literal de la normativa concursal, que por sí sola sería suficiente para llegar a las conclusiones antes arribadas, se debe tener presente que la legislación societaria española en vigor a la fecha de dictación de la Ley Concursal tampoco había optado por la alternativa a que autorizan las citadas Directiva Tercera y Sexta, relativas a la fusión y escisión de sociedades anónimas, respectivamente, en el sentido de que los Estados miembros pueden excluir del ámbito de aplicación de dichas operaciones de reestructuración a las sociedades concursadas. Por tanto, aún antes de dictarse las normas concursales actualmente en vigor, tanto las sociedades anónimas como las sociedades comanditarias por acciones concursadas podían participar de los procesos de reestructuración societaria que suponen las fusiones y las escisiones. Lo anterior era aún más concluyente respecto de las sociedades de responsabilidad limitada, conforme al apartado 3 del artículo 94, con relación al apartado 2, del artículo 104, ambos de la Ley 2/1995, de 23 de Marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, y que contemplaba la hipótesis de que una sociedad de esta clase declarada en concurso pudiera participar en una fusión o en una escisión, siempre que hubiera obtenido autorización judicial²³⁹. Dicha normativa fue extendida a todo tipo social en atención a la necesidad de proteger adecuadamente a los acreedores, al alero del artículo 227.3 del RRM.

No obstante, hoy en día, la procedencia de una modificación estructural en el seno de un concurso viene dada por las propias normas concursales. En contrapartida, las normas societarias sólo podemos encontrar lo dispuesto en el artículo 93 de la LME, que respecto del traslado del domicilio social al extranjero, prohíbe trasladar el domicilio al extranjero las sociedades en liquidación ni aquellas que se encuentren en concurso de acreedores, y el citado artículo 227.3 del Reglamento del Registro Mercantil.

²³⁹ Artículo 227.3 del RRM.

Por otra parte, la referencia originalmente en la LC sólo a la fusión y a la escisión no constituía por sí misma un obstáculo para considerar otras formas de operaciones de reestructuración mediante las cuales pudiera llevarse a cabo la transmisión patrimonial de la empresa, por lo que podía entenderse que la norma concursal no excluía figuras como la cesión global de activo y pasivo. Con todo, recogiendo le vacío normativo en este punto, un primer paso, en ese sentido, vino dado por la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, que viene a dar certeza jurídica al momento de definir y establecer las exigencias legales para someter a una sociedad a un proceso de esta naturaleza, incluyendo a aquellas que se encuentran inmersas en un proceso concursal, y al incorporar expresamente al elenco de figuras a la segregación y la cesión global de activo y pasivo. Hasta la entrada en vigor de la ley de modificaciones estructurales, dichas figuras habían sido objeto de duda, incluso, respecto de su naturaleza jurídica como figuras de reestructuración de empresas.

Con todo, cualquier duda al respecto, especialmente sobre la cesión global en el ámbito concursal, fue disipada finalmente con la modificación incorporada al artículo 100.3 de la LC por la Ley 38/2011²⁴⁰, que considera como uno de sus vectores el favorecer la solución conservativa del concurso por medio, entre otras alternativas, el reforzamiento de la posibilidad de realizar modificaciones estructurales durante el concurso de acreedores (Preámbulo, IV). El referido apartado considera expresamente la figura de la cesión global de activo y pasivo de la persona jurídica concursada. Además, tras la modificación que experimentó el artículo 190 de la LC, en virtud de la citada Ley 38/2011, dentro de los supuestos de aplicación del procedimiento abreviado, se considera la propuesta de convenio que incluya una modificación estructural por la que se transmita íntegramente el activo y pasivo de la sociedad concursada (art. 190.2 LC).

²⁴⁰ Durante la tramitación parlamentaria de la Ley 38/2011, la referencia expresa a la cesión global de activo y pasivo fue incorporada por la enmienda núm. 231 del Grupo Parlamentario Socialista, a propósito de la reforma de las normas relativas al procedimiento concursal abreviado, que vendrá a aludir expresamente también a la posibilidad de una modificación estructural, facultando al juez del concurso aplicar este procedimiento cuando el deudor presente propuesta anticipada de convenio o una propuesta de convenio que incluya una modificación estructural por la que se transmita íntegramente su activo y su pasivo (art. 190.2 LC).

3.4. Cuestiones de carácter societario que plantean las modificaciones estructurales en el ámbito concursal

Antes de avanzar en el examen particular de algunas cuestiones relevantes que presenta esta opción de convenio, debemos advertir que la práctica muestra muy pocos ejemplos de la utilización de las modificaciones estructurales en el ámbito concursal. A pesar de los avances legislativos alcanzados, se está lejos de concebir la reestructuración empresarial como una pieza esencial ante la insolvencia, como lo es en el Derecho de los Estados Unidos de Norteamérica, por ejemplo. La concepción del convenio concursal que alberga la LC está pensada desde el prisma de la reestructuración del pasivo a través del aplazamiento o reducción de las obligaciones de la sociedad concursada. No obstante, la práctica concursal puede dar cuenta ya de varios convenios concursales cuyo contenido estuvo radicado en una operación de modificación estructural. Cabe mencionar, en tal sentido, los concursos de Centro de Iluminación Lalez S.L., con un convenio con cesión de activo y pasivo²⁴¹, o del Grupo Expofincas Inversiones y Servicios S.L. y de Expofinques S.L.²⁴², el de Envases del Vallés S.A. y de EDV Packaging Solutions S.L.²⁴³; o el Fiesta S.A. y General de Distribución Fiestasa S.L.²⁴⁴, en que suscribieron convenios con fusión; o las operaciones de modificación estructural de fusión por absorción y segregación que se aplicaron vía convenio a las sociedades en concurso de grupo Pescanova²⁴⁵.

²⁴¹ SJM N° 1 de Pamplona/Iruña, Núm. 113/2007, de 05.07.2007 (JUR 2007\368541), que además tiene la característica de aprobar muy tempranamente un convenio concursal con cesión global de activo y pasivo, al tenor del artículo 100.3 de la LC, ante de la fecha de entrada en vigor de la Ley 3/2009, de 3 de abril, de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles, y antes, por tanto, de que el aludido artículo 100.3 de LC considerara expresamente la cesión global de activo y pasivo dentro del contenido permitido del convenio.

²⁴² Sentencias del JM N° 3 de Barcelona, 25 de junio de 2009.

²⁴³ SJM N° 1 de Barcelona, núm. 20/2010, de 13.1.2010, absorbente de EDV Packaging Solutions, SL (concurso 458.08)M, y SJM N° 1 de Barcelona, núm. 32/2010, de 22.1.2010, referente al concurso de EDV Packaging Solutions, S.L., absorbida e íntegramente participada por Envases del Vallés SA.

²⁴⁴ SJM N° 4 de Madrid, núm. 6/2013, de 7.02.2013 (AC 2013\688).

²⁴⁵ SJM N° 1 de Pontevedra, núm. 65/2014, de 23.5.2014 (concurso Pescanova) y otras (dictada en los autos 187/2013, 229/2014, 258, 2014, 228/2014, 230/2014, 231/2014, 267/2014, 269/2014 y 271/2014, del mismo tribunal), que se refieren a: 1) la fusión por absorción por Pescanova, S.A. (PVA) de Frigodis, S.A.U., Pescafina, S.A., Pescafresca, S.A.U., Bajamar Séptima, S.A.U., Frinova, S.A.U., Pescafina Bacalao, S.A.U., Fricatamar, S.L.U., Frivpesca Chapela, S.A.U. y Pescanova Alimentación, S.A.U.; 2) posterior segregación por parte de PVA a favor de Pescanova España, S.L.U. (sociedad limitada íntegramente participada por PVA) de las unidades económicas las sociedades absorbidas y los activos materiales e intangibles de PVA; y 3) la segregación de PVA a favor de Nueva Pescanova, S.L.U. (sociedad limitada íntegramente participada por PVA) de su unidad económica comprensiva, entre otros activos, de sus participaciones en Pescanova España, en las filiales internacionales y en Harinas y Sémolas del Noroeste, S.A., Novapesca Trading, S.L. e Insuñá, S.L..

La fusión se considera como paso previo a la primera de las segregaciones señaladas, y ésta de la segunda, sin perjuicio de que desde el punto de la LME se produzcan con carácter simultáneo y en unidad de acto. Dichas

Haciendo propias algunas consideraciones formuladas hace ya una década, que hoy mantienen gran parte de su fuerza, cuando la Ley Concursal era sólo objeto de una anhelada reforma y qué decir de la Ley de Modificaciones Estructurales, se hace presente la amplitud de problemas que pueden ser considerados con respecto a las reestructuraciones societarias traslativas y que deben ser resueltos con un reducido número de normas, obligando, en el silencio normativo, a amalgamar diversas soluciones normativas, societarias y concursales principalmente, con un claro esfuerzo de interpretación sistemática no siempre armónico²⁴⁶.

En efecto, una propuesta de convenio concursal con modificación estructural de la sociedad concursal demandará un redoblado esfuerzo por coordinar las normas societarias que determinan el procedimiento y los pasos a seguir para llevar a cabo una operación de reestructuración de esa naturaleza y para que ella produzca sus efectos corporativos y patrimoniales, con las normas concursales de tramitación, aceptación y aprobación de un convenio concursal²⁴⁷. La necesidad de sincronizar los tiempos y las formas que supone las modificaciones estructurales con el proceso concursal, hacen aconsejable adelantar al máximo una propuesta en tal sentido desde el momento mismo de la apertura del concurso, articulando en la medida de lo posible la modificación estructural considerada por la vía de una propuesta anticipada de convenio *ex* artículos 104 y siguientes de la Ley Concursal.

Tal vez sea precisamente esta imperiosa necesidad de acomodar las normas sobre modificaciones estructurales y la normativa concursal sea la principal razón de que en la práctica los convenios con este contenido sean escasos, aún en los casos de concursos de grupos de sociedades. Más bien, el recurso de las operaciones de reestructuración societaria es visto como una alternativa en la fase preconcursal, cuando la transmisión de la empresa o

operaciones se encuadran en la categoría de modificaciones estructurales especiales, a efectos del artículo 49.1 de la LME.

La operación incluye, también, un aumento de capital, que se materializa a través de la aprobación por parte de PVA como socio único de la sociedad Nueva Pescanova, S.L.U., y la ejecución por esta última, de un aumento de capital en virtud del cual se da acceso al capital de ésta a los accionistas de PVA, así como a sus acreedores y a los acreedores de determinadas filiales y participadas de PVA.

²⁴⁶ CERDÁ (1998), p. 9332.

²⁴⁷ No nos referimos en detalle en este trabajo a las diferencias que presentan desde ya entre sí las diversas figuras de modificación estructural de transmisión patrimonial. Pero, a modo de ejemplo, se puede observar un régimen menos protector de los distintos intereses comprometidos en la cesión global, con relación a la fusión y la escisión, al considerar dentro de aquella figura a los socios de la entidad cedente, a los acreedores de ésta y del cesionario o cesionarios, pero no a los socios del cesionario cuando éste es una sociedad mercantil, y particularmente con respecto al contenido del proyecto de cesión global, al contenido y alcance del informe de los administradores de la sociedad cedente, a la información puesta a disposición con motivo de la convocatoria de la junta de la sociedad cedente, o la falta de informe de expertos independientes designados por el registrador mercantil sobre el proyecto de cesión global.

de alguna o algunas de sus unidades productivas puede ser la vía de resolver una situación de crisis o como el camino para operaciones de refinanciación y a formas de instrumentar daciones en pago. No obstante, una modificación estructural en este contexto plantea interrogantes sobre su rescindibilidad futura si alguna de las sociedades involucradas en la operación es declarada en concurso posteriormente²⁴⁸.

²⁴⁸ Al respecto, por todos, puede consultarse: CERDÁ (1998), p. 9354, y (2010), pp. 714-719. En este último y más reciente trabajo se discurre sobre si es procedente atacar la reestructuración que ha tenido lugar en los dos años anteriores a la declaración de concurso a través de la acción rescisoria concursal del artículo 71 de la LC. Los argumentos para concluir la improcedencia de rescindir concursalmente una modificación estructural de la concursada consideran, entre otros, por una parte, una especie de preclusión en contra de los acreedores cuyos créditos hubieran nacido antes de la fecha de publicación del proyecto de modificación, por no haber ejercido el derecho de oposición a que se refiere el artículo 44 de la LME, para obtener garantía suficiente a sus créditos, y respecto de quienes no parece razonable que impugnen la operación en sede concursal. Con relación a los acreedores que ejercieron oportunamente dicho derecho de oposición, ya obtuvieron, de haber resultado procedente, garantías en su momento. Pero sobre todo, el planteamiento considera la eficacia convalidante de la inscripción registral de la reestructuración societaria *ex* artículo 47 de la Ley de Modificaciones Estructurales. La posición del autor ha sido recientemente acogida en una sentencia del Juzgado de lo Mercantil N° 9 de Barcelona, núm. 29/2015, de 13 de febrero de 2015 (concurso Estatecnic; Roj: SJM B 28/2015 - ECLI:ES:JMB:2015:28), que desestima una demanda de rescisión *ex* artículo 71 de la LC intentada sobre una operación de escisión parcial de rama de negocio en que participó la sociedad concursada Estatecnic, S.A. y Sansipalma, S.L.. El 23 de mayo de 2012, se aprobó por la junta general de socios de Estatecnic, S.A., la escisión parcial de una rama de negocio a favor de la sociedad de nueva creación Sansipalma. Escriturado el referido acuerdo se inscribió en el Registro Mercantil de Barcelona con fecha 27 de julio de 2012. Con fecha 19 de diciembre de 2013, la sociedad Estatecnic fue declarada en concurso voluntario, alcanzando un convenio concursal con sus acreedores con fecha 21 de julio de 2014.

La administración concursal de Estatecnic deduzco la demanda de acción de reintegración de la referida operación de escisión parcial, realizada a su parecer en perjuicio de la masa activa.

El juez del concurso estima que dicha operación no supuso ningún perjuicio para la masa activa del concurso entendido éste como sacrificio patrimonial injustificado, y que la acción deducida tiene el carácter rescisorio al igual que la acción de rescisión por lesión del artículo 1293 del CC, y por tanto que tiene por objeto declarar la ineficacia funcional, y no estructural, del acto originariamente válido.

Que el caso de la operación de modificación estructural, agrega la sentencia, debe tenerse presente lo dispuesto en el artículo 47.1 de la LME, que dispone que *«ninguna fusión podrá ser impugnada tras su inscripción siempre que se haya realizado de conformidad con las previsiones de esta ley. Queda a salvo, en su caso, los derechos de los socios y de los terceros al resarcimiento de los daños y perjuicios causados»*, teniendo presente el breve plazo de tres meses que contempla el apartado segundo del mismo artículo para impugnar la operación aprobada, contados desde la fecha en que la operación fuere oponible a quien invoca la nulidad. La sentencia reconoce, por tanto, el efecto sanador de la inscripción registral.

Esta doctrina jurisprudencial ha ido ganando adhesión entre los pocos fallos que se han dictado en la materia. Pero, como advierte el juez del concurso, también ha motivado sentencias en sentido contrario, como la adoptada por la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria (secc. 4ª), núm. 389/2013, de 29 de octubre de 2013 (Ponente Ilma. Sra. Dª María Elena Corral Losada). Sobre el particular, puede verse CONDE (2014), que teniendo presente las consideraciones y decisión adoptada por la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, que acoge la rescindibilidad de las operaciones de modificación mercantil en sede concursal, analiza dicha rescindibilidad desde la óptica, entre otros aspectos, del derecho a indemnización de los perjuicios, entre otros, por las sociedades participantes por los efectos perjudiciales causados por la operación, cuyos efectos societarios debieran mantenerse.

3.4.1. Naturaleza de la sociedad concursada, y cuáles pueden ser sometida a una modificación estructural

Dentro de las cuestiones que pueden plantearse sobre las características de las sociedades involucradas en la operación de modificación estructural, debemos señalar que, salvo respecto de cesión global de activo y pasivo, la Ley de Modificaciones Estructurales exige que las operaciones de fusión y de escisión recaigan sobre sociedades mercantiles inscritas (art. 22 y 68.1 LME, respectivamente). Tratándose de la cesión global de activo y pasivo, la LME sólo requiere que la sociedad cedente sea una sociedad inscrita (art. 81.1 LME). Conforme a ello, una sociedad civil en concurso no podrá acudir al expediente de la fusión o la escisión, y podrá acogerse a una cesión global si ha adoptado, por su objeto, la forma de una inscripción en el Registro Mercantil.

Por otra parte, tratándose de operaciones de modificación estructural que suponga sólo la trasmisión parcial del patrimonio social, la LME exige que se trate de unidades económicas (arts. 70, 71 y 82 LME). Existe en este aspecto una coordinación en la exigencia que impone la LME con aquella que considera la LC (arts. 100.2 y 146 bis LC), y que atiende a la preferencia de ambos cuerpos normativos por la conservación de la empresa, en el caso de la LC, con miras a maximizar el valor de los activos de las empresa concursada logrando una solución más eficiente para los acreedores.

También, como veremos, la sociedad concursada puede participar de un proceso de modificación estructural tanto como sociedad absorbente como sociedad absorbida. Dada la situación de insolvencia patrimonial que afecta a la sociedad concursada, será lo de común ocurrencia que ésta participe como sociedad absorbida en las operaciones de reestructuración societaria. Sobre este punto de particular, volveremos más adelante, al tratar con más detalle la forma en que las normas sobre modificaciones estructurales pueden tener aplicación en el ámbito concursal.

3.4.2 Coordinación entre las juntas de accionistas o de socios, órganos de administración social y la administración concursal

Recogiendo la aprehensión anterior, debe considerar la coordinación entre el trabajo de la administración concursal y el papel que corresponde a las juntas de accionistas o de socios y a los órganos de administración social en las modificaciones estructurales. El rol que asumirá

la administración concursal y las facultades que sean conferidas en cada procedimiento concursal, estará dada por la limitación de facultades patrimoniales a que quede sometida la sociedad concursada, conforme al artículo 40 de la LC, y particularmente, a lo dispuesto en el artículo 48 de la LC, relativo a efectos de la declaración de concurso sobre los órganos de las personas jurídicas deudoras.

Durante la tramitación del concurso, la sociedad concursada mantiene sus órganos, sin perjuicio de los efectos que sobre su funcionamiento produzca la intervención o la suspensión de sus facultades de administración y disposición. En caso de suspensión, las facultades de administración y disposición propias del órgano de administración pasan a la administración concursal. En caso de intervención, tales facultades continúan siendo ejercidas por los administradores sociales, con la supervisión de aquella, a quien corresponderá autorizar o confirmar los actos de administración y disposición con derecho de asistencia y de voz en las sesiones de los órganos sociales, debiendo ser convocada en la misma forma y con la misma antelación que los integrantes del órgano que ha de reunirse. Más aún, la constitución de junta o asamblea u otro órgano colegiado con el carácter de universal no es válida sin la concurrencia de la administración concursal, y los respectivos acuerdos, que puedan tener contenido patrimonial o relevancia directa para el concurso, requieren, para su eficacia, de su autorización o confirmación.

Es competencia del órgano de administración respectivo presentar la solicitud de declaración de concurso y la propuesta anticipada de convenio, en su caso, e, incluso, para presentar dentro de ella una propuesta de modificación estructural (art. 30 LME), sin perjuicio de que finalmente la junta general de accionistas o socios decida sobre la misma (art. 40.1 LME). La participación de los socios y accionistas de la sociedad concursada, en el ámbito concursal, por tanto, se materializará a través de las normas societarias que regulan el procedimiento de modificación estructural.

En síntesis, podemos decir que el proceso de reestructuración se inicia con una labor orientada a formular una propuesta de convenio concursal con modificación estructural. Los administradores sociales deberán elaborar un proyecto de reestructuración con el contenido mínimo, a lo menos, que exige en cada caso la LME (arts. 30 y 35 LME), fijando, entre otros puntos, el tipo de canje (art. 31.2º LME), junto con acompañar un balance de fusión (arts. 36 a 38 LME) y otros informes elaborados por los administradores sociales y uno o varios expertos independientes (art. 34 LME). Esta propuesta será la base del acuerdo que deberán

adoptar los socios reunidos en junta con las mayorías exigidas por la ley, junto a la observancia de las exigencias de publicidad e información (art. 40.1 LME). A los socios o accionistas les corresponde el derecho a decidir, en primer término, acerca de la propuesta de reestructuración societaria, que debe ser aprobada por los socios reunidos en junta de accionistas.

3.4.3. Oportunidad para acordar la modificación estructural

Un punto relevante a dilucidar en la tramitación de la modificación estructural en el seno del concurso de acreedores es si el acuerdo de los socios, y en general, dicha tramitación, debe o no preceder a la aceptación del convenio concursal por parte de los acreedores concursales y su aprobación judicial. Se ha hecho presente, por algunos, que la adopción del acuerdo social no puede ser posterior a la aceptación del convenio concursal por parte de los acreedores concursales y la aprobación judicial del mismo, pues ello significaría someterlo a una condición, y debiera entenderse como no presentado *ex* artículo 101 de la LC²⁴⁹. Esta posición exigiría una aprobación previa de la operación de reestructuración. Otros, en cambio, no ven obstáculo en la opción de aprobar la propuesta de convenio y luego tramitar la modificación estructural. En tal caso bastaría que se expusieran los aspectos fundamentales de la modificación estructural y los respectivos órganos sociales de la sociedad concursada asumieran el compromiso de llevar a cabo todas las actuaciones conducentes para concretar dicha operación²⁵⁰. En las referencias comparadas, por ejemplo, la normativa alemana permite la presentación de un plan sujeto a condición (*Bedingter plan*), como podría ser un acuerdo social de modificación estructural, pero finalmente no podrá aprobarse judicialmente si dicha condición no se ha cumplido dentro de un plazo razonable judicialmente fijado para ello (§ 249, InsO).

²⁴⁹ GARNACHO (2013), p. 264; JACQUET (2012), p. 166; VILATA (2012), p. 187, y PULGAR (2009a), p. 758.

²⁵⁰ CERDÁ (2010), p. 722; ARANGUREN (2013), p. 489, y GUTIÉRREZ (2011a), p. 24 y ss. Este último, plantea que en el fondo no es tan relevante si la aprobación de los socios a la modificación estructural precede o no a la aceptación del convenio por parte de los acreedores de concurso, si se da una adecuada protección de los acreedores sociales y de los concursales, inclinándose a favor de una propuesta de convenio concursal que pueda contener sólo el proyecto de modificación estructural elaborado y suscrito por la administración concursal, se da mayores garantías a los acreedores a través del ejercicio de los derechos de oposición que contemplan tanto la Ley Concursal como la Ley de Modificaciones Estructurales, que podrían integrarse. Sobre este punto, volveremos luego a efectos de analizar precisamente la procedencia del derecho de oposición social, a que se refieren los artículos 44, 73 y 88 de la LME.

Por nuestra parte, seguimos este último criterio, de modo que la propuesta de convenio sólo requeriría que expusiera los aspectos fundamentales de la modificación estructural propuesta y el compromiso de la sociedad concursada de llevar a cabo las actuaciones conducentes para concretar la operación proyectada. No existen razones o fundamentos legales para entender que el acuerdo de modificación estructural por parte de las juntas de las sociedades concursadas partícipes en dicha operación deba preceder al acuerdo y aprobación del convenio concursal. En efecto, en la hipótesis de que la modificación estructural fuera parte del contenido de una propuesta anticipada de convenio, la exigencia de incluir una fusión, una escisión o cesión global de activo y pasivo ya acordada parece desproporcionada e, incluso, que haría innecesaria o injustificada, en principio, la declaración de concurso, pues la modificación estructural en sí sería el instrumento de solución de la crisis económica de la empresa, sin necesidad de abrir el concurso ni contar con el consentimiento de los acreedores, salvo su derecho de oposición según el artículo 44 de la LME. En tales condiciones, lo que justificaría la presentación al concurso de una modificación estructural ya acordada, por la vía de una propuesta anticipada de convenio, podría ser, por ejemplo, el acordar privilegios a favor de los créditos que se concedan al concursado para financiar el plan de viabilidad, en los términos fijados en el convenio (art. 100.5 LC), o bien para acceder al contenido imperativo de las quitas y/o esperas (art. 100.1 LC) o a la conversión de créditos en acciones, participaciones o cuotas sociales, o en créditos participativos (art. 100.2 LC), a fin de hacer más atractiva la modificación estructural para la sociedad adquirente o absorbente de la concursada, o bien la aplicación del procedimiento abreviado, a que se refieren los artículos 190 y siguientes de la LC, precisamente por incluir en la propuesta anticipada de convenio una modificación estructural por la que se transmita íntegramente su activo y su pasivo. Estas razones de conveniencia no se transforman en imperativos legales para exigir que el acuerdo de modificación estructural deba preceder al acuerdo y aprobación del convenio; más aún, el hecho de que se apruebe el convenio concursal y que obligue a tramitar y acordar una modificación estructural, no priva de ninguno de esos incentivos.

Sí es cierto que si la modificación estructural precede al convenio y al concurso, todos los acreedores, sin distinción, de las sociedades involucradas en la operación gozarán del derecho de oposición a que se refieren los artículos 44, 73 y 88 de la LME. Si la operación de reestructuración societaria se da dentro del concurso, a consecuencia y como contenido de un convenio concursal, los acreedores de la sociedad concursal carecerán de este derecho de

oposición y sólo estarán investidos del derecho a oponerse a la aprobación judicial del convenio *ex* artículo 128 de la LC.

En este punto la jurisprudencia no ha sido totalmente uniforme, pero puede apreciarse una línea tendiente a entender que la aprobación de la modificación estructural luego de la aprobación del convenio que la propone no constituye someter a éste a una condición. Podemos traer a colación, en primer término, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, que conociendo del recurso de apelación interpuesto en contra de un auto del Juzgado de lo Mercantil N° 7 de Madrid, en el concurso de Fórum Filatélico, que había desestimado las propuestas de convenio, considerando que una modificación estructural debía estar previamente acordada, pues de lo contrario importaría someter al convenio a una condición y, por ende, debía entenderse la propuesta por no presentada²⁵¹. La Audiencia Provincial estimó que ello *«no constituía un condicionamiento que afectara la eficacia del convenio a través de hechos futuros e inciertos que pudieran incidir en el cumplimiento o incumplimiento del convenio, y que estaría prohibido conforme al artículo 101 de la LC, puesto que lo no puede condicionarse es la eficacia del convenio, esto es, que el nacimiento de sus efectos (condición suspensiva o inicial) o su resolución o cancelación (condición resolutoria o final) dependa de un suceso futuro o incierto o de un suceso pasado que los interesados ignoren (artículo 1113 del Código Civil), hipótesis ésta última extraña en el concreto ámbito ahora analizado»*²⁵². De esa manera se manifiesta la necesidad de delimitar el papel que funcionalmente corresponde a la modificación estructural como contenido de un convenio

²⁵¹ AJM N° 7 de Madrid, de 23.7.2008 (JUR 2010, 54640). La propuesta de convenio presentada a los acreedores contenía dos propuestas alternativas: Una de ella combinaba una quita y espera, con la transformación de la sociedad anónima deudora en una sociedad de responsabilidad limitada, venta parcial de la masa activa, la escisión de parte del patrimonio de la deudora y su transmisión a dos sociedades limitadas, asumiendo cada una de ellas parte del pasivo y el pago de parte de los créditos, concretamente, por una de las asuntoras, mediante participaciones de un fondo de inversión inmobiliario que debe constituir y cotizar en bolsa; y por la otra, con participaciones sociales de otra sociedad anónima que también debía constituirse y cotizarse en bolsa. La segunda, una quita, una conversión en participaciones sociales de la deudora, junto a la transformación de la sociedad anónima concursada en sociedad de responsabilidad limitada, efectuando una operación acordeón con reducción de capital para compensación de deudas de ejercicios anteriores y ampliación de capital por compensación de los créditos de los acreedores que acepten la conversión. El juez del concurso rechazó las propuestas de convenio considerando que una modificación estructural debe estar previamente acordada, pues de lo contrario importaría someter al convenio a una condición y, por ende, debía entenderse la propuesta por no presentada.

Conforme a ello se sentenció: *«...de lo expuesto debe indicarse que la eficacia del convenio se hace depender para su eficacia de acontecimientos futuros como son: la conversión de la concursada Fórum Filatélico, S.A., en una sociedad limitada; la efectiva cotización en bolsa del Fondo de Inversión Inmobiliario que constituirá Blaurock Asc 21, S.L. y de la Sociedad de Comercialización Internacional de Filatelia (Trading Co.) que constituirá Neem Ternacional 21, S.L. Estas operaciones constituyen, como acontecimientos futuros e inciertos, auténticas condiciones, pues las operaciones societarias requieren de la aprobación de la Junta de accionistas de la sociedad y la cotización en bolsa de la efectiva autorización de la entidad reguladora, circunstancias éstas que no dependen de la exclusiva voluntad del proponentes».*

²⁵² AAP de Madrid (Secc. 28°), núm. 40/2010, de 12.3.2010 (AC 2010/1202),

concurzal, distinguiendo entre condiciones de eficacia y condiciones de cumplimiento. Como expresa, también, en su auto, la Audiencia Provincial de Madrid: *«No cabe confundir la condición que afecta a la eficacia del convenio con cualesquiera hechos futuros e inciertos que pueden incidir en el cumplimiento o incumplimiento de un convenio, como puede ser (...) que se aprueben las modificaciones estructurales de la sociedad deudora»*. Conforme a ello un hecho futuro e incierto como una proyectada modificación estructural, que no depende de la sola voluntad de las partes, puede o no acaecer. De no acaecer ello se traduciría en un incumplimiento del convenio, pero no condicionaría o determinaría en modo alguno el nacimiento de los efectos del convenio o su cancelación. La modificación estructural que forma parte del contenido de una propuesta de convenio concursal debe ser considerada como una condición de cumplimiento del convenio y no de su eficacia. Esto último sería aquello que prohíbe el artículo 101 de la LC.

En ese mismo sentido, se había pronunciado antes el Juzgado de lo Mercantil de Pamplona, bajo el entendido que la aprobación del convenio concursal no produce directamente el efecto de transmisión o enajenación en globo que conlleva la modificación estructural, sino que precisamente es efecto de ésta; no siendo una exigencia del artículo 100.3 de la LC que dicha transmisión haya operado ya en el momento en que se aprueba el convenio, es legalmente procedente que opere a posteriori, cuando la operación de reestructuración quede totalmente perfeccionada y produzca todos sus efectos, lo que no priva de eficacia al convenio concursal ni se introduce ninguna condición a dicha eficacia²⁵³.

Y fue también el parecer luego de la Audiencia Provincial de Valencia, declarando que *«cuando el legislador establece la imposibilidad de condicionar la eficacia de un convenio se está refiriendo, de manera exclusiva, a la esencia del mismo, esto es, a la existencia del acuerdo entre el deudor y sus acreedores»*. Pero ello no quiere decir, suma la sentencia, *«que dentro del contenido de la propuesta no puedan contemplarse variables o diferentes escenarios en atención a determinados hechos futuros que incidan en el resultado de la satisfacción de los acreedores. En estos supuestos no estaremos ante ningún condicionamiento de la eficacia del convenio, plenamente vinculante, sino ante la posibilidad de que el nivel de satisfacción de los acreedores pueda modularse de acuerdo a unas normas pactadas por éstos y el deudor»*²⁵⁴.

²⁵³ SJM N° 1 de Pamplona/Iruña, núm. 113/2007, de 5.7.2007 (JUR 2007/368541).

²⁵⁴ SAP de Valencia (secc. 9ª), núm. 174/2010, de 11.6.2010 (rollo 180/2010).

Véase también las sentencias dictadas por el Juzgado de lo Mercantil N° 1 de Pontevedra en el concurso de Pescanova, en la se acuerda aprobar el convenio concursal que comprenderá además de la quitas y espera que se señala, que la concursada y el resto de las sociedades que conforman el grupo sean objeto de operaciones de fusión y segregación una vez firme la aprobación judicial del convenio (SJM núm. 65/2014, de 23.5.2014 [concurso Pescanova; s/ref.]

3.4.4. Especiales exigencias de información

En cualquier plan de reestructuración la información es una de las claves del éxito o fracaso del mismo. En la elaboración de esta información, en que debe participar el concursado, la administración concursal y los acreedores, resultará necesario o imprescindible requerir la participación de auditores, expertos, asesores en inversión, entre otros, que permitan construir un entramado de información contable financiera que establecen, entre otros extremos, las causas de la insolvencia, la composición del activo y del pasivo, los costes y sacrificios que conlleva la operación de reestructuración, las ventajas económicas que derivarán de ella y viabilidad de la misma.

La normativa sobre modificaciones estructurales exige elaborar a través de auditores de cuenta y expertos designados para tal efecto, y poner a disposición de los involucrados, información detallada sobre las sociedades que participan en la operación y sobre la proyectada operación de reestructuración. Por su parte, la apertura del concurso obliga igualmente a establecer información exhaustiva acerca de la situación de la sociedad en concurso. Si bien es claro que estas dos exigencias de información obedecen a finalidades específicas diversas, también lo es que, en los supuestos en que la modificación estructural se da en el ámbito concursal, se da una duplicidad de esfuerzos que no ha sido regulada por las legislaciones involucradas y que se traduce en retraso y mayores costos económicos que no son congruentes con la hipótesis de insolvencia que afecta a la sociedad concursada y no coinciden con la finalidad de satisfacción de la colectividad crediticia que persigue el concurso. Pero también, en un sentido inverso, la falta de información oportuna puede ser una gran desincentivo para plasmar una solución de esta naturaleza en un convenio concursal. La falta de información es un hecho especialmente relevante en las hipótesis de una propuesta anticipada de convenio, precisamente para los acreedores que no dispondrán de la información suficiente para decidir si el convenio propuesto es la mejor opción o no. Por ello, la normativa concursal impone al concursado, junto a toda aquella documentación que debe presentar al momento de solicitar la declaración de concurso conforme al artículo 6 de la LC, la exigencia de que para ser admitida a trámite cuenta con la adhesión de acreedores cuyos créditos superen la quinta parte del pasivo presentado por el deudor; además, de las exigencias de que el contenido de la propuesta de convenio no conlleven una infracción legal a su respecto o que el deudor no esté incurso en alguna prohibición. Las

prohibiciones a que se refiere el artículo 105 de la LC, en particular, juegan un importante rol a fin de evitar la asimetría de información.

3.4.5. Exigencia de valorización positiva de las empresas involucradas, aumento de capital e informe de administradores y expertos independientes

Otro de los problemas que debe sortear una propuesta de convenio consistente en la modificación estructural de la sociedad concursada es el relativo al canje de acciones, participaciones o que dicho canje deba realizarse sobre la base del valor real de los patrimonios (art. 31.2º LME). La mención del tipo de canje es una exigencia general de la LME. Son excepcionales las hipótesis en que es posible omitir mencionar el tipo de canje, tal es el caso en que se trate de la absorción de una sociedad íntegramente participada, esto es, cuando la sociedad absorbente fuera titular de forma directa o indirecta de todas las acciones o participaciones sociales en que se divida el capital de la sociedad o sociedades absorbidas (arts. 49.1 y 52.1 LME), cuestión que se tuvo presente en la fusión de las concursadas Fiesta S.A. y Fiestasa S.L.²⁵⁵.

El tipo de canje, y el cálculo del mismo, descansa en una valoración positiva de las empresas implicadas en el proceso de reestructuración. El informe de expertos, a que se refiere el artículo 34.3 de la LME, debe hacerse cargo de esta valoración, exponiendo los métodos seguidos por los administradores sociales para establecer el tipo de canje de las acciones, participaciones o cuotas de los socios de las sociedades que se extingue, e indicar si dichos métodos son adecuados, con expresión de los valores a los que conducen y, si existieren, las dificultades especiales de valoración, y manifestar la opinión de si el tipo de canje está o no justificado.

Se debiera esperar, a lo menos en principio, que el patrimonio neto de la sociedad concursada no arrojara un resultado negativo, pero no debe olvidar que el supuesto sobre el cual descansa el concurso es precisamente la insolvencia de la sociedad concursada (art. 2 LC). La premisa de insolvencia en que descansa el concurso, dificultan que la sociedad concursada pueda participar en un proceso de modificación estructural, especialmente cuando aquella conlleve la transmisión de socios. Sin duda las hipótesis de grupo de empresas, en que filiales son absorbidas por la sociedad dominante son casos en que la operación tiene más posibilidades

²⁵⁵ SJM Nº 4 de Madrid, núm. 6/2013, de 7.2.2013 (AC 2013/688).

de prosperar. Pero también en caso de que se trate de la segregación de una parte saneada de la sociedad concursada o de la cesión total o parcial de activo y pasivo con contraprestación a la sociedad. En caso de fusión o escisión el obstáculo señalado será especialmente preponderante al momento de decidir por una de estas operaciones.

Para hacer frente a esa exigencia, la operación de reestructuración traslativa nunca debe ser vista como único contenido del convenio, pues que siempre deberá contener, a lo menos, quitas o esperas, o quitas y esperas, conforme al artículo 100.1 de la Ley Concursal, lo que puede servir como una válvula de escape para enfrentar el problema planteado²⁵⁶. Además, el establecimiento o empresa en un sentido objetivo es una realidad económica unitaria y, por tanto, al momento de valorizar los bienes y derechos de la sociedad concursada deberá tenerse presente no sólo la identificación y valorización de los distintos componentes de la empresa o establecimiento en forma individual, sino también atendiendo a su vinculación funcional²⁵⁷.

Por otra parte, este problema sobre el canje no se presentará en aquellas modificaciones estructurales en que no existe esta relación de canje, como resulta en la absorción de sociedad íntegramente participada (art. 49.1.1º LME), o en operaciones de escisión parcial o de segregación, que comprometerían sólo parte de su activo y de su pasivo, con una valorización positiva, siempre que constituyan unidades productivas (arts. 70 y 71 LME).

3.4.6. Cumplimiento de normas concursales sobre convenios

La propuesta de convenio que contenga una modificación estructural deberá ir acompañada del resto del contenido a que se refiere el artículo 100 de la LC, que resulte aplicable. Deberá

²⁵⁶ CERDÁ (2010), p. 721.

Precisamente a este respecto se traen a colación los convenios concursales de Grupo Expofincas Inversiones y Servicios S.L. (sociedad absorbente) y Expofinques S.L. (sociedad absorbida), cuyos convenios consideran quitas por el cincuenta por ciento de los créditos y esperas de cinco años, con dieciocho meses de carencia, junto con la modificaciones estructurales consiste en la fusión por absorción de ambas sociedades concursadas; y los de Envases del Vallés SA (sociedad absorbente) y de EDV Packaging Solutions, SL, (sociedad absorbida, e íntegramente participada por la absorbente), con igual quita pero con plazo de espera de seis años.

Otra referencia en este punto es la sentencia del JM N° 4 de Madrid, de 7 de Febrero del año 2013, que aprueba el convenio de fusión de las sociedades concursadas Fiesta SA y General Distribución Fiestasa, SL, cuyo contenido económico consideró espera de siete años para los créditos senior de una refinanciación pactada el año 2010, y de diez años para el resto de los créditos concursales (SJM N° 4 de Madrid, de 07 de febrero de 2013).

También, SJM N° 1 de Pontevedra, núm. 65/2014, de 23.5.2014 (concurso Pescanova; s/ref.).

²⁵⁷ GARCÍA-CRUCES (2011), p. 261.

contener proposiciones de quita o de espera, pudiendo acumular ambas (art. 100.1 LC), y además de un plan de pagos, con detalle de los recursos previstos para su cumplimiento (art. 100.4 LC) y de un plan de viabilidad en el que se especifiquen los recursos necesarios, los medios y condiciones de su obtención y, en su caso, los compromisos de su prestación por terceros, cuando para atender al cumplimiento del convenio se prevea contar con los recursos que genere la continuación, total o parcial, en el ejercicio de la actividad empresarial (art. 100.5 LC).

El proyecto de modificación, en el caso de propuesta anticipada de convenio, supondrá el informe de la administración concursal, que evaluará el contenido de la propuesta de convenio en atención al plan de pagos y, en su caso, al plan de viabilidad que la acompañen. En este sentido, el informe de los administradores y de los expertos que debe evacuarse sobre el proyecto, conforme a los artículos 33 y 34 de la LC, respectivamente, debiera servir de antecedente para el informe que debe elaborar la administración concursal.

Deberán, también, ser oídos los representantes de los trabajadores y si la propuesta supone una modificación sustancial de las condiciones de trabajo o suspensión o extinción colectiva de las relaciones laborales, se deberá contar con la autorización del juez del concurso (art. 64 de la LC). Por cierto, la sucesión a título universal que genera las modificaciones estructurales traslativas en comento significarán, conforme al artículo 44 del ET, la sucesión de empresa, subrogándose, como veremos, la sociedad adquirente en los contratos de trabajo.

Si el proyecto de modificación estructural se canaliza a través de una propuesta anticipada de convenio, el acuerdo de los acreedores será requerido por medio del sistema de adhesiones individuales hasta alcanzar el quorum requerido por el artículo 124 de la LC. Estas adhesiones pueden obtenerse una vez declarado el concurso y hasta que termine el plazo para impugnar el inventario y la lista de acreedores (art. 108.1 LC), pero nada obsta a que puedan, incluso, obtenerse antes de que se presente la solicitud de concurso. Si el convenio de modificación estructural se tramita durante la fase de convenio se requerirá la respectiva junta de acreedores, cuya constitución, funcionamiento y acuerdos se regula en los artículos 116 y siguientes de la LC.

3.4.7. Protección de los acreedores concursales y de acreedores sociales

a) Responsabilidad solidaria

Adelantamos que si a consecuencia de la sucesión universal con que operan las modificaciones estructurales en comento, la sociedad concursada se extingue como consecuencia de dicha operación, sus deudas pasan a ser de la adquirente, desapareciendo el deudor originario, produciéndose una integración patrimonial completa, como ocurriría, por ejemplo, en el caso de que la sociedad concursada fuera absorbida por otra; y analizamos el impacto que tendría aquello desde el punto del derecho general de prenda respecto de los acreedores de las sociedades involucradas.

En los casos en que la transmisión patrimonial no sea total, como puede suceder en la escisión o en la cesión global de activo o pasivo, la situación de los acreedores societarios puede verse igualmente afectada, por la mayor o menor solvencia patrimonial que se genere respecto de sus sociedades deudoras. No obstante, se han considerado para estos casos hipótesis de responsabilidad solidaria por el incumplimiento de las obligaciones transmitidas en el pasivo que se transfiere, y modo que de las obligaciones asumidas por una sociedad beneficiaria, en la escisión, que resulten incumplidas responderán solidariamente las demás sociedades beneficiarias hasta el importe del activo neto atribuido en la escisión a cada una de ellas y, si subsistiera, la propia sociedad escindida por la totalidad de la obligación (art. 80 LME). Ello, se reitera para la cesión global de activo en el artículo 91 de la LME, imponiendo dicha responsabilidad, por cinco años, respecto de las obligaciones asumidas por un cesionario, a los demás cesionarios, hasta el límite del activo neto atribuido a cada uno de ellos en la cesión; y, según los casos, a los socios hasta el límite de lo que hubieran recibido como contraprestación por la cesión, o la propia sociedad que no se hubiera extinguido, por la totalidad de la obligación.

Se estima que esta garantía no opera a favor de los acreedores respecto de la sociedad concursada que participa de la escisión, como sociedad escindida en el caso de escisión parcial. La razón es que la sociedad concursada se encuentra en insolvencia respecto de sus propias obligaciones, perjudicando a sus acreedores; por lo que no tendría sentido práctico de que tras escisión parcial, en la que la sociedad concursal subsiste, deba responder también de las obligaciones asumidas por las sociedades beneficiarias de la escisión. La misma

solución se plantea, en el caso de la cesión global, respecto de la responsabilidad solidaria por las obligaciones asumidas por un cesionario que resulten incumplidas (art. 91 LME)²⁵⁸.

b) Derecho de oposición al acuerdo de modificación estructural

i) Naturaleza del derecho de oposición.

Acordada la modificación estructural en el seno de la junta de accionistas, nace para los acreedores cuyos créditos no se encuentran suficientemente garantizados, el derecho de oposición a la modificación estructural consagrado en los artículos 44, 73 y 88 de la LME, respecto de la fusión, la escisión y la cesión global de activo y pasivo, respectivamente, dentro un mes contado desde la fecha de publicación del último anuncio del acuerdo por el que se aprueba la modificación estructural o, en caso de comunicación por escrito a todos los socios y acreedores, del envío de la comunicación al último de ellos. De no haber oposición, los acuerdos sociales adoptados pueden ser reducidos a escritura pública y se procederá a su inscripción en el Registro Mercantil y su publicación en BORME para desplegar sus efectos (arts. 18, 45 y 46 LME).

El derecho de oposición reconocido en la LME, que toma su contenido del derogado artículo 243 de la LSA, supone para los acreedores de cada una de las sociedades que se fusionan el derecho de oposición a este proceso de reestructuración societaria, indicando que la fusión no pueda llevarse a efecto hasta que la sociedad presente garantía a satisfacción del acreedor o, en otro caso, hasta que notifique a dicho acreedor la prestación de fianza solidaria a favor de la sociedad por una entidad de crédito debidamente habilitada para prestarla, por la cuantía del crédito de que fuera titular el acreedor y hasta tanto no prescriba la acción para exigir su cumplimiento²⁵⁹.

²⁵⁸ JACQUET (2012), p. 171-172.

²⁵⁹ La LME recoge, en este punto, la Tercera Directiva 78/855/CEE, de 9 de octubre de 1978, relativa a las fusiones de las sociedades anónimas. A diferencia de lo que ocurría en la LSA, que en lo sustancial se remitía en la regulación del derecho de oposición de los acreedores sociales a los acuerdos de reducción de capital, la LME se hace cargo no sólo de los aspectos formales de este derecho, en cuanto a que el mismo deber ejercerse dentro del mes siguiente a la fecha del último anuncio del acuerdo de fusión adoptado por la junta general (art. 44.2 LME), o de que el anuncio del acuerdo de fusión debe mencionar expresamente este derecho (art. 43.1 LME), sino también de los requisitos para ejercer el derecho de oposición a la fusión, determinando los acreedores que gozan de este derecho y los efectos de su ejercicio. No obstante, no precisa el alcance de diversos extremos de la protección, como el procedimiento aplicable, la naturaleza jurídica del derecho o las causas de fondo que habilitan su ejercicio, entre otros aspectos.

En cuanto a los acreedores legitimados para ejercer el derecho en cuestión, sólo pueden oponerse a la oposición los acreedores de cada una de las sociedades que se fusionan cuyo crédito haya nacido antes de la fecha de publicación del proyecto de fusión, que no se encuentre vencido a ese momento y que no esté suficientemente garantizado. *A contrario sensu*, carecerían de este derecho aquellos acreedores cuyos créditos hayan nacido con posterioridad a la fecha de publicación del proyecto, como también aquellos acreedores titulares de créditos vencidos a ese momento o que, estando vigentes, se encuentran garantizados suficientemente. La ley expresamente señala que los acreedores cuyos créditos se encuentren ya suficientemente garantizados no tendrán derecho de oposición (art. 44.2 LME).

El ejercicio de este derecho de oposición no significa *per se* la ineficacia del acuerdo de fusión; más bien estamos frente a un derecho a reclamar de la sociedad deudora, ciertas garantías para evitar un perjuicio para el crédito a consecuencia del proceso de fusión. Si bien la transmisión de los patrimonios de las sociedades que se extinguen a la sociedad absorbente o a la sociedad de nueva constitución asegura que los derechos de los acreedores no se vean afectados en su existencia, dicha operación puede significar un cambio sustancial respecto de la garantía o expectativa de pago de esos créditos. En otras palabras, el patrimonio resultante de la fusión puede ser más solvente, rentable y líquido que aquellos que preexistían, también puede no serlo. De ello surge la preocupación por tutelar a los acreedores sociales frente a las fusiones acordadas por las sociedades deudoras, acuerdos respecto de los cuales aquellos tienen la calidad de terceros, sin participación alguna en el proceso de fusión ni en el acuerdo mismo que decide la operación.

El derecho de oposición societario se estructura como una protección de carácter individual y limitada²⁶⁰. La técnica del Derecho español, siguiendo el criterio adoptado por el Derecho italiano, se articula como un derecho de suspensión, o que también podríamos llamar de inoponibilidad, como lo califica el derecho francés²⁶¹, respecto de las consecuencias jurídicas de la fusión, en tanto no se satisfagan ciertas condiciones que aseguren los créditos frente a un aumento de riesgo que puede suponer la fusión. De esta manera también se transpone la norma comunitaria

²⁶⁰ ARANGUREN (2013), p. 492.

²⁶¹ Artículo 381, del *Code de Commerce*.

contenida en la Tercera Directiva 78/855/CEE, de 9 de octubre de 1978, relativa fusiones de sociedades anónimas, y que obliga a los Estados miembros a *«prever un sistema de protección adecuado a los intereses de los acreedores, asegurándoles, a lo menos, el derecho a obtener garantías adecuadas cuando la situación financiera de la sociedad que se fusionan haga necesaria esta protección y sus créditos no dispongan de tales garantías»*²⁶². Se trata de que un instrumento de protección *a priori* que pretende compatibilizar los intereses en juego en un proceso de fusión²⁶³. Por un lado, el interés de las sociedades fusionadas que ven favorecidos sus opciones de concentración empresarial, superando las limitaciones que el Derecho común impone al exigir el consentimiento del acreedor en una hipótesis de novación subjetiva, conforme al artículo 1205 del CC. Y por otro, brinda tutela a los créditos, no sólo a aquellos que pertenecen a los acreedores de las sociedades absorbidas, sino también de las sociedades absorbentes, y quienes en principio no disponen a su favor de la norma común aludida²⁶⁴. Es por ello que la exigencia gravitante al momento de conceder o negar el ejercicio de este derecho a los acreedores sea el hecho de que los créditos se encuentren o no debida o suficientemente garantizados, pues en el caso de que así sea, la fusión no debiera suponer un riesgo real y efectivo para los acreedores al no ver alteradas sus opciones de pago.

La cuestión de si los créditos se encuentren o no suficientemente garantizados no es, por tanto, un tema menor, y ello se traduce en que la función tutelar que cumple este derecho y que obliga a entender que uno de sus presupuestos es que su ejercicio sea necesario para el acreedor. De esto se deriva que la gran causa legitimante de los acreedores sociales para ejercerlo sea que sus derechos precisen ser asegurados frente al riesgo que la fusión puede comportar. Las garantías y lo adecuado o suficiente de las mismas deben ser analizadas teniendo en cuenta la situación anterior o previa a la fusión y las condiciones resultantes de ella, considerando que el derecho de oposición o suspensión no se orienta por sí mismo a obtener mejoras de las garantías o expectativas de satisfacción del crédito, sino a protegerlos de los cambios de carácter

²⁶² DOUE N° L 295, de 20 de octubre de 1978.

²⁶³ LOZANO (2011).

²⁶⁴ Al igual que otros instrumentos de protección o tutela de los derechos de los acreedores, como la acción pauliana o revocatoria, el derecho consagrado en el artículo 44 de la LME, se orienta a mantener o conservar la garantía patrimonial sobre los créditos.

negativos o perjudiciales que para él pueda suponer la fusión. Si la sociedad resultante de dicha operación mantiene o mejora la solvencia, liquidez o rentabilidad de la sociedad deudora, no procede reconocer este derecho al acreedor. Además, el carácter adecuado de las garantías no significa atribuir un carácter absoluto a las mismas, sino la exigencia de obtener una garantía razonable, suficiente o apropiada frente al cambio de escenario patrimonial.

ii) Derecho de oposición en el ámbito concursal.

Cabe preguntar, ahora, si los acreedores concursales gozan de esta protección y pueden, por tanto, oponerse al acuerdo de fusión ex artículo 44 de la LME. Los acreedores contra la masa, que no se someten al convenio, y son más bien extraconcursales, se rigen por las normas generales, de modo que si el crédito no está vencido y no está suficientemente garantizado podrán oponerse a la modificación estructural en los términos señalados, máxime si se recuerda que ellos no pueden oponerse o impugnar el convenio concursal.

Respecto de los acreedores concursales, podemos considerar, en primer término, la situación de los acreedores privilegiados. Los acreedores privilegiados, en principio, sólo quedarán vinculados al contenido del convenio si hubieren votado a favor de la propuesta o si su firma o adhesión a aquélla se hubiere computado como voto favorable, o bien, tratándose de un convenio ya aceptado por los acreedores o aprobado por el juez, si prestasen su adhesión en forma antes de la declaración judicial de su cumplimiento (art. 134.2 LC), en cuyo caso quedarán afectados por el convenio. Pero, quedan también vinculados *por arrastre* al convenio cuando concurren las mayorías de acreedores a que se refiere el apartado 3º del artículo 134 de la LC, respecto de su misma clase. Fuera de esos casos, no quedan afectados por el convenio, y, a lo menos teóricamente, podrían ejercer su derecho de oposición a la modificación estructural. Decimos teóricamente porque es difícil concebir un crédito de esta especie que no esté suficientemente garantizado, especialmente si se trata de créditos con privilegio especial. Queda por tanto, referirnos a los acreedores ordinarios y, también, a los subordinados.

La posibilidad de poder ejercer el derecho de oposición societario parece a primera vista una hipótesis particularmente atendible tratándose de los acreedores ordinarios y, por ello, en los anteproyectos se restringía la legitimidad activa del derecho de

oposición a los titulares de dichos créditos²⁶⁵. La LME no contiene una limitación en este sentido, refiriéndose de modo genérico a los acreedores²⁶⁶. No obstante, no parece justificado que los acreedores concursales, ordinarios y subordinados, detenten el derecho a oposición que reconoce la LME. La propuesta que se formula en este trabajo discurre sobre la tesis de que los acreedores concursales no están legitimados activamente para ejercer el derecho de oposición consagrado en el artículo 44 de la LME.

Las razones que se esgrimen para sustentar esta tesis discurren básicamente sobre tres afirmaciones; en primer término, el ejercicio por parte de los acreedores concursales del derecho de oposición que se reconoce, en general, a todo acreedor frente a la fusión de la sociedad deudora, sería contrario a los principios generales y finalidades que informan el Derecho concursal y, por tanto, a la Ley Concursal; en segundo lugar, el carácter negocial del convenio concursal haría improcedente el reconocimiento de este derecho en el seno del concurso de acreedores; y en tercer lugar, la aplicación analógica del criterio que el legislador ha considerado para resolver la situación de los acreedores obligacionistas, en el apartado 2, del artículo 44 de la LME, a la laguna normativa que presenta la legislación concursal en este tema. A estos argumentos de fondo se unen las dificultades prácticas que surgen a la hora de configurar en sede concursal los requisitos que la legislación societaria exige para legitimar el ejercicio del derecho de oposición que reconoce.

En particular, sobre la procedencia o no de reconocer a los acreedores concursales el derecho de oposición previsto en la LME, estimamos que dichos acreedores no están legitimados para ejercerlo, entre otras razones, por las siguientes:

1. *Falta de legitimidad fundada en los principios generales del Derecho concursal.* Los principios generales, básicos y comunes del Derecho concursal, de la universalidad patrimonial, colectividad de acreedores e igualdad de tratamiento (*par condicio creditorum*)²⁶⁷, y la función informadora, integradora e interpretativa que a ellos

²⁶⁵ Tal como hoy sigue siendo el criterio adoptado por el artículo 66 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas.

²⁶⁶ Los artículos 166 y 243 de la LSA, no consideraron tampoco, en su momento, esa restricción.

²⁶⁷ Sin perjuicio del papel que corresponde a los principios de unidad legal, de disciplina y de sistema, a los que la exposición de motivos de la LC da un especial énfasis, y que presiden el trabajo normativo no sólo en España sino también en el Derecho comparado. En la sentencia de JM N° 4 de Madrid, de 7 de febrero de 2013, que recae sobre el concurso de las sociedades General de Distribución Fiestasa, S.L., y de Fiesta, S.A., se fundamenta

toca, que orienta la aplicación concreta y particular de las normas jurídicas, llevan a considerar el procedimiento concursal como un procedimiento de carácter universal y unitario cuya finalidad esencial es la satisfacción de la colectividad crediticia, sobre la base del principio de igualdad entre los acreedores.

El concurso, como procedimiento universal, afecta necesariamente a todos los acreedores respecto del ejercicio de las acciones individuales sobre el patrimonio del deudor, obligando al tratamiento colectivo de sus créditos y de las soluciones al problema de la insolvencia del concursado. Ello obliga a respetar la estructura comunitaria del concurso y, por consiguiente, frente al deudor no se sitúan el conjunto de acreedores aislada o individualmente considerados, sino que, como contraparte, una comunidad de acreedores o masa pasiva del concurso²⁶⁸. A raíz de ello, los acreedores ordinarios y subordinados quedan obligados por el convenio (arts. 134.1 y 136 LC), y su derecho a oposición societario se sustituye por la regla concursal de la adopción válida de un acuerdo entre la sociedad concursada y la colectividad de los acreedores, en miras de dar una solución a la insolvencia de aquella²⁶⁹. En otras palabras, la declaración de concurso determina el sometimiento de los acreedores al *concurso*, de manera tal que en virtud de esta suerte o destino común las pretensiones individuales de los acreedores concursales quedan condicionadas a la solución del concurso (convenio o liquidación) como únicas vías para alcanzar la satisfacción de sus créditos²⁷⁰.

Las excepciones que el procedimiento concursal pueda reconocer a ciertos acreedores, no sólo deben ser interpretadas restrictivamente, sino que, además, no pueden afectar o comprometer el éxito de las soluciones concursales. La

el fallo para aprobar el convenio de fusión, considerando que no procede reconocer a los acreedores de las sociedades concursadas un derecho de oposición a la citada fusión, por cuanto el mismo no resulta de aplicación al presente caso habida cuenta de la situación concursal de las dos sociedades objeto de dicha fusión, agregando que *«En efecto, como manifestado la doctrina que ha estudiado esta cuestión, el reconocimiento de un derecho de oposición individual alteraría el principio de *pars condicio creditorum*, constituiría una derogación del principio mayoritario al que los acreedores deben quedar sujetos en caso de concurso, y significaría a favor de los acreedores opuestos un privilegio atípico vedado por el artículo 89.2 Ley Concursab.*

Se concluye, por tanto, que *«... en caso de que el convenio de acreedores de una sociedad concursada prevea una fusión, el derecho de oposición de los acreedores de la sociedad concursada objeto de fusión debe quedar subsumido en el derecho de oposición al convenio de acreedores que prevea tal fusión. En el presente caso, cabe advertir que, según lo expuesto en los Antecedentes, ningún acreedor se opuso en su momento a la aprobación de los convenios de fusión de las concursadas».*

²⁶⁸ DE LA CUESTA (2004), p. 32.

²⁶⁹ VILATA (2012), p. 186.

²⁷⁰ BELTRÁN (2006), p. 990 y ss.

calidad de acreedor concursal, que se extiende a todo acreedor del deudor titular de un derecho de crédito o de una prestación obligacional de carácter patrimonial anterior a la declaración del concurso, alberga a todos los acreedores cualquiera sea su clase (art. 49 LC).

Al igual que sucede con respecto al derecho a oponerse a la aprobación judicial de un convenio concursal, el derecho que se reconoce para oponerse a un acuerdo de fusión no puede ser concebido, en el contexto de un concurso de acreedores, como instrumentos de protección individual de los créditos concursales o como un medio de obtener una mejora particular frente a la situación de insolvencia que afecta a la generalidad de los créditos. Cualquier derecho que se reconozca a los acreedores para oponerse directa o indirectamente a la fusión acordada en el seno de la colectividad crediticia debe considerar ese carácter colectivo; por ello el único remedio que finalmente tendría cabida en el procedimiento concursal, una vez aprobado el convenio por la mayoría necesaria de la colectividad crediticia, es aquel que pretende velar para la legalidad del convenio concursal o buscar asegurar que a través de él se pueda cumplir el fin satisfactorio que orienta al concurso en beneficio de toda la colectividad crediticia.

Este argumento fue recogido el Juzgado de lo Mercantil número 4 de Madrid, en el concurso de acreedores de las sociedades mercantiles Fiesta, S.A. y General de Distribución Fiestasa, S.L., en que se accede a la petición de convenio formulada, negando a los acreedores concursales de las sociedades concursadas en proceso de fusión el derecho de oposición a dicha modificación estructural, declarando que *«...no procede reconocer a los acreedores de las sociedades concursadas un derecho de oposición a la citada fusión, por cuanto el mismo no resulta de aplicación al presente caso habida cuenta de la situación concursal de las dos sociedades objeto de dicha fusión...»*, ello en atención a que *«...como ha manifestado la doctrina que ha estudiado esta cuestión, el reconocimiento de un derecho de oposición individual alteraría el principio de la pars condicio creditorum, constituiría una derogación del principio mayoritario al que los acreedores deben quedar sujetos en caso de concurso, y significaría a favor de los acreedores opuestos un privilegio atípico vedado por el art. 89.2 de la Ley Concursal»*²⁷¹. De esta manera, junto con recoger el argumento expuesto este trabajo, para rechazar el derecho de oposición

²⁷¹ SJM N° 4 de Madrid, núm. 6/2013, de 7.2.2013 (AC 2013/688).

societario en el seno del concurso de acreedores, concluye también que tal derecho queda subsumido en el derecho de oposición al convenio según las normas concursales.

2. *Falta de legitimidad fundada en el interés del concurso y las finalidades que informan al Derecho concursal.* Si partimos por considerar que la única finalidad esencial del concurso es la satisfacción colectiva de los créditos de los acreedores²⁷², ello significa que los *intereses del concurso* deben ser identificados con los intereses de la colectividad de acreedores a obtener el pago más íntegro de sus créditos, dado la situación de insolvencia que afecta al deudor común. Esa finalidad, de satisfacción colectiva de los créditos, debe orientar la aplicación de las distintas instituciones concursales, en especial a los mecanismos de solución que consagra y los remedios que reconoce para asegurar la eficacia y legalidad de los mismos. La colectivización de intereses y destinos, que supone una pérdida o limitación de las acciones individuales y que los compromete solidariamente a alcanzar la finalidad común del concurso por medio de un instrumento que refleja igualmente esa estructura comunitaria del concurso. El ejercicio de derechos individuales, como el derecho de oposición a la fusión, reconocido en la legislación societaria, se transformaría en manos de alguno o algunos de los acreedores concursales en un medio para favorecer a algunos de los acreedores concursales, en perjuicio de la colectividad crediticia y una solución consensuada y eficiente.

Una propuesta de continuidad de la empresa o de alguna de sus unidades productivas a través de una instancia de fusión u otra modificación estructural traslativa de la sociedad concursada, cuando ello es objetivamente viable de ser alcanzado, hace que la pervivencia de la empresa se transforme en un medio para alcanzar el fin del concurso, ya que los recursos y beneficios que dicha propuesta generará serán destinados al satisfacción de los créditos de la colectividad crediticia. El convenio con modificación estructural se transforma, de ese modo, en el instrumento para conservar la empresa que es económicamente viable y que, como solución para la colectividad crediticia, se presenta también como la solución más eficiente para los intereses del concurso. Reconocer a un acreedor

²⁷² EM, VI, ii, y IX, i; PALOMAR (2003), p. 19.

concurzal el derecho a oponerse a la fusión acordada por la mayoría de acreedores, no sólo le permitiría alcanzar obtener una ventaja frente a los demás acreedores, sino que podría significar en extremo someter a la sociedad concursada a un proceso de liquidación ineficiente.

3. *Falta de legitimidad fundada en el carácter negocial del convenio concursal. La exposición de motivos de la LC califica al convenio como un negocio jurídico*²⁷³. El convenio es un acuerdo celebrado entre el deudor insolvente y la colectividad de sus acreedores, aprobado por el juez y por el que se pretende remediar la situación de insolvencia de aquel deudor²⁷⁴. En otras palabras, el convenio concursal es un negocio jurídico bilateral o multilateral de carácter patrimonial, un negocio de masa, cuyos efectos alcanzan, en principio, a todos los acreedores concursales²⁷⁵.

Es procedente reconocer, por tanto, que el convenio concursal es la forma paccionada de resolver el problema de satisfacer los créditos de los acreedores concursales²⁷⁶. Constituye un mecanismo de solución frente a la insolvencia del deudor que, a diferencia de la liquidación, el otro instituto solutorio previsto en la LC, parte del supuesto de que las partes comprometidas en la situación de insolvencia, esto es, deudor y acreedores, pueden buscar por sí mismos, dentro del procedimiento concursal, una solución consensuada.

La autonomía privada conforma el motor de impulso del convenio, a pesar de que en sede concursal ella pueda no mostrar la misma intensidad y amplitud que presenta en el ámbito general de los negocios jurídicos, debido no sólo a la convergencia de intereses diversos, distintos de aquellos que sólo corresponde reconocer a los acreedores del concursado, como los relativos a la trascendencia de una empresa en el plano económico o la situación de los trabajadores de la

²⁷³ EM, VI. En este sentido, creemos que la LC ha confirmado la posición que mayoritariamente ha defendido la doctrina nacional sobre la naturaleza jurídica del convenio concursal y que las limitaciones introducidas a su respecto en la LC no afecta dicha conclusión. Nos referimos a las limitaciones del contenido del convenio, que afecta de modo importante al principio de libertad de contenido del mismo y a la autonomía de la voluntad; a la exigencia legal de aprobación del convenio por la autoridad judicial; la restricción de la facultad de modificación de las propuestas de convenio, y las amplias facultades del juez del concurso y la posibilidad de rechazar de oficio el convenio.

²⁷⁴ CERDÁ y SANCHO (2001), p. 103.

²⁷⁵ DE LA CUETA (2004), p. 33.

²⁷⁶ El convenio concursal es una forma de renegociar el pasivo del deudor con el fin de saldar sus deudas o fijar un plan para saldarlas (DE LA CUESTA [2004], p. 32).

misma, sino que también porque se debe evitar que mediante determinadas conductas el deudor, por sí solo o coludido con algunos de los acreedores, pueda perjudicar al resto de la colectividad crediticia afectada por la insolvencia.

El convenio concursal viene a cumplir la función de puente entre el interés de la colectividad crediticia y la finalidad de todo procedimiento concursal, que no es otro que la satisfacción de ese interés. Los acreedores concursales, individualmente considerados, han sido incorporados a una realidad comunitaria en que las acciones y derechos individuales ceden, salvo excepción expresa de la ley, ante los intereses colectivos, de modo que el único camino legítimo legalmente para que cada acreedor pueda alcanzar su propósito particular de obtener el pago de su crédito, lo más pronto e íntegro posible, es someterse a los causes concursales previstos para alcanzar la satisfacción de la colectividad crediticia, particularmente a la adopción y posterior cumplimiento de un convenio.

Una de las notas distintivas de los convenios concursales se encuentra en el momento de su aceptación. Frente a la propuesta de convenio su aceptación, por la vía de adhesiones o del voto favorable en junta, descansa en la concurrencia favorable de la mayoría de los acreedores considerados como una colectividad. De modo semejante a lo que ocurre entre comuneros o los socios de una sociedad, la aceptación de la propuesta de convenio exige el voto favorable de la masa de acreedores concurrentes. Una vez aprobado, el convenio extiende su eficacia por igual a los acreedores concurrentes, salvo a los que gozan de derecho de abstención, y no concurrentes. Como ha tenido oportunidad de afirmar la doctrina española en varias ocasiones, la mayoría de la masa concurrente representa en el concurso a todos los acreedores del concursado²⁷⁷. La eficacia de los acuerdos adoptados en la junta de acreedores concursales viene a constituir también una barrera para reconocer a los acreedores individualmente considerados el derecho a oponerse a la fusión acordada a través de un convenio concursal, invocando el artículo 44 de la LMC.

²⁷⁷ GARRIGUEZ (1955), p. 493.

Los acreedores sociales, en general, en el contexto de la LME, poco o nada pueden hacer para definir el contenido del acuerdo de fusión o incidir en su aprobación o rechazo. Son terceros totalmente ajenos respecto de la fusión o escisión de la sociedad concursada, pues tales operaciones de reestructuración societaria son acordados por la respectiva junta de accionistas. En cambio, cuando se está ante la posibilidad de un convenio concursal con modificación estructural, junto al acuerdo de los accionistas, es necesaria la aprobación posterior por parte de la junta de acreedores con el quórum que la LC impone, instancia en la que cada acreedor ha podido expresar su parecer sobre el tema. La propuesta de convenio, presentada en tiempo y forma por parte del deudor concursado, o en su caso, por un acreedor o acreedores que superen, al menos, una quinta parte del total del pasivo, se somete a la aceptación de la colectividad de los acreedores. Es por ello que el convenio aprobado judicialmente adquiere una eficacia que vincula a todos los acreedores ordinarios y subordinados, y que, incluso, se extiende a los acreedores privilegiados que han votado a favor de la propuesta de convenio o se hubieren adherido a aquel (art.134 LC). Precisamente con miras a la eficacia que alcanzará el convenio una vez aceptado por la colectividad crediticia y aprobado judicialmente es que la LC otorga a los acreedores concursales que se verán afectados por sus efectos el derecho *a priori* de impedir su plena eficacia mediante el derecho de oposición a la aprobación judicial (art. 128 LC) y, a posteriori, mediante la acción de nulidad en su contra (art. 143.1.4º LC).

Aquellos acreedores que han manifestado su voluntad favorable a la aceptación del convenio no pueden ejercer posteriormente el derecho de oposición a la aprobación judicial del convenio ni tampoco, así lo entendemos, el derecho a oponerse a la fusión adoptada, precisamente porque ella ha sido acordada con su consentimiento expreso, lo que iría en contra de sus propios actos, lo que es especialmente significativo tratándose de los acreedores concursales que han adherido a una determinada propuesta de convenio que resulta aceptada por la colectividad crediticia²⁷⁸. Sólo los acreedores no asistentes a la junta de

²⁷⁸ Conviene hacer presente que tratándose de los acreedores concursales que han expresado su conformidad con la propuesta de convenio mediante su adhesión al mismo, conservan su derecho a rechazarla bastando para que su adhesión quede sin efecto el hecho de que concurran a la junta de acreedores, pues en esta instancia los

acreedores, los que en ella hubieran sido ilegítimamente privados del voto y los que hubieran votado en contra de la propuesta de convenio aceptada por mayoría, así como, en caso de propuesta anticipada de convenio, quienes no se hubiesen adherido a ella, están legitimados para formular oposición a la aprobación judicial del convenio, conforme al apartado 2, del artículo 128 de la LC²⁷⁹, pero aún en este caso la legitimidad activa que se reconoce tiene por propósito reclamar acerca de la ilegalidad del contenido del convenio, la ilegalidad del consentimiento aprobatorio, sobre la forma y contenido de las adhesiones, la constitución de la junta o su celebración, o la imposibilidad objetiva de que el convenio pueda ser cumplido a futuro. De ser aceptada la oposición, por infracción legal en el contenido del convenio o por la inviabilidad objetiva de su cumplimiento, el tribunal declarará rechazado el convenio. Además, en este caso, obviamente la discusión sobre la procedencia del derecho de oposición societario a la fusión carece de sentido, pues si se acoge la oposición por infracción legal en la constitución o en la celebración de la junta, se convocará a una nueva, en la que, de observarse las exigencias legales para su constitución y celebración, se podrá alcanzar una nueva voluntad colectiva que dotará de eficacia al convenio, de ser acordado por la colectividad de acreedores por mayoría y aprobado judicialmente.

4. *Imposibilidad de dar cumplimiento a las garantías que supone el ejercicio del derecho de oposición societario.* El otorgamiento de garantía a favor de los acreedores concursales, en el caso de que pudieran ejercer el derecho de oposición a que se refiere la LME, no podría ser dado por la sociedad concursada. Desde el punto de vista de las sociedades no concursadas, involucradas en el proceso de modificación estructural, resultaría paradójico que ellas debieran garantizar un crédito

acreedores son libres de manifestar el voto que estimen conveniente, aunque hubieran firmado la propuesta o se hubieran adherido a ella (art. 121.4 LC). A pesar de que la adhesión no tiene carácter voluntad irrevocable, produce ciertos efectos jurídicos de especial trascendencia: el crédito o créditos con los que el acreedor se hubiere adherido se computan como créditos concurrentes a la junta en la conformación del quórum legal de constitución de la junta de acreedores (art. 116.4 LC) y se computan como votos favorables a la propuesta (arts. 124, II y art. 125.1.I LC), menos que concurran a la junta de acreedores, ocasión en que pueden expresar su voto en contrario o abstenerse, y, sobre todo, como hemos expresado, por el sólo hecho de haber adherido a una propuesta de convenio concursal el acreedor queda privado de legitimación activa para oponerse a la aprobación judicial del convenio (art. 128.2 LC).

²⁷⁹ De acuerdo al artículo 118.1 LC, los acreedores que figuren en la relación de incluidos del texto definitivo de la lista de acreedores tendrán derecho de asistencia a la junta.

concursal, que de no mediar dicha operación, podría quedar sometido a significativas quitas o esperas para ser satisfecho, como ha hecho notar por algún autor²⁸⁰.

5. *Falta de legitimidad fundada en la aplicación analógica del criterio que la LME aplica a los acreedores obligacionistas.* Otro argumento que refuerza las ideas anteriores está dado por el criterio que sigue el propio artículo 44.2 de la LME, para excluir a los acreedores obligacionistas del ejercicio del derecho de oposición al acuerdo de fusión. Esta categoría especial de acreedores sociales se caracteriza por la forma en que la ley los organiza, específicamente por la conformación de un sindicato de obligacionistas, situación de la cual se desprenden importantes consecuencias jurídicas, especialmente relevantes en el análisis que hacemos sobre la procedencia de que los acreedores concursales puedan o no ejercer el derecho que consagra el aludido artículo 44. Los acreedores obligacionistas quedan legalmente vinculados por el sindicato. La actuación individual de aquellos, respecto de los créditos en contra de la sociedad, queda condicionada por el parecer de la mayoría²⁸¹.

Los títulos de los obligacionistas constituyen partes alícuotas de una operación de financiación unitaria. Este origen determina la formación del sindicato de obligacionistas y el hecho de que los intereses individuales queden determinados en cierta medida por el interés común²⁸². El sindicato de obligacionistas se constituye para tutelar el interés común de quienes lo constituyen. De ello resulta que la ley presume que la asamblea de obligacionistas está facultada para acordar lo necesario para la mejor defensa de los legítimos intereses de los obligacionistas frente a la sociedad (art. 424 LSC), de modo que los acuerdos adoptados por la asamblea en la forma prevista en la escritura o por mayoría absoluta, con la

²⁸⁰ LEÓN (2013), p. 79.

²⁸¹ ALONSO ESPIONOSA (2011). El autor destaca los dos aspectos más relevantes de esta especie de acreedores. Por una parte, el que, normalmente, los obligacionistas se hallen *integrados en un sindicato de obligacionistas*, el cual es un organismo legal y obligatoriamente instituido en el caso de las emisiones de obligaciones realizadas por sociedades anónimas y comanditarias por acciones y *cuasifacultativo* en el resto de las personas jurídicas legalmente autorizadas para emitir obligaciones. Y por otro, el carácter de *inversor* de estos acreedores, cuya principal obligación viene dada por la de entregar recursos financieros para la financiación de una actividad empresarial o económica a cambio del pago de una contraprestación también financiera fija o estable, normalmente en forma de intereses, y a la devolución de los recursos financieros recibidos al vencimiento del plazo o condiciones convenidas.

²⁸² ESTEBAN (2007), p. 373.

asistencia de las dos terceras partes de las obligaciones en circulación, vinculen a todos los obligacionistas, incluso a los no asistentes y a los disidentes (art. 425.1 LSC).

Teniendo en cuenta que el ejercicio del derecho de oposición por parte de uno de estos acreedores no es irrelevante para el conjunto de los obligacionistas, en cuanto paraliza la operación de fusión y obliga a la sociedad a otorgar garantías particulares que garanticen adecuadamente el crédito del acreedor que se opone, es que este derecho debe ser concebido como un derecho de atribución individual subordinado a la esfera de competencias del sindicato, y por tanto, queda sujeto en su ejercicio a la decisión adoptada por la asamblea de obligacionistas y los intereses legítimos del conjunto de acreedores obligacionistas que se ve representado en los acuerdos de la junta. Por ello es que, conforme al apartado 2 del artículo 44 de la LME, el obligacionista puede ejercer el derecho de oposición a la fusión en los mismos términos que los restantes acreedores, salvo que la fusión hubiese sido aprobada por la asamblea de obligacionistas. En este último caso, sólo resta al acreedor obligacionista impugnar el acuerdo de la asamblea fundado en la nulidad o anulabilidad del mismo²⁸³.

El criterio adoptado por el legislador respecto de los acreedores obligacionistas debería ser seguido con relación a los acreedores concursales, en cuanto al ejercicio del derecho societario de oposición a la fusión, puesto que tras la declaración y apertura del concurso, al igual que aquellos quedan vinculados por los acuerdos de la asamblea de obligacionistas, los acreedores concursales quedan sometidos a los acuerdos adoptados por las mayorías legalmente establecidas en las juntas de acreedores en la definición de la solución negociada que la legislación provee para dar término a la situación de insolvencia del deudor común (arts. 124 y 134 LC). Se trataría de una solución que debiera servir para resolver analógicamente el vacío legal que la Ley de Modificaciones Estructurales

²⁸³ El apartado 3 del artículo 425 de la LSC, indica que los acuerdos de la asamblea podrían ser impugnados por los obligacionistas conforme a lo dispuesto en la propia ley de sociedades anónimas, para la impugnación de los acuerdos de la junta general. El artículo 426 de la LSC, en el mismo sentido, dispone que las acciones judiciales o extrajudiciales que correspondía a los obligacionistas podrían ser ejercitadas individual o separadamente cuando no contradijesen los acuerdos del sindicato, dentro de su competencia y fueran compatibles con las facultades que al mismo se hubiesen conferido.

y la Ley Concursal presentan respecto del derecho de oposición a la fusión por parte de los acreedores concursales frente a un acuerdo en tal sentido adoptado a través de un convenio concursal aceptado por la colectividad crediticia²⁸⁴.

6. *Adecuada protección*. Un último argumento, aunque de carácter más indirecto, estaría dado por el nivel de protección que los acreedores obtienen ante operaciones de modificación estructural, que haría injustificable generar una duplicidad o redundar en aquellos mecanismos que instituciones concursales y societarias que convergen en dichas operaciones cuando éstas tienen lugar en el ámbito concursal. Así, por ejemplo, conforme a lo prevenido en el artículo 80 de la LME, en materia de escisiones, de las obligaciones asumidas por una sociedad beneficiaria que resulten incumplidas responderán solidariamente las demás sociedades beneficiarias hasta el importe del activo neto atribuido en la escisión a cada una de ellas y, si subsistiera, la propia sociedad escindida por la totalidad de la obligación. Esta norma se reitera *mutatis mutandis* en el artículo 91.1 de la LME, para cesión global de activo y pasivo.

3.4.8. Limitaciones y restricciones societarias que pueden obstaculizar una propuesta de convenio con modificación estructural

Las cláusulas limitativas de la libre transmisibilidad de acciones y participaciones son un elemento que está presente, en la práctica, en todas o en la gran mayoría las sociedades de capital, tanto en las sociedades de responsabilidad limitada como en las sociedades anónimas²⁸⁵. Las restricciones estatutarias que afectan la libre transmisibilidad de las acciones o participaciones podría ser salvada, en supuestos de operaciones de modificación estructural o transmisión a título universal, por los acuerdos sociales adoptados en tal sentido por los

²⁸⁴ Un criterio semejante, *ceteris paribus*, recoge el artículo 121.4.III de la LC, modificado por la Ley 9/2015, procedente del Real Decreto-ley 11/2014, en la deliberación y votación del convenio concursal, para vincular a los acreedores sujetos a un régimen o pacto de sindicación, para el cómputo de las mayorías necesarias para la aprobación del convenio y para la extensión de sus efectos a acreedores no participantes o disidentes, en el sentido de que estos acreedores quedan sujetos a lo que decida la mayoría. Se entenderá que votan a favor del convenio cuando lo hagan a su favor los que «representen al menos el setenta por ciento del pasivo afectado por el acuerdo en régimen de sindicación, salvo que las normas que regulan la sindicación establezcan una mayoría inferior, en cuyo caso será de aplicación esta última».

²⁸⁵ Exposición de motivos, párrafo V, de la Ley de Sociedades de Capital.

órganos sociales competentes, sin perjuicio de las regulación específica que la propia cláusula estatutaria pueda contemplar para el caso de operaciones de reestructuración de esta especie.

Atendido el interés general que justifica el régimen especial o privilegio de la transmisión a título universal en las operaciones de modificación estructural, este régimen debiera prevalecer por sobre las restricciones estatutarias limitativas, a menos que se acredite fehacientemente que dichas operaciones están siendo utilizadas con una finalidad ajena a la que las orienta y justifica, como podría, precisamente, ser el hecho de someter la sociedad a una operación de reestructuración de esta naturaleza con el objetivo de burlar las restricciones estatutarias establecidas en la materia, caso en el cual se podría impugnar la modificación estructural acordada por fraude a la Ley o abuso del Derecho, conforme a los artículos 6.4 y 7.2 del CC, respectivamente.

Lo dicho también podría aplicarse a otras exclusiones de carácter convencional de la transmisibilidad de un elemento mediante cláusulas de *non cedendo*, especialmente cuando dichas cláusulas han considerado su validez y eficacia en hipótesis de operaciones de modificación estructural. Incluso es el criterio para resolver el supuesto de acciones o participaciones con prestaciones accesorias cuando los estatutos condicionen expresamente la transmisión a la autorización de la sociedad emisora en caso de sucesión universal.²⁸⁶

Ese interés general involucrado en una operación de reestructuración, es mucho más evidente en el ámbito concursal. La transmisión de la empresa a título universal por medio de un convenio con modificación estructural, tiene un carácter instrumental al interés del concurso. Esta opción debe ser más favorable para los acreedores y la satisfacción de sus créditos, que otras opciones, especialmente frente a la realización separada de cada uno de los elementos del activo. Dicha conveniencia estará dada por la consideración de factores como el precio que pueda obtenerse por la transmisión de la empresa o de algunas de sus unidades productivas, el que se evite el devengo de nuevos pasivos contra la masa, la disminución del pasivo en virtud de la subrogación en los contratos, la continuidad de la actividad empresarial del concursado y la conservación de puestos de trabajo.

La transmisión a título universal de relaciones obligacionales de carácter personalísimas o basadas en la confianza, como el mandato o la comisión, como consecuencia de una modificación estructural, quedan también en entredicho debido a que la sucesión universal

²⁸⁶ ÚBEDA (2009), p. 28, y CONDE LEÓN (2004), p. 437 y ss.

afectan la titularidad de estas relaciones *intuitu persona* y el contenido mismo de la relación jurídica. Desde el punto de vista de la sociedad adquirente, ésta podrá proceder a ratificar o revocar expresamente los apoderamientos, mandatos o comisiones, una vez que ha operado la transmisión a título universal.

Con respecto a los contratos cuya ejecución está pendiente al momento de operar la transmisión patrimonial universal a favor de la adquirente, se presenta la discusión de si las partes pueden alegar una modificación sobrevenida de las circunstancias en las se celebró el contrato de modo que devenga imposible, carente de interés para las partes o implique un exceso de onerosidad para cualquiera de ellas (*rebus sic stantibus*).

Junto a las restricciones de carácter convencional, como las antes mencionadas, se alzan las limitaciones legales que obedecen, al igual que la transmisión por sucesión universal en las modificaciones estructurales, a un interés general comprometido. Tal es el caso de las normas y los controles públicos que impone el Derecho de la competencia en materia de concentración de empresas. Y también las prescripciones legales que se imponen a la actividad de ciertos sectores económicos, como el transporte o las telecomunicaciones, que exigen autorizaciones administrativas previas para operar.

3.4.9. Eficacia y cumplimiento del convenio de modificación estructural

La eficacia de un convenio de esta especie descansa, en parte, en el cumplimiento de las normas sobre modificaciones estructurales, que nos conducen finalmente a la cuestión de la inscripción registral de la operación, y en parte, también, al cumplimiento de las normas concursales que dan eficacia al convenio suscrito, especialmente respecto de la aprobación judicial del mismo.

De acuerdo al artículo 31 de la LME, haciendo referencia a la fusión, dentro del contenido mínimo del proyecto, éste debe indicar la fecha a partir de la cual la fusión tendrá efectos contables de acuerdo con lo dispuesto en el Plan General de Contabilidad (PGC), que en el caso de fusión de sociedades independientes²⁸⁷, la fecha viene dada por el momento en que la empresa adquirente adquiere el control del negocio o negocios adquiridos; lo que, en todo caso, no podría tener lugar legalmente antes de que transcurra el plazo de oposición de

²⁸⁷ Sociedades respecto de las cuales no concurre control previo de alguna sobre las demás (norma 19.1 PGC, *combinaciones de negocios*).

acreedores o queden oportunamente garantizados sus créditos, conforme al artículo 44 de la LME, sin perjuicio de que el proceso de fusión continúe hasta la inscripción registral de la fusión en el Registro Mercantil.

En el caso de fusión intra-grupo, esto es, en el supuesto de vinculación previa de las sociedades fusionadas por pertenencia a un mismo grupo empresarial, la fusión se considera contablemente como operación de empresas del grupo, de acuerdo a la norma 21 del PGC, y por ende, sobre la base de un pronunciamiento acerca de la asunción de control del negocio por parte de la adquirente, las sociedades podrían pactar una fecha de eficacia contable anterior a aquella en que se apruebe o inscriba la fusión, siempre que esa fecha no sea anterior al inicio del ejercicio social en que adopta y acuerda la fusión ni anterior a la entrada al grupo de cualquiera de las sociedades involucradas²⁸⁸.

Conforme al artículo 47.1 de la LME, una vez que la fusión haya sido inscrita, siempre que haya sido realizado de conformidad a las previsiones de ese cuerpo legal, no puede ser impugnada. Los socios y los terceros podrán, en su caso, ejercer los derechos al resarcimiento de los daños y perjuicios que se le hubieren causado. Se consagra, de esa manera, la eficacia convalidante de la inscripción registral de la reestructuración societaria²⁸⁹. No obstante, cualquier defecto no purgado con la inscripción puede generar la impugnación de la fusión o escisión mediante una acción de nulidad sujeta a un brevísimo plazo de caducidad de tres meses, contado desde la oponibilidad de la operación (art. 47.2 LME). Se trataría de defectos de procedimiento o vicios en los acuerdos, que no pudieron ser controlados por el registrador en su calificación, y dentro de los cuales, por ejemplo, estarían los acuerdos por ser contrarios a la ley o que lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros (*ex* 204.1 LSC).

La eficacia de la modificación estructural estará, también, supeditada a aquella que tenga el convenio que la contiene. En ese sentido, debemos tener en consideración que los acreedores concursales disponen del derecho de oposición a la aprobación judicial del convenio,

²⁸⁸ GIRBAU (2009), págs. 160-161.

²⁸⁹ CERDÁ (2010), p. 716. El precepto legal garantizaría la eficacia convalidante de la inscripción registral cuando se hayan seguido las prescripciones legales dispuestas para alcanzar la modificación estructural. De esta manera, la normativa española habría seguido el criterio que se puede observar en el Derecho comparado, particularmente en el Derecho alemán (§ 20.2 *Umwandlungsgesetz*, de 28 de octubre de 1994) y el Derecho italiano (artículo 2504 quater del *Codice Civile*), y que también se observa en la normas comunitarias, respecto de la sociedad anónima europea (art. 30.I del Reglamento Comunitario 2157/2001, de 8 de octubre de 2001) y para la fusión transfronteriza (art. 17 de la Directiva comunitaria 2005/56/CE, de 26 de octubre de 2005).

invocando las causas legales establecidas en la legislación concursal, *ex* artículo 128 de la LC, y la nulidad del convenio *ex* 143.1.4º de la LC. La oposición concursal se establece, en general, como un medio a través del cual los acreedores concursales pueden obtener el rechazo judicial al convenio debido a la infracción de normas legales y, por tanto, se perfila dentro de los mismos objetivos que presenta la nulidad del convenio. El paralelismo entre el derecho de oposición concursal y la nulidad del convenio es innegable. Tanto la oposición como la nulidad son instrumentos por medio de los cuales se pretende velar por la legalidad del convenio concursal. Esta legalidad (o ilegalidad) del convenio concursal deberá cotejarse con las normas contenidas en la propia Ley Concursal, pero también respecto los límites impuestos por el resto de disposiciones legales, entre otros aspectos, en consideración en cuanto a la manifestación de voluntad que contiene el convenio²⁹⁰.

Más aún, a la sola excepción del supuesto de oposición basado en la inviabilidad objetiva de cumplimiento del convenio concursal (art. 128.2 LC), ambas instancias de impugnación descansan en la ilegalidad del convenio. De ahí que la acción de nulidad del convenio no podrá deducirse posteriormente fundada en infracciones que fueron objeto de debate y decisión en el incidente de oposición a la aprobación judicial del convenio. En efecto, las infracciones legales alegadas en este incidente y sobre las cuales se pronuncie la sentencia que lo resuelta no podrán volver a plantearse en sede de nulidad como consecuencia del efecto de cosa juzgada, debido a la identidad procesal de cuestiones debatidas, es decir, la identidad de las infracciones alegadas (art. 196.4 LC). Incluso en el caso de que la oposición se funde en la inviabilidad objetiva de cumplimiento del convenio, no estamos ante una causal motivada por la mera conveniencia u oportunidad particular, pues en tal caso el juez debe ponderar la causa de oposición en función del interés general de los acreedores y la probabilidad de que el convenio sea cumplido, a fin de evitar mayores perjuicios a la masa. La inviabilidad objetiva se traduce en una imposibilidad objetiva de cumplir el convenio por los propios términos del convenio, según los datos y elementos disponibles en el momento de hacer tal valoración²⁹¹.

El convenio concursal con modificación estructural acordado está sujeto a la aprobación judicial del mismo, según lo dispuesto por la Ley Concursal (art. 127 y ss. LC). Haciendo un poco de historia, podemos decir que el artículo 94.3 de la LSRL, permitía que la sociedad de

²⁹⁰ DÍAZ (2006a), p. 2145.

²⁹¹ DÍAZ (2006a), p. 2164.

responsabilidad limitada en liquidación participara en una fusión o en una escisión siempre que no se hubiera comenzado el reparto de su patrimonio, pero si la liquidación hubiera sido consecuencia de la declaración judicial de quiebra, *ex* artículo 104.2 de la LSRL, era necesaria la autorización judicial para que la sociedad pudiera participar en dichas modificaciones estructurales²⁹². Dicho requisito de procesabilidad suponía en el caso de un convenio concursal, imponer la duplicidad de la exigencia de contar con aprobación judicial para someter a la sociedad concursada a un proceso de fusión o escisión y con la aprobación judicial del convenio. Tal como lo manifestó la doctrina en su momento, esta duplicidad resultaba innecesaria, y debía entenderse que el requisito de la LRSL se encontraba ya implícito en la exigencia de contar con aprobación judicial del convenio. La LME derogó el citado artículo 94, zanjando esta cuestión. Pero esta derogación no consideró al artículo 227.3 de la RRM, mediante el cual, como se dijo en su momento, la posibilidad de someter a una fusión o escisión, respecto de una sociedad concursada, se había extendido a todas las figuras societarias. Tras la derogación de la base legal de esta norma reglamentaria, ella debe entenderse derogada tácitamente, estableciéndose un sólo y único criterio respecto de todas las sociedades de capital²⁹³. Con todo, la exigencia concursal de contar con la aprobación judicial del convenio concursal acordado entre el concursado y la colectividad crediticia, conforme a la Ley Concursal, debiera ser suficiente cumplimiento, en caso de controversia, sobre una supuesta vigencia de la exigencia del artículo 227.3 del RRM.

El convenio con modificación estructural se agota en el cumplimiento de ésta. El convenio deberá entenderse cumplido una vez que se cumpla y produzca sus efectos corporativos y patrimoniales la restructuración societaria traslativa, sin perjuicio de que el convenio contenga otras disposiciones, como las esperas y/o quita acordadas. Pero también podemos traer a colación, en este momento, la prevención contenida en el artículo 176.1.4º de la LC, que dispone la conclusión del concurso, en cualquier estado del procedimiento, cuando se compruebe que ya no existe la situación de insolvencia. En este caso la conclusión del concurso opera aunque los acreedores no hayan sido satisfechos de sus créditos, como ocurriría a consecuencia de que la sociedad concursada haya sido sometida a una fusión u otra operación de transmisión a título universal, sea como adquirente o transmitente de su patrimonio y, por ende, de su pasivo, si la sociedad resultante o adquirente sea valorada como

²⁹² La LSRL no precisaba, al momento de imponer esa exigencia, la posición que la sociedad en concurso debía ocupar en el procedimiento de modificación estructural.

²⁹³ VILATA (2012), págs. 176-177.

solvente, previo informe favorable de la administración concursal, y sin perjuicio del derecho de oposición a la conclusión (*ex* 176.2 LC).

Así, desplegado sus efectos la operación societaria, el convenio de modificación estructural produciría dicha consecuencia²⁹⁴. No obstante también se ha considerado que si la sociedad concursada se extinguió como consecuencia de la modificación estructural, respecto de la espera acordada en el mismo convenio sería aplicable la subrogación procesal respecto del adquirente respecto de la posición de la sociedad concursada, en virtud de la sucesión universal de las relaciones activas y pasivas de la transmitente²⁹⁵. Estimados que la redacción del artículo 164.1.4º de la LC, dada por la LRCL, que refuerza la posibilidad de realizar modificaciones estructurales durante el concurso, lleva a entender la conclusión del concurso, asumiendo la adquirente la calidad de deudora sobre los créditos de la concursada. Aquella podrá entrar en concurso sólo si concurren con relación a ella los presupuestos de insolvencia que exige la LC, independiente del concurso que afectó a la sociedad concursada que se extingue. Lo mismo se aplicable, *mutatis mutandi*, en caso de segregación o transmisión de unidades económicas deficitarias, con continuidad de la sociedad concursada sobrevinida solvente.

Por otra parte, el incumplimiento del convenio con modificación estructural se produciría por no aprobarse por las juntas de socios o accionistas el proyecto de fusión, escisión o cesión global de activo o pasivo. Ello hará desaparecer la eficacia normativa del convenio *ex* artículo 136 de la LC (art. 140.1 LC), determinará la apertura de oficio de la fase de liquidación, una vez declarado judicialmente el incumplimiento del convenio, por resolución firme (art. 143.1.5 LC) y la apertura de la pieza de calificación del concurso.

Pero qué sucede si el incumplimiento se da respecto de las quitas o esperadas acordadas, o respecto de otros contenidos del convenio. Ello producirá igualmente una hipótesis de incumplimiento del convenio con las consecuencias antes anotadas, pero no afectaría la modificación estructural inscrita (arts. 47 LME). Distinto sería el caso si se tratase de la declaración de nulidad de la modificación estructural.

Ahora bien, no todo incumplimiento del convenio con modificación estructural producirá como efecto la apertura de la liquidación, pues si dicha operación ha desplegado sus efectos

²⁹⁴ CABANAS (2013), p. 100.

²⁹⁵ ARANGUREN (2013), p. 435.

y junto a la transmisión patrimonial se ha producido también la extinción de la sociedad concursada, no procederá la apertura de la fase de liquidación del concurso. Como hemos señalado, la sociedad absorbente asumirá la calidad de deudora de los créditos de la concursada extinta y sus acreedores deberán dirigirse en contra de aquella. Cosa distinta es la apertura de un concurso respecto de la sociedad asuntora si hubiera caído en insolvencia.

3.5. Cuestiones referentes a contratos, fiscalidad y libre competencia

3.5.1. Situación de los contratos vigentes, especialmente los de carácter laboral

La ausencia de criterios normativos que permitan resolver casos particulares dentro de la transmisión universal respecto de ciertos elementos patrimoniales, sin desnaturalizar su esencia, es especialmente relevante contratos en ejecución afectados en su contenido por la propia transmisión o por la existencia de cláusulas limitativas o restrictivas de la transmisibilidad de acciones o participaciones sociales. Más aún si se considera que la regla de hecho en operaciones de modificación estructural es que una de las sociedades involucradas en la operación se extinga, transmitiendo su patrimonio a la sociedad adquirente.

Por otra parte, como se adelantó, la transmisión en globo y la continuidad de la actividad empresarial permiten que no se devenguen pasivo y opere la subrogación a favor del adquirente en los contratos suscritos. Lo anterior es especialmente sensible respecto de contratos estratégica o económicamente relevantes para las empresas involucradas, como, por ejemplo, lo pueden ser los contratos de arrendamiento financiero o las concesiones administrativas en el caso de los *slot* aeroportuarios.

También es relevante, por cierto, en cuanto a las relaciones laborales. Con carácter general, podemos decir que en los supuestos de sucesión de empresa, de acuerdo al artículo 44 del ET, la sociedad adquirente se subrogará en el conjunto de derechos y obligaciones de la sociedad concursada²⁹⁶. Si la operación de reestructuración no significa la extinción de la

²⁹⁶ En la fusión de Pescanova (PVA) se informó que Fusión no comportaba «ninguna consecuencia sobre el empleo», ni tenía «impacto de género en los órganos de administración ni incide tampoco sobre la responsabilidad social corporativa de PVA», y que conforme a lo previsto en el artículo 44 del ET, «...la operación de Fusión es calificable como un supuesto de "sucesión de empresa"», y por ende, «PVA se subrogará, sin solución de continuidad, en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social de la totalidad de los trabajadores de las Sociedades Absorbidas. Tal

sociedad concursada y, por tanto, sólo hay transmisión parcial de su patrimonio, ella y la adquirente se hacen solidariamente responsables durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieren sido satisfechas²⁹⁷. Ello está en sintonía con las normas comunitarias. La Directiva 2001/23/CE, del Consejo, de 12 de marzo de 2001²⁹⁸, en su artículo 5.1, autoriza a los Estados miembros para establecer un tratamiento especial en caso de traspaso de empresa, 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.

El traspaso, bajo esta normativa comunitaria, supone que el cesionario deba mantener las condiciones de trabajo pactadas en convenios colectivos, en los mismos términos aplicables al cedente, hasta la fecha de extinción o de expiración del convenio colectivo, o de la entrada en vigor o de aplicación de otro convenio colectivo, salvo limitación de dicho período por las legislaciones de los Estados miembros. Se autoriza a que los Estados puedan limitar el período de mantenimiento de las condiciones de trabajo, pero éste no podrá ser inferior a un año (ap. 2 y 3, art. 5, Directiva 2001/237CE).

Una norma similar se presenta respecto de los derechos de los trabajadores en materia de prestaciones de jubilación, invalidez o supervivencia al amparo de regímenes complementarios profesionales o interprofesionales que no serán aplicables fuera de los regímenes legales de Seguridad Social, salvo disposición en contrario por parte de los Estados miembros (ap. 4, art. 5 Directiva 2001/237CE). Con todo, deberán adoptar las medidas necesarias para proteger los intereses de los trabajadores, así como de las personas que hayan dejado ya el centro de actividad del cedente en el momento del traspaso, en lo que se refiere a sus derechos adquiridos, o en curso de adquisición, a prestaciones de jubilación, comprendidas las prestaciones para los supervivientes, con arreglo a los aludidos regímenes complementarios (ap. 5, art. 5 Directiva 2001/237CE).

subrogación supondrá que a los referidos trabajadores les serán reconocidas y mantenidas sus actuales condiciones de trabajo, categoría profesional, salario, antigüedad y demás derechos adquiridos. Asimismo, no se adoptarán medidas laborales respecto de dichos trabajadores como consecuencia de la Fusión» (SJM N° 1 de Pontevedra, núm. 65/2014, de 23.5.2014 [concurso Pescanova; s/ref.]

²⁹⁷ Esto se traducirá en la negativa del FOGASA a efectuar el pago de los salarios e indemnizaciones adeudadas por la cesionaria, y de los cuales es responsable el adquirente.

²⁹⁸ DOUE L 82, de 22.3.2001.

Por su parte, el artículo 4, del texto comunitario citado, señala que el traspaso de una empresa no constituirá en sí mismo un motivo de despido para el cedente o para el cesionario. Esta disposición no impedirá los despidos que puedan producirse por razones económicas, técnicas o de organización que impliquen cambios en el plano del empleo.

Si el contrato de trabajo o la relación laboral se rescinden como consecuencia de que el traspaso ocasiona una modificación substancial de las condiciones de trabajo en perjuicio del trabajador, la rescisión del contrato de trabajo o de la relación laboral se considerará imputable al empresario (ap. 2º, art. 5 Directiva 2001/237CE).

El artículo 31.11º de la LME obliga a consignar en el proyecto común de fusión, *«[L]as posibles consecuencias de la fusión sobre el empleo, así como su eventual impacto de género en los órganos de administración y la incidencia, en su caso, en la responsabilidad social de la empresa»*.

3.5.2. Neutralidad tributaria

Por otro lado, el factor fiscal es un elemento determinante al momento de tomar una decisión de gran envergadura, como lo son los acuerdos de fusión u otras modificaciones estructurales. El tratamiento fiscal parece conveniente a la luz del principio de neutralidad tributaria que consagra, en primer lugar, la Directiva 90/434/CEE, del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros²⁹⁹, y posteriormente, la Directiva 2005/19/CE, de 17 de febrero de 2005³⁰⁰.

Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades³⁰¹, recoge la normativa comunitaria y establece el aludido principio de neutralidad tributaria que se traduce en la ausencia de coste fiscal de los procesos de concentración y reestructuración empresarial contemplados en la ley, dentro de los cuales se consideran las fusiones, escisiones y, también, la aportación no dineraria de ramas de actividad y el canje de valores. En ese sentido, la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, innova en la materia al suprimir el tratamiento fiscal del fondo de comercio de fusión, consecuencia inmediata de la aplicación del régimen de exención en la transmisión de participaciones de origen interno, que hace innecesario el mantenimiento

²⁹⁹ DOUE L 225, de 20.08.1990.

³⁰⁰ DOUE L 58, de 4.3.2005.

³⁰¹ BOE núm. 288, de 28.11.2014. La Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, entró en vigor el 1 de enero de 2015.

de este mecanismo complejo como instrumento para eliminar la doble imposición, simplificando la aplicación del impuesto, eliminando la necesidad de prueba de una tributación en otro contribuyente.

El capítulo VII del título VII de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, establece el régimen tributario especial de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos, canje de valores y cambio de domicilio social de una Sociedad Europea o una Sociedad Cooperativa Europea de un Estado miembro a otro de la Unión Europea.

La no tributación en el ámbito del impuesto sobre sociedades, respecto de la fusión y de las restantes modificaciones estructurales traslativas, deriva de la existencia de motivo económico válido. En el impuesto de sociedades una fusión genera en la entidad transmitente (absorbida) una renta por la diferencia entre el valor normal de mercado de los elementos transmitidos y su valor contable, corregido, en su caso por los ajustes fiscales derivados de la transmisión. Sin embargo, este régimen general, en la práctica constituye la excepción, pues en la mayoría de las ocasiones las sociedades intervinientes en un proceso de fusión buscan acogerse al régimen de diferimiento del pago de los impuestos, que consiste en que no se tribute por la fusión, con la contrapartida de que los elementos recibidos por la sociedad absorbente se realiza con el valor y antigüedad que tenían en la sociedad absorbida. Pues bien, en el impuesto de sociedades el acogimiento del régimen fiscal especial deriva de que con la fusión no tenga como motivo principal el fraude o la evasión fiscal, o se realice por motivos económicos válidos, es decir que con la fusión sólo se pretende conseguir una ventaja fiscal. Por el contrario cuando la causa de la realización de la fusión es meramente fiscal, al margen de cualquier razón económica diferente, no es de aplicación el régimen especial.

En el caso del impuesto sobre el valor añadido dicha neutralidad deriva de que se transmita una unidad económica. El artículo 7 de la ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido³⁰², dispone que la transmisión de un conjunto de elementos corporales y, en su caso, incorporeales que, formando parte del patrimonio empresarial o profesional del sujeto pasivo, constituyan o sean susceptibles de constituir una unidad económica autónoma en el transmitente, capaz de desarrollar una actividad empresarial o

³⁰² BOE núm. 312, de 29.12.1992.

profesional por sus propios medios, no están sujetas al impuesto que regula esa ley (art. 7.1º LIVA).

De acuerdo al Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados³⁰³, las modificaciones estructurales no quedan sujetas al impuesto de transmisiones patrimoniales, actos jurídicos documentados y operaciones societarias. En efecto, en el impuesto de transmisiones patrimoniales se declaran no sujetas, en la modalidad de operaciones societarias, las operaciones de reestructuración, entre las cuales está la fusión. Y por otro lado se declaran exentas en la modalidad de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados las operaciones de fusión (arts. 19.2.1º con relación al art. 21, ambas del TRLITPAJD).

3.5.3. Concentración económica y libre competencia

Conforme al artículo 7.1 del Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, se define la figura de la concentración económica, para efectos de esa ley, como el cambio estable del control de la totalidad o parte de una o varias empresas como consecuencia de fusión de dos o más empresas anteriormente independientes, la adquisición por una empresa del control sobre la totalidad o parte de una o varias empresas, o la creación de una empresa en participación y, en general, la adquisición del control conjunto sobre una o varias empresas, cuando éstas desempeñen de forma permanente las funciones de una entidad económica autónoma. De acuerdo a ello, las operaciones de fusión, escisión o cesión global pueden constituir operaciones de concentración económica. No obstante, el apartado 3, letra d), del mismo articulado, excluye dicha figura a la adquisición de control por una persona en virtud de un mandato conferido por autoridad pública con arreglo a la normativa concursal. De esta manera, las modificaciones estructurales que tienen lugar en el ámbito concursal, sea como contenido de un convenio concursal o dentro de la liquidación concursal, como veremos también, quedan excluidas legalmente como potenciales figuras de concentración económica.

³⁰³ BOE núm. 251, de 20.10.1993.

Lo anterior recoge el criterio establecido por el artículo 3 del Reglamento (CE) 139/2004, del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre control de las concentraciones de empresas³⁰⁴, que junto con definir la concentración en los términos antes señalados, entiende que no se produce una concentración cuando el control lo adquiera una persona en virtud de un mandato conferido por la autoridad pública con arreglo a la normativa de un Estado miembro relativa a la liquidación, quiebra, insolvencia, suspensión de pagos, convenio de acreedores u otro procedimiento análogo (letra b)]; recogiendo la denominada excepción de empresa en crisis (*failing firm defense*), referida a la neutralidad que tienen desde el punto de vista de la libre competencia una operación de fusión o adquisición de una empresa en situación de insolvencia³⁰⁵.

Por último, se debe considerar, también, que las operaciones de reestructuración societarias, como la fusión o la escisión, constituyen instrumentos jurídicos que por sí solos no son suficientes para asegurar la recuperación o conservación de la empresa. Los elementos y análisis económicos son imprescindibles para demostrar la viabilidad del convenio³⁰⁶.

³⁰⁴ DOUE L 24 de 29.01.2004.

³⁰⁵ En: http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/merger_compilation.pdf; también en: http://ec.europa.eu/competition/international/multilateral/ec_submission.pdf.

³⁰⁶ ULHOA (2011), p. 204.

CAPÍTULO III

TRANSMISIÓN DE EMPRESA Y DE UNIDADES PRODUCTIVAS COMO CONTENIDO DE LA LIQUIDACIÓN CONCURSAL

1. LIQUIDACIÓN CONCURSAL

1.1. Finalidad de la liquidación concursal

En su construcción dogmática, la LC parte de la base de que son dos las soluciones al concurso: el convenio y la liquidación³⁰⁷, pero de ellas, tal como expresa su exposición de motivos, «*el convenio es la solución normal*» al mismo³⁰⁸. Esto llevó a entender, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, que la fase de liquidación constituía una fase por defecto con relación a la fase de convenio, por cuanto el procedimiento concursal suponía normalmente una solución en la fase de convenio, y sólo por fracaso de ésta, le seguiría la fase de liquidación³⁰⁹. No obstante, tras más de diez años de vigor de la LC, es claro y evidente que en los hechos, el convenio, como solución normal y preferida formalmente por la legislación, ha cedido su espacio a la liquidación. Ésta se ha convertido, en la práctica, en el camino general de solución de los procedimientos concursales. La mayor parte de los concursos se concluyen a instancias de una liquidación, no sólo por la ausencia de propuestas de convenio, sino porque al ser sometidos al parecer de los acreedores, cuando los hay, son rechazados, o bien porque siendo aprobados finalmente resultan imposibles de cumplir³¹⁰. De esta realidad ha dado cuenta la propia LC a través de sus reformas³¹¹.

³⁰⁷ La exposición de motivos de la LC señala: «*Las soluciones del concurso previstas en la ley son el convenio y la liquidación para cuya respectiva tramitación se articulan específicas fases en el procedimiento*» (EM. VI, i).

³⁰⁸ Se expresa que «*[e]l convenio es la solución normal del concurso, que la ley fomenta con una serie de medidas, orientadas a alcanzar la satisfacción de los acreedores a través del acuerdo contenido en un negocio jurídico en el que la autonomía de la voluntad de las partes goza de una gran amplitud*» (EM, VI, ii).

³⁰⁹ Sobre este punto podemos citar, *v. gr.*, a DÍAZ (2006b).

También, una sentencia de la AP de Pontevedra, del año 2010, da cuenta de este parecer: «*[e]s lugar común afirmar que la nueva ley opta claramente a favor de la solución negociada (así la EM afirma que el convenio es la solución normal, que la ley fomenta); este fomento tiene lugar con medidas como la posibilidad de presentar propuesta anticipada de convenio, menor rigidez en las mayorías, o con la posibilidad de presentar propuestas de convenio alternativas, afirmándose que el convenio es la solución normal del concurso de acreedores. La solución del convenio tiene un carácter preferente, en tanto que debe abrirse la fase de convenio siempre que el deudor no hubiere solicitado la apertura de la liquidación*» (fund. der. segundo, SAP de Pontevedra [secc. 1ª], núm. 30/2010, de 20.1.2010 [JUR 2010\101768]).

³¹⁰ Según datos recogidos en el *Anuario de Estadística Concursal* del Colegio de Registradores de España, durante el año 2014, sólo 470 procedimientos concursales terminaron en un convenio concursal, de los cuales 9 fueron dentro de un concurso necesario, y de ellos sólo 2 fueron propuestos por los acreedores, y 461 dentro de un concurso voluntario. Por su parte, en el mismo año, 4.224 concursos entraron en fase de liquidación y dentro de este número de concursos: 310 lo hicieron tras la apertura de la fase de convenio; 190 lo hicieron tras la firma de un convenio concursal, y 3.724 lo hicieron directamente luego de finalizada la fase común (REGISTRADORES [2014], 21 y 22).

³¹¹ La exposición de motivos de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal, fundamenta su normativa en el hecho de que «*...la mayor parte de los concursos que se tramitan concluyen con la liquidación de la empresa, el cese de actividades y el despido de los trabajadores. Realidad que tensiona el sistema legal, al que se acude menos y, en*

Lo que podamos decir, por tanto, sobre la liquidación concursal, sus fines y medios, obedece a la importancia práctica y también dogmática que ha ido adquiriendo dentro del esquema de soluciones previstas en la LC. Ello, asimismo, permite visualizar el impacto que pueden tener los cambios legislativos que ha experimentado la liquidación concursal a raíz de las recientes reformas efectuadas por el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, y por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, que iremos considerando el desarrollo de este capítulo.

La finalidad o finalidades que orientan a la liquidación concursal no pueden ser otras que las finalidades del propio concurso. Esto significa que la liquidación debe pretender, en primer lugar, la satisfacción colectiva de los créditos de los acreedores concursales, es decir, las operaciones de liquidación de la masa activa deben buscar la mayor eficiencia y maximización del valor pecuniario del patrimonio en interés del concurso a objeto de obtener el pago más íntegro posible de los créditos de la colectividad crediticia. En segundo término, la liquidación concursal debe también procurar, siempre que sea factible, la conservación de la actividad profesional o empresarial del concursado. Esta conservación no constituye la finalidad primordial y esencial del concurso y éste no se orienta, como en otros modelos jurídicos comparados, al saneamiento de empresas; pero como finalidad instrumental, dicha conservación adquiere una posición preferente cuando a través de ella se satisfacen igualmente o de mejor forma la pretensiones de pago de los acreedores y, a su vez, se evita la destrucción del valor económico de las empresas y de la riqueza, y se permite la conservación de fuentes de trabajo.

Por otra parte, en cuanto a los medios, la liquidación pretende alcanzar esas finalidades, mediante ciertas operaciones de realización o enajenación de la masa activa del concurso, que básicamente son de dos clases: operaciones de liquidación de carácter fragmentario y la venta unitaria de la empresa o de sus unidades productivas. La liquidación concursal de carácter fragmentaria de los bienes y derechos que conforman el activo del concurso consiste en la venta disgregada o separada de cada uno de esos componentes, y se reduce a lo que clásicamente se ha definido como una *monetización del activo*. La venta unitaria, en cambio, acorde con la finalidad de conservación antes mencionada, produce la *liquidación traslativa* de la empresa o de alguna de sus unidades productivas a favor de un tercero. La administración concursal debe considerar todas las formas posibles de liquidación, optando por aquella que

su caso, más tarde que en otros países, habida cuenta del estigma que pesa todavía sobre el concurso, como consecuencia de una concepción histórica y cultural, y sin que se haya conseguido aumentar el grado de satisfacción de los acreedores ordinarios» (apartado I de dicha exposición de motivos).

permita alcanzar de mejor manera las finalidades del concurso, teniendo presente, además, que la liquidación debe tener lugar en el menor tiempo posible, a fin de evitar o disminuir, a lo menos, la depreciación del activo³¹².

Teniendo en cuenta las finalidades que se ha impuesto al concurso y a la liquidación, y la mejor manera de alcanzarlos, la LC ha colocado en un lugar prioritario la enajenación unitaria del conjunto de establecimientos, explotaciones y unidades productivas de la empresa del concursado. La LC obliga a considerar dicha forma de enajenación en todo proceso de liquidación y de manera preferente a otras opciones, si esa alternativa es factible y es la más eficiente para los intereses del concurso. Reflejo de ello son las prevenciones contenidas en los artículos 43, 146 bis, 148 y 149, todos de la LC, que analizaremos luego, y lo expresado en su exposición de motivos:

«(...) la ley procura la conservación de las empresas o unidades productivas de bienes o servicios integradas en la masa, mediante su enajenación como un todo, salvo que resulte más conveniente a los intereses del concurso su división o la realización aislada de todos o alguno de sus elementos componentes, con preferencia a las soluciones que garanticen la continuidad de la empresa» (EM, VII, v).

La preferencia y protagonismo de que goza la venta unitaria, particularmente de unidades productivas, no sólo se encuentra recogidos en un plano teórico normativo, sino que también ha tenido eco de modo muy especial en la *praxis*, como la forma más eficiente de llevar a cabo la liquidación, dadas ciertas condiciones, precisamente porque ella permite obtener un mejor precio de venta que el que se obtiene al vender los bienes que conforman el activo de modo individual o fragmentario, lo que beneficia las expectativas de pago de la colectividad de acreedores, y permite alcanzar la apreciada finalidad de conservación señalada.

Estas consideraciones nos permiten, desde ya, realizar algunas afirmaciones o anticipar algunas conclusiones del desarrollo de este capítulo. En primer lugar, la enajenación singular o fragmentaria de los bienes y derechos del concursado, debiera ocupar, dentro de las operaciones de liquidación concursal, un papel subsidiario frente a la venta unitaria de la empresa o de unidades productivas³¹³.

³¹² CERDÁ y SANCHO (2001), p. 19.

³¹³ FERNÁNDEZ (2012), p. 499.

En segundo término, a diferencia de lo que ha ocurrido con el convenio concursal, y su preferencia en la LC como solución «*normal*» del concurso, la experiencia de los últimos años muestra que la oferta de venta de unidades productivas generó un interesante mercado de oportunidades de adquisición. El atractivo de este mercado ha descansado, por una parte, en la posibilidad de adquirir un *negocio* con características que lo hacen viable económicamente, libre de deudas y cargas, y a un precio menor del que se debiera pagar en condiciones de solvencia por parte de la empresa que las transfiere; y por otro, en lo referente a la persona del adquirente, en el hecho de que la normativa concursal no ha impuesto exigencias al momento de definirlo. Más allá de la condición de las personas especialmente relacionadas con el concursado, indicadas en el artículo 93 de LC, que pueden ver mermadas su situación frente a otros potenciales adquirentes, por la pérdida de su derecho a una transmisión libre de deudas, conforme al artículo 146 bis.4 de la LC, la posición y ventajas de cada adquirente estará dada por las características de su oferta y su idoneidad para hacerse cargo del proyecto empresarial formulado. Como se dijo a propósito del adquirente en el ámbito del convenio concursal, puede estar conformada por una persona física o bien una persona jurídica de cualquier clase, nacional o extranjera, preexistente al concurso o creada *ad hoc* para los efectos de la adquisición, sea que se trate de un tercero totalmente ajeno al concurso (empresario, inversor industrial o inversor financiero), o de uno o más de los acreedores concursales, de cualquier naturaleza (privilegiado, ordinario o subordinado), colectivos de trabajadores o uno o más de los acreedor de la masa, o uno más accionistas de la propia concursada.

Lo observado obliga a poner en tela de juicio las últimas reformas realizadas a la Ley Concursal, por parte del Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, y por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, por el impacto que dichas reformas pueden tener, tanto desde el punto de vista de las finalidades del concurso, como de la venta de unidades productivas. Los efectos adversos o de desincentivo a la venta de unidades productivas que han generado algunas de las nuevas disposiciones incorporadas por esas reformas legales, especialmente por la prevención contenida en el apartado 4 del artículo 149 de la LC, que analizaremos, ha sido ya advertido por la jurisprudencia más reciente. Desde el punto de vista de la exposición de este capítulo, trataremos, por ende, de dar cuenta del *antes* y del *después* que dichas modificaciones han suscitado, a la luz de las finalidades del concursos y las soluciones que éste plantea para alcanzarlos.

1.2. Liquidación unitaria de la empresa o de sus unidades económicas: opción preferente de realización «*siempre que sea factible*»

La Ley Concursal exige considerar la enajenación unitaria del conjunto de establecimientos, explotaciones y unidades productivas de la empresa del concursado en todo proceso de liquidación y dar lugar a ella de manera preferente respecto de otras opciones de realización, siempre que sea factible y resulte ser la alternativa más eficiente para los intereses del concurso (arts. 43, 146 bis, 148 y 149 de la LC)³¹⁴.

1.2.1. Opción preferente en la Ley Concursal: artículos 148 y 149 de la LC

La LC privilegia que el patrimonio del deudor concursado no se liquide de forma disgregada mediante la realización individualizada de cada uno de los elementos que lo componen, sino que, por el contrario, que la liquidación judicial de ese patrimonio se produzca de forma unitaria o, en otras palabras, que se mantenga el patrimonio empresarial o profesional del deudor concursado unido mediante la enajenación en bloque de los bienes que integran la empresa o algunas de sus unidades productivas, tanto si esta enajenación tiene lugar de acuerdo a lo previsto en el plan de liquidación propuesto por la administración concursal y aprobado por el juez (art. 148 LC) o con arreglo a las reglas legales previstas en el artículo 149 de la LC³¹⁵.

Esta orientación, en la que convergen la teoría normativa y la *praxis* concursal, fue una alternativa que algunos autores vislumbraron, incluso, antes de la entrada en vigor de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal³¹⁶, y que también podemos apreciar en el derecho comparado.

El primer párrafo del apartado 1 del artículo 148 de la LC, recoge aquella preferencia por la transmisión unitaria, al indicar que en su informe «...*la administración concursal presentará al juez un plan para la realización de los bienes y derechos integrados en la masa activa del concurso que, siempre que sea factible, deberá contemplar la enajenación unitaria del conjunto de los establecimientos, explotaciones*

³¹⁴ V.gr., señala la jurisprudencia: «*La primera opción (...) del legislador ha sido y es la de venta de unidad productiva tanto en fase común (art. 43 LC), en convenio (100 LC) o en liquidación (149 y 146 bis LC) con afectación de los elementos, contratos, concesiones y deudas que operan en la misma o en cualquier unidad productiva*» (AJM N° 1 de Granada, s/núm., de 16.3.2015, Roj: AJM GR 35/2015 - ECLI:ES:JMGR:2015:35A; fund. der. tercero).

³¹⁵ ALONSO (2010), págs. 570 y 571.

³¹⁶ CERDÁ y SANCHO (2001).

y cualesquiera otras unidades productivas de bienes y servicios del concursado o de algunos de ellos. Si la complejidad del concurso lo justificara el juez, a solicitud de la administración concursal, podrá acordar la prórroga de este plazo por un nuevo período de igual duración».

Podemos puntualizar que durante la tramitación parlamentaria del artículo 148 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, siempre estuvo presente, y así se hizo ver mediante enmiendas a su contenido, la idea de dar preferencia a la enajenación global de la empresa dentro del plan de liquidación. Conforme a ello, se pretendió que el apartado 1 considerara expresamente que el plan de liquidación pudiese referirse a la enajenación total o parcial de la empresa, fijando, además, un plazo para la presentación de ofertas de compra de la empresa, siendo elegidas con carácter preferente aquellas ofertas que garantizaran la continuidad de la empresa y de los puestos de trabajo, así como la mejor satisfacción de los créditos. Parte de esta propuesta está recogida en el artículo 148 de la LC, y parte también en el artículo 149 de la LC³¹⁷.

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 148.1 de la LC, la administración concursal está obligada legalmente, a la hora de elaborar el plan de liquidación, a valorar si es o no factible la enajenación global o parcial de la empresa del concursado. La expresión *«siempre que sea factible»* viene a establecer dicho imperativo y también señala los límites a la prioridad legal por la venta en globo y, por ende, a la conservación o continuidad de la empresa, y pone de manifiesto la prevalencia del interés de los acreedores sobre la conservación de la empresa³¹⁸,

³¹⁷ Grupo parlamentario *Convergència i Unió*, enmienda N° 544 (BOCG, Congreso de los Diputados, núm. A-101-15, de 2.12.2002).

E incluso, diversos grupos parlamentarios propusieron adicionar al apartado 1 del artículo 148, la idea de que el plan de liquidación fuera acompañado de una acreditación del cumplimiento de la normativa vigente sobre transmisión y extinción de empresas (grupo parlamentario Izquierda Unida, enmienda N° 83; grupo parlamentario Vasco, enmienda N° 150; grupo parlamentario Mixto, enmiendas N° 183 y 215; grupo parlamentario Socialista, enmienda N° 356, y grupo parlamentario *Convergència i Unió*, enmienda N° 545. BOCG, Congreso de los Diputados, núm. A-101-15, de 2.12.2002).

³¹⁸ En un reciente auto del Juzgado de lo Mercantil N° 8 de Barcelona (s/núm., de 21.4.2015 [concurso Sedelpack Manipulats, S.L.; Roj: AJM B 88/2015 - ECLI:ES:JMB:2015:88A]), la juez del concurso acuerda no aceptar la oferta de compra de una unidad productiva, *«...por no ajustarse a las previsiones legales y por no ser beneficiosa para los intereses del concurso...»*. La oferta incluía la subrogación de doce de los dieciséis trabajadores de la empresa, con la antigüedad, salario y demás condiciones laborales vigentes; más el pago, respecto de todos los trabajadores, de las mensualidades que se adeudaban y que no estaban cubiertas por el FOGASA, el pago de las cuotas de la Seguridad Social de los trabajadores que se subrogaban, y la subrogación por parte del adquirente en el contrato de arrendamiento suscrito por la concursada relativa a la nave industrial sita en el polígono industrial *Can Barri*, de *Bigues i Riells*, Barcelona, y la adquisición de la maquinaria, mobiliario y demás que se detalla en anexo, más una suma de dinero en concepto de precio de la adquisición.

A pesar de ello, la juez del concurso considera que ello no beneficiaba los intereses del concurso ni se ajusta a las normas legales vigentes, especialmente los artículos 146 bis y 149 de la LC. En el primer aspecto, el tribunal estima que no se estaría pagando de manera significativa el pasivo del concurso, teniendo en cuenta que el ingreso en efectivo por la compra era sólo de 4.000 euros, mientras que el pasivo ascendía a 1.628.081 euros,

exigiendo a la administración concursal a justificar en el plan las razones del por qué contempla o no la liquidación unitaria, total o parcial, de la empresa del concursado.

La Ley Concursal, sin embargo, no ha instaurado un criterio objetivo y único para dirimir este tema, ni ha establecido una definición de este *standard* de empresa conservable³¹⁹. Se trata de una cuestión de hecho, que plantea cierto nivel de discrecionalidad, en primer término, de parte de la propia administración concursal, y luego, del juez del concurso, al momento de dilucidar si la liquidación unitaria de la empresa del concursado es factible y la alternativa más beneficiosa para el interés del concurso, y que debe considerar las alegaciones de los interesados llamados a manifestar sus observaciones o proponer modificaciones. Y si bien no existen elementos estrictamente jurídicos para orientar la balanza en uno u otro sentido, si se opta por una liquidación unitaria o fragmentaria, la decisión en este sentido no puede ser tomada de modo arbitrario. En ello confluyen elementos de carácter económico y comercial para orientar y justificar una decisión de tal naturaleza, particularmente, la rentabilidad de la operación, la conveniencia y oportunidad de la misma, entre otras³²⁰, y

más créditos contra la masa por 134.581 euros, y por considerar, además, que «...*el inmovilizado material que se transmite con la venta está valorado en 208.378,69 euros*» y «*el ingreso en efectivo solo asciende a 4.000 euros*».

Finalmente, analizando la viabilidad del proyecto, se considera que «...*no constan datos que nos hagan ver que la empresa adquirente esté en condiciones de atender los créditos que tras la transmisión se generen puesto que es una empresa constituida en diciembre de 2014 con un capital social de 3.000 euros y carece de actividad alguna*», sin que conste «*un plan de negocio en el que se observe cómo pretende mantener la actividad de la entidad en concurso y atender los gastos que ellos genera. Tampoco se aportado acuerdo alcanzado con la TGSS para el pago fraccionado de las cuotas adeudadas*» (fund. der. segundo).

³¹⁹ MORILLAS (2004), p. 410, 412 y 413. Además, como precisa la autora, debe considerarse que el diagnóstico acerca de la viabilidad de la empresa en situación de insolvencia no puede ser efectuado de la misma manera que puede llevarse a cabo respecto de empresas no declaradas en concurso o solventes, debiéndose ponderar en forma realista y razonable la posición de la empresa en su entorno competitivo, la predisposición de los trabajadores y de sus representantes y del resto de los acreedores para buscar una solución en este escenario de insolvencia, entre otros extremos, dentro de un plazo razonable.

³²⁰ En el auto de la Audiencia Provincial de Madrid (secc. 28ª), núm. 106/2010, de 16.7.2010 (concurso Fórum Filatélico, S.A.; AC 2010, 1283), que se pronuncia sobre el recurso de apelación interpuesto en contra del auto del Juzgado Mercantil N° 7 de Madrid, de 15.01.2009 (autos 209/2006), que aprueba con modificaciones el plan de liquidación presentado por la administración concursal, y que preveía la venta unitaria de los activos de la concursada, dicha Audiencia Provincial considera, entre otros aspectos, que: «*[c]iertamente, la Ley Concursal, dando cabida a una inveterada aspiración de la doctrina concursalista, prioriza la opción de la enajenación de la empresa como un todo o, al menos, de las unidades productivas (esto es, con entidad suficiente para su aprovechamiento empresarial independiente) que la integran, habida cuenta el valor añadido que ello entraña y como medio para hacer posible la continuación de la actividad empresarial, con todos los beneficios que esto último comporta*».

En cuanto al alcance de esa prioridad, destaca que ella «... *aparece condicionado a que "sea factible", como indica el artículo 148.1 de la Ley Concursal, precepto que, sin embargo, ninguna pauta facilita para apreciar la factibilidad de la operación. De esta manera, la cuestión se sitúa en el terreno de la discrecionalidad (que no arbitrariedad) de la administración concursal y, en último término, del juez del concurso, lo que comporta un deber de motivación de la decisión que se tome y la validación de las razones aducidas desde la perspectiva del mayor beneficio para los intereses del concurso. En este sentido, resulta estéril exigir, como hace la recurrente, que la decisión de no proceder a la enajenación de la empresa en bloque o de las unidades productivas que la integran se funde en argumentos jurídicos; los parámetros de la decisión (rentabilidad, conveniencia, oportunidad, en ocasiones con un fuerte componente prospectivo) corresponden a otro plano, por supuesto dentro del pleno respeto al ordenamiento jurídico. Así las cosas, las razones ofrecidas por el juez del concurso en su resolución para considerar que no resulta factible en el sentido apuntado*

también el interés o finalidad de conservación de la empresa que subyace en la norma, que atiende al mantenimiento de los puestos de trabajo, de manera que si ello es posible y permite la más óptima satisfacción de los acreedores, no existiría una justificación para apartarse de esta opción de liquidación³²¹.

La mejor satisfacción de los créditos, y la justificación de una venta de los bienes como unidad productiva, debe considerar, por tanto, una doble dimensión del problema: *i*) una dimensión positiva, dada por las expectativas de precio a obtener³²², y *ii*) por una dimensión negativa expresada en la reducción del pasivo y, por ende, en la mejora de las expectativas de pago a los acreedores ordinarios.

En ese último aspecto, se deberá ponderar adecuadamente el impacto que pudieran tener en el concurso aquellas ofertas que permitan disminuir los créditos contra la masa como consecuencia, por ejemplo, de la subrogación de contratos de trabajadores, de la satisfacción de los créditos laborales por el FOGASA, de la subrogación en contratos pendientes que puedan tener incidencia en créditos con privilegio especial, o los posibles acuerdos que el adquirente pueda alcanzar con el titular de dichos créditos.

Esta prioridad legal a favor de una transmisión unitaria exige que estemos ante una unidad o rama de la producción que revista ciertas características que permitan apreciar en ella una unidad productiva, tal como la doctrina y la jurisprudencia han ido puntualizando³²³. Este

la enajenación unitaria propugnada por la parte recurrente (...) son perfectamente atendibles, sin que se descubran motivos para contradecirlas ni se hayan aportado elementos de juicio objetivos y constatables que corroboren el parecer en contrario de la parte recurrente» (fund. der. cuarto).

También, en este punto, resulta especialmente relevante las consideraciones expuestas en el AJM N° 1 de Donostia – San Sebastián, s/núm., de 3.6.2014 (concurso Fagor; s/ref.). El fundamento de derecho cuarto del auto expresa, en uno de sus párrafos: «[L]a Ley Concursal no proporciona los criterios a tener en cuenta por la administración concursal para analizar si es factible o no la enajenación unitaria de toda la empresa o de alguno de sus establecimientos o unidades productivas o si es preferible la enajenación individual de cada uno de sus activos; ello es comprensible desde el momento en que la Exposición de Motivos de la norma ya pretende conferir a las operaciones de liquidación un grado evidente de flexibilidad. Ello no implica que la administración concursal pueda elegir a su capricho la alternativa de realización, sino que deberá incluir en su plan un análisis y evaluación de las ventajas e inconvenientes de optar por la venta global y la justificación, en su caso, de optar por la realización individualizada, a pesar de ser la otra la forma de enajenación que la L.C. consagra como preferente. La decisión entre una u otra alternativa exigirá, por lo tanto, de la administración concursal juicios de oportunidad económica en función de las características y circunstancias de la actividad y del patrimonio de la concursada, teniendo en cuenta la viabilidad que pueda tener la actividad y su efecto laboral. Aparte de ello, siendo un criterio a tener en cuenta la conservación de la empresa, no debe de olvidarse que la decisión de la venta unitaria de la empresa vendrá determinada por la circunstancia de que el precio que pueda obtenerse con la venta del conjunto sea superior por su mayor valor que el que resulte de la venta de cada uno de sus elementos, lo que dependerá del tipo de negocio y activos del concursado».

³²¹ SIERRA (2011), p. 56.

³²² El valor de una empresa o de una unidad productiva no se limita el valor aislado de los bienes que lo conforman. El mercado valora positivamente el potencial que se conserva para la generación de riqueza (ULHOA [2011], p. 481).

³²³ *Vid supra*, p. 29 y ss.

presupuesto, que debe estar presente tanto en el plan de liquidación que proponga la venta de unidades productivas, como en la liquidación que tenga lugar conforme al artículo 149.1.1^a de la LC, exige que los bienes se presenten organizados y que el deudor no haya cesado en su actividad. Excluida la continuidad de la empresa y extinguidos los contratos de trabajo, por ejemplo, no está llamada a regir con imperatividad la regla de la venta unitaria, según ha precisado la jurisprudencia³²⁴.

Tras el examen y ponderación de todos estos elementos, la administración concursal podría conducir la liquidación por el camino de la realización fragmentaria si concluye que la enajenación unitaria no es viable por el estado de la empresa. Es decir, el plan para la realización de los bienes y derechos integrados en la masa activa propuesto por esta administración concursal no debiera optar la enajenación unitaria de la empresa o de sus unidades productivas si concluye la inviabilidad económica de esta alternativa, por los motivos que debe exponer, debiendo optar por llevar a cabo la realización de los elementos que componen sus activos de forma separada, según su naturaleza³²⁵.

Con ello queremos poner de manifiesto la preferencia del Derecho concursal por la transmisión de la empresa o de sus unidades productivas en lugar de realizar los bienes en forma aislada o fragmentaria, pero también pone de relieve que ello debe acaecer sin menoscabo del interés de los acreedores a obtener el pago de sus créditos en la forma más completa posible, lo que constituye la finalidad del concurso³²⁶.

³²⁴ Auto de la AP de Barcelona (secc. 15^o), núm. 196/2006, de 1.6.2006 (concurso Industria Apparechiatura Refrigerante Ibérica S.A.; JUR 2009, 176530): «Es cierto que, excluida la continuidad de la empresa y extinguidos los contratos de trabajo, no está llamada a regir con imperatividad la regla de venta unitaria del art. 148.1 ni la supletoria establecida por el artículo 149.3 de la LC, que da preferencia a aquellas ofertas de compra que "garanticen la continuidad de la empresa o en su caso de las unidades productivas, y de los puestos de trabajo", principios que la norma concilia con "la mejor satisfacción de los créditos de los acreedores", y que justificarían el Plan Social» (fund. der. cuarto).

³²⁵ El AAP de Cáceres (secc. 1^a), núm. 51/2007, de 14.3.2007 (concurso Waechtersbach Española, S.A.; JUR 2007\264697), nos permite conocer el contenido de un plan de liquidación propuesto ante el Juzgado de Primera Instancia N^o 4 de Cáceres, en el que la administración concursal excluye la posibilidad de realizar una venta de los bienes de la concursada como unidad productiva, basado en que: «[l]a actividad desarrollada por la Mercantil Waechtersbach Española, S.A. se encontraba ubicada dentro del sector de la fabricación de productos cerámicos, sector cuya competencia resulta muy agresiva, estando en el mercado español en franco retroceso, como ya se explicó, en el informe preceptivo que esta administración concursal presentó al Juzgado», y que: «[p]or ello es muy improbable que una empresa nacional quiera hacerse cargo de todos los activos de la concursada para continuar con la actividad, de cualquier modo ante un escenario de este tipo el precio de enajenación resultaría muy inferior, que si se procediese a la venta por lotes o grupos de activos». Y de acuerdo a ello, la administración concursal propone, según recoge dicho auto, que: «[e]l plan para la realización de los bienes y derechos integrados en la masa activa propuesto por esta administración concursal pasaría, no por la enajenación unitaria del conjunto de las unidades productivas que posee la empresa, pues realmente resultaría casi irrealizable esta posibilidad si se tiene en cuenta la inviabilidad de la empresa por los motivos explicados anteriormente, sino por llevar a cabo la realización de los elementos que componen sus activos de forma separada, según su naturaleza y siguiendo las pautas que se proponen a continuación».

³²⁶ BELTRÁN (2006), p. 2372.

1.2.2. Opción preferente de liquidación en las reglas supletorias de liquidación (art. 149.1.1ª LC)

Por su parte, el párrafo primero de la regla 1ª del artículo 149.1 de la LC, dispone que «*[e]l conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes o de servicios pertenecientes al deudor se enajenará como un todo, salvo que, previo informe de la administración concursal, el juez estime más conveniente para los intereses del concurso su previa división o la realización aislada de todos los elementos componentes o sólo de algunos de ellos*». De esta manera, mantiene el criterio de dar prioridad a la liquidación unitaria de los bienes del concursado sobre la liquidación fragmentaria de los mismos, en caso de no aprobarse un plan de liquidación o en lo que aquel no hubiere previsto.

En su construcción, el artículo 149 de la LC es heredero de los proyectos y anteproyectos que precedieron a la LC, como el artículo 57 del Anteproyecto de 1959 de Ley de Concurso de Acreedores; el artículo 273 del Anteproyecto de 1983 de Ley Concursal; el artículo 189 de la Propuesta de Anteproyecto de 1995 de Ley Concursal, y el artículo 148 del Anteproyecto de 2000 de Ley Concursal, redactado por la Sección Especial para la Reforma Concursal de la Comisión General de la Codificación y del Anteproyecto de 2001 de Ley Concursal del Consejo General del Poder Judicial, en los cuales se expresa esa preferencia por la liquidación unitaria, aunque restringida generalmente al ámbito de las reglas legales supletorias. Su extensión, como vimos, al artículo 148 de la LC, fue producto de enmiendas durante la tramitación parlamentaria de la propia Ley Concursal.

De acuerdo al artículo 149.1.1ª de la LC, aún en el caso de estar ante una unidad productiva, y ser factible su venta, es posible que el juez del concurso estime, previo informe de la administración concursal, «*más conveniente para los intereses del concurso su división y la realización aislada de todos los elementos componentes o sólo de algunos de ellos*» (art. 149.1.1ª LC; EM, VII, v). Como hemos señalado, la opción prioritaria por la liquidación unitaria de los bienes del concursado, debería ceder frente al interés primordial y preferente del concurso de pago a los acreedores. En efecto, la venta de empresa o de una unidad productiva es un medio de realización dentro de la liquidación concursal, de los bienes y derechos de contenido

Recientemente, *v.gr.*, AJM N° 8 de Barcelona, s/núm. de 21.4.2015 (Concurso Sedelpack Manipulats, S.L.; Roj: AJM B 88/2015 - ECLI:ES:JMB:2015:88A), que, en atención a las recientes modificaciones de la Ley Concursal, confirma que «*[l]a venta de la unidad productiva es la opción preferente del legislador concursal en cualquier estado del procedimiento concursal, y especialmente si estamos en fase de liquidación, como puede comprobarse si atendemos a las Exposiciones de Motivos del RDLey 4/2014, del RDLey 11/2014 y no solo para la propia empresa concursada sino también para la sociedad en general, al evitar la destrucción del tejido empresarial y de puestos de trabajo*» (fund. der. segundo).

patrimonial del deudor concursado, y una alternativa a la enajenación individualizada o por lotes de los distintos elementos de la masa activa, por el beneficio generalizado que produce la continuidad de la empresa, en la medida que contribuye a conservar total o parcialmente los puestos de trabajo, evitando de paso mayores gastos para la masa derivados de la extinción de los contratos de trabajo, y además genera riqueza al seguir operando la empresa en el mercado³²⁷. Pero eso significa que sólo si resulta factible y a la vez conveniente para el interés del concurso, se deberá proceder a la venta conjunta de los bienes, derechos y servicios del concursado³²⁸. Dicha conveniencia estará dada, como se dijo, por la consideración de factores como el precio de compra, el aumento o generación de nuevos pasivos contra la masa, la disminución del pasivo en virtud de la subrogación en los contratos, la continuidad de la actividad empresarial del concursado y la conservación de puestos de trabajo.

³²⁷ Una de las resoluciones judiciales que muy tempranamente considera estos elementos es el AAP de Barcelona (secc. 15ª), núm. 391/2007, de 29.11.2007 (Concurso de Llamas, S.L.U.; JUR 2008\127523), que conoce de una apelación deducida por la TGSS en contra del auto del Juzgado de lo Mercantil N° 2 de Barcelona (núm. 131/07, de 26.04.2007), que aprueba el plan de liquidación y la venta de una unidad productiva de la concursada Llamas, S.L.U. Sobre la venta, la Audiencia Provincial de Barcelona expresa, dentro fundamento de derecho segundo, que: «[l]a venta de empresa o de una unidad productiva no deja de ser un medio de realización, dentro de la liquidación concursal, de los bienes y derechos de contenido patrimonial del deudor concursado, alternativo a la enajenación individualizada o por lotes de los distintos elementos de la masa activa. De hecho, tal y como se recoge en la exposición de motivos, "la Ley procura la conservación de las empresas o unidades productivas de bienes o servicios integradas en la masa, mediante su enajenación como un todo, salvo que resulte más conveniente a los intereses del concurso su división o la realización aislada de todos o alguno de sus elementos componentes, con preferencia a las soluciones que garanticen la continuidad de la empresa" (EM VII). Es precisamente el beneficio generalizado que produce la continuidad de la empresa, en la medida en que contribuye a conservar total o parcialmente los puestos de trabajo, lo que consiguientemente evita mayores gastos para la masa derivados de la extinción de los contratos de trabajo y genera riqueza al seguir operando empresarialmente en el mercado, el que lleva al legislador a favorecer esta forma de realización».

Las consideraciones jurídicas del tribunal de alzada expresan también que: «Primero, el art. 149.1.1ª de la LC, al regular las reglas legales supletorias de la liquidación, antepone claramente la venta de empresa o de unidades productivas a la enajenación aislada o en lotes de los elementos del activo. Y después, el art. 149.2 de la LC regula los efectos de tales ventas de empresa o de unidades de producción...» (la referencia al apartado 2 del artículo 149 de la LC, debe entenderse hecha actualmente, ex Ley 9/2015, de 25 de mayo, al apartado 4 del mismo artículo).

³²⁸ Recientemente, v.gr., AJM N° 8 de Barcelona, s/núm. de 21.4.2015 (concurso Sedelpack Manipulats, S.L.; Roj: AJM B 88/2015 - ECLI:ES:JMB:2015:88A): «[e]n la venta de unidad productiva el juez debe ponderar varios intereses en juego, la continuidad de la actividad, el mantenimiento de los puestos de trabajo y la mejor satisfacción de los créditos de los acreedores, por ellos debe velar el juez por que la contraprestación que se obtenga sea justa de forma que la liquidación en globo de la empresa sea más favorable que la venta por lotes» (fund. der. segundo).

Incluso, como bien ha destacado la doctrina, la jurisprudencia no ha considerado necesario que la administración concursal incluya en el plan de liquidación la valorización de la venta de unidad productiva cuando haya estimado conveniente la realización a través de una venta individualizada de los bienes del concursado (RIPOL [2014], p. 371; recogiendo un auto de la Sección 2ª, de la Audiencia Provincial de Lleida, de 16 de marzo de 2012).

1.3. Preferencia en el derecho comparado

En el plano comparado, tanto en la legislación de otros Estados miembros de la Unión Europea, como Italia o Portugal, como en los nuevos derroteros del Derecho de la insolvencia de países emergentes como Brasil y, más recientemente, Chile, podemos apreciar una opción preferente de realización de la masa activa a través de una liquidación unitaria de la empresa o de sus unidades económicas.

1.3.1. Derecho de los Estados Unidos de Norteamérica

En el ámbito comparado, los objetivos de una enajenación anticipada se presenta también en la posibilidad una venta en una fase previa al procedimiento de insolvencia propiamente tal, como lo permite, en Estados Unidos de Norteamérica, el § 363(b) del *Bankruptcy Code*. El referido § 363, forma parte del subcapítulo IV (*Subchapter IV - Administrative Powers*) del capítulo 3 (*Chapter 3, Case Administration*), del *U.S. Code (Title 11 – Bankruptcy)*. En él se contempla la facultad para que el *trustee* pueda requerir la venta del negocio del deudor de acuerdo a las normas legales aplicables para dicha enajenación, libre de deudas y cargas, por ejemplo, a los propios empleados de la empresa, por razones de necesidad y urgencia, especialmente cuando existe riesgo de un mayor deterioro patrimonial del deudor. Al respecto, uno de los casos da cuenta la aplicación de esta normativa es el caso *Lionel Corp.*, del año 1983 (seguido ante *United States Court of Appeals, Second Circuit*). La discusión se plantea respecto de la posibilidad de venta sobre su unidad productiva perteneciente a la insolvente *Lionel Corp.*, denominada *Dale*, encargada de la producción de componentes eléctricos, para destinar el precio de la venta al pago de los acreedores, y como parte o condición para alcanzar posteriormente un plan de reorganización. No obstante que *Dale* no era parte del procedimiento concursal de *Lionel* y a pesar de la oposición de los otros propietarios de la misma, que representaban el dieciocho por ciento de la propiedad, se estimó que el juez podía por razones de urgencia y previendo un deterioro patrimonial mayor, autorizar la venta en esta fase previa del procedimiento. De esa manera se autorizaba una venta de una unidad productiva al margen del curso ordinario de enajenación de los activos de la empresa cuando en ellos concurre una buena razón de negocio («*good business reasons*»), en atención al valor de los activos enajenados con relación al valor total de la masa activa, el efecto de la venta para favorecer una reorganización de la empresa en concurso y el evitar una depreciación de los activos de la misma.

En el otro caso, sobre la venta de *Trans World Airlines* (TWA), a *American Airlines* (AA), las cuestiones que se plantean sobre la sucesión empresarial de AA frente las deudas laborales de TWA y la obligación de AA de enfrentar acciones de clase por el incumplimiento de las prestaciones ante los consumidores. Bajo la idea de que la propiedad se transmite «*free and clean*», se libera la adquirente de la responsabilidad por deudas asociadas al activo que adquiere («*interest in such property*»), § 363 [f]), entendiendo que la responsabilidad del adquirente se aplica a aquellas deudas vinculadas con la propiedad o activo mismo que se adquiere, como las hipotecas o, si se quiere, deudas de carácter real y no de tipo personal asociadas al transmitente o cedente³²⁹.

Este modelo de realización fue empleado en el año 2009, con mucha cobertura mediática, por las empresas General Motors y Chrysler, permitiéndoles la venta de sus unidades productivas ante los graves problemas financieros, operativos y estructurales que las habían llevado a solicitar su concurso. La aplicación del mecanismo de venta de activos conforme a la «*363 sale*» o «*section 363 sale*», produjo dentro de la práctica del Derecho concursal de los Estados Unidos de Norteamérica, un efecto equivalente al que en el Derecho español generó la venta de la unidad productiva Cacaolat. La unidad productiva de Chrysler fue vendida al consorcio Nueva Chrysler, conformado por el grupo automotriz Fiat, el propio gobierno norteamericano y el sindicato de trabajadores de esta industria (*United Auto Workers*, UAW), mediante la nada despreciable suma de dos mil millones de dólares y la asunción de ciertas obligaciones de la concursada. La venta de General Motors (GM) consideró especialmente la asunción de un enorme pasivo derivada de deudas de carácter laboral que la empresa mantenía con trabajadores y ex - trabajadores. La venta de GM y Chrysler puso en evidencia las bondades de la sección 363, especialmente la celeridad con que puede llevarse a cabo la enajenación versus los tiempos que implica alcanzar un plan de reorganización *ex Ch. 11* del *Bankruptcy Code*, la flexibilidad para concentrar la venta en determinados activos del concursado que conforma unidades productivas viables económicamente («*cherry picking*»), y las características de una adquisición libre de cargas y gravámenes y sin sucesión de empresa³³⁰.

³²⁹ ADLER (2007), págs. 448 y ss.

³³⁰ BUIL (2012), p. 341.

1.3.2. Derecho inglés

El sistema jurídico anglosajón considera varias figuras de carácter pre-concursal, asociadas cada una de ellas a distintas finalidades: los *schemes of arrangement*, con un objetivo esencialmente de reestructuración de deuda, conforme a la Parte 26 de la *Company Act* de 2006; los *standstill agreements*, los *company voluntary agreements* (CVA) y el procedimiento de *administration*, incorporados en la *Insolvency Act* de 1986. Estos últimos, modificados por la *Enterprise Act* de 2002, permiten colocar a la sociedad deudora en una situación que les permita ser vendidas como empresa en funcionamiento.

Dentro del procedimiento de *administration* han adquirido especial preponderancia práctica los llamados *pre-pack administration*, por medio de los cuales la sociedad en dificultades financieras opta, con el consentimiento de sus acreedores, a un acuerdo para la venta de la empresa o de unidades productivas con la intervención de un experto en insolvencia y, favoreciendo la conservación de la empresa³³¹.

Esta enajenación expedita de la empresa o unidades productivas de la misma opera sobre la base de un acuerdo previo, negociado entre el deudor insolvente y un tercero con carácter previo a la apertura del procedimiento de insolvencia pero que se ejecuta con la apertura de éste³³².

1.3.3. Derecho alemán

El título IV de la Ordenanza de Insolvencia (*Insolvenzordnung*, InsO), contiene las normas sobre la realización de la masa activa del concurso, y particularmente, su capítulo II. En este título se dispone que el administrador de la insolvencia debe informar sobre la situación económica del deudor y sus causas, y también acerca de perspectivas de conservar en todo o en parte la empresa del deudor y las posibilidades de alcanzar un plan de insolvencia, como asimismo, sobre las repercusiones que cada una de estas opciones tendría para la satisfacción de los acreedores (§ 156.I InsO).

Además se dispone que tras la elaboración de ese informe y del plazo concedido al deudor, al comité de acreedores, al comité de empresas y al comité portavoz de empleadores directivos de la empresa, el administrador de la insolvencia debe realizar sin demora el

³³¹ PAYNE (2015), p. 324.

³³² AZOFRA (2012), p. 134.

patrimonio que conforma la masa de la insolvencia, en la medida en que el acuerdo de la junta de acreedores no lo impida (§§ 156.II y 159 InsO).

El administrador de la insolvencia debe contar con la aprobación previa de la comisión de acreedores, o en su caso, a la junta de acreedores, para llevar a cabo la empresa o negocio (§ 16°.II.1] InsO).

1.3.4. Derecho italiano

El Derecho concursal italiano articula distintos instrumentos para realizar el patrimonio del concursado en sede de liquidación, tanto con carácter fragmentario como de manera unitaria. Precisamente, en cuanto a la venta de unidades productivas, se considera dos alternativas de liquidación: *i*) la venta de la empresa o unidades productivas conforme al procedimiento contemplado en la propia *Legge Fallimentare* (arts. 105.III-IV, en concordancia con el art. 107, todos de la LF), articulado con las normas previstas al respecto en el *Codice Civile* (arts. 2556 y ss.), y *ii*) la cesión agregada (art. 104 ter.II.d], 105.V y VII, en concordancia con el art. 105.IX, todos de la LF).

La *Legge Fallimentare* italiana, dentro del título del *fallimento*, contempla un capítulo destinado a regular la continuidad provisional del giro empresarial y la liquidación del activo (*Capo VI - Dell'esercizio provvisorio e della liquidazione dell'attivo*), que a su vez contiene dos secciones: una, con disposiciones de carácter general (*Sez. I - Disposizione generali*, [arts. 104, 104 bis y 104 ter]), y otra, sobre la venta del activo (*Sez. II - Della vendita dei beni* [arts. 105 a 109]). De esta manera se regula la liquidación del activo conforme a un plan o programa de liquidación propuesto por el síndico, en el que deben señalarse las modalidades y los plazos previstos para la realización del activo, considerando especialmente las posibilidades de efectuar una venta unitaria de la empresa o de algunas de sus ramas productivas. En el procedimiento de liquidación el curador (símil de la administración concursal, en la LC), designado por el juez delegado y asume la administración del patrimonio del concursado (arts. 27 y ss. LF), es el encargado de hacer el inventario del activo y pasivo del deudor y de presentar un programa de liquidación (art. 104 ter.I LF; plan de liquidación, en la LC).

Este programa, que debe contener una propuesta de liquidación del activo, indicándola forma de realización y las operaciones que tendrán lugar en él, es sometido a la aprobación de un comité de acreedores. Una vez aprobado, el curador podrá llevar a cabo el programa. Por

excepción, en casos en que el retraso pudiera ocasionar retraso se autorizar una ejecución del programa sin contar con dicha aprobación. La venta de la empresa o sus ramas empresariales debe ser la primera opción de realización dentro de este programa de liquidación, a menos que ello no permita una mayor satisfacción de los acreedores que la que ofrezca una liquidación fragmentaria (art. 105 LF). La venta de la empresa conlleva la subrogación del adquirente en los contratos que resulten necesarios para la continuidad de la actividad de la empresa, que no sean de carácter personal o que se haya acordado su no transmisión.

El artículo 105.I de la LF, por su parte, prioriza la venta de la empresa o rama de la misma de modo unitario, cuando ello permite la mayor satisfacción de los créditos de la colectividad crediticia, priorizando, por tanto, esta forma de liquidación en función de la finalidad de pago (*I. La liquidazione dei singoli beni ai sensi degli articoli seguenti del presente capo è disposta quando risulta prevedibile che la vendita dell'intero complesso aziendale, di suoi rami, di beni o rapporti giuridici individuabili in blocco non consenta una maggiore soddisfazione dei creditori*).

La cesión agregada, incorporada en la LF el año 2006 (Decreto Ley 9/2006), hace más flexible y expedita la venta de la empresa o unidades productivas en la liquidación (arts. 104 ter.II LF, 105.V y VII, en concordancia con el art. 105.IX, ambos de la LF). El artículo 104 ter de la LF previene con respecto al plan de liquidación, que «*[i]l programma costituisce l'atto di pianificazione e di indirizzo in ordine alle modalità e ai termini previsti per la realizzazione dell'attivo, e deve specificare: (...) d) le possibilità di cessione unitaria dell'azienda, di singoli rami, di beni o di rapporti giuridici individuabili in blocco*» (art. 104 ter.II, d], LF). Para ello se faculta al curador para autorizar al adquirente la asunción del pasivo sin contar con el consentimiento de los acreedores, respecto de los contratos y deudas comprendidas en la unidad productiva adquirida, mediante una transmisión global del patrimonio, pero limitada a los activos y pasivos que el adquirente asume. La magnitud de la subrogación del adquirente en los créditos concursales determinará, en los hechos, el precio final de adquisición.

1.3.5. Derecho portugués y brasileño

Por su parte, el *Código da Insolvência e da Recuperação da Empresas* de Portugal, en su artículo 162.1, considera, en primer lugar, que la empresa comprendida en la masa activa debe ser enajenada como un todo, a menos que no se formule una propuesta satisfactoria en tal sentido o se reconozcan las ventajas en una liquidación o transferencia separa de alguna de sus partes, al disponer: «*Alienação da empresa. 1 - A empresa compreendida na massa insolvente é*

alienada como um todo, a não ser que não haja proposta satisfatória ou se reconbeça vantagem na liquidação ou na alienação separada de certas partes» (art. 162.1 CIRE).

El *Código da Insolvência e da Recuperação da Empresas* impone, además, de modo expreso, al administrador de la insolvencia el deber de realizar inmediatamente, una vez asumido en sus funciones, las diligencias tendientes a la enajenación de la empresa o establecimiento del deudor: «2. *Iniciadas as suas funções, o administrador da insolvência efectua imediatamente diligências para a alienação da empresa do devedor ou dos seus estabelecimentos» (art. 162.2 CIRE).*

Esta es la opción preferente, también, en el procedimiento de liquidación previsto en la legislación brasileña (LFR), por presumirse por parte del legislador que la opción de una venta de la empresa como un todo o de alguna de sus unidades productivas, es la que puede generar más recursos para la masa³³³. En particular, en cuanto a la venta de unidades productivas, el objetivo tenido a la vista para establecer esta preferencia ha sido principalmente el evitar una ruptura en el proceso productivo de bienes o servicios y afectar negativamente en la continuidad del negocio³³⁴.

El artículo 140 de la LFR prevé expresamente un orden de preferencia en la forma en que deben ser realizado los bienes del deudor; en primer lugar, la venta de la empresa como un todo, y en segundo lugar, la venta de unidades económicas, y sólo posteriormente, en tercer y cuarto lugar, respectivamente, la venta de bienes en bloque o lotes, que no constituyan unidades económicas, y la venta fragmentaria de los bienes. El texto, en su tenor, señala: «*A alienação dos bens será realizada de uma das seguintes formas, observada a seguinte ordem de preferência: I – alienação da empresa, com a venda de seus estabelecimentos em bloco; II – alienação da empresa, com a venda de suas filiais ou unidades produtivas isoladamente; III – alienação em bloco dos bens que integram cada um dos estabelecimentos do devedor; IV – alienação dos bens individualmente considerados (...) § 3o A alienação da empresa terá por objeto o conjunto de determinados bens necessários à operação rentável da unidade de produção, que poderá compreender a transferência de contratos específicos» (art. 140 LFR).*

1.3.6. Derecho chileno

La Ley de Insolvencia y Reemprendimiento de Chile, del año 2014, considera, por una parte, con carácter general, en su artículo 208, las fórmulas de realización de los bienes del

³³³ ULHOA (2011), p. 480.

³³⁴ DE MELLADO (2008), p. 191.

concurado, dentro de las cuales considera: «3) *Otra forma distinta de realización de bienes, incluyendo entre ellas la venta como unidad económica establecida en el artículo 217 y las ofertas de compra directa previstas en el párrafo 4 de este Título*». Y con carácter particular, dentro del título referente a la realización de los bienes en el procedimiento de liquidación, se contempla un párrafo dedicado a la venta como unidad económica de los bienes de la empresa en concurso, al que alude aquel artículo 208 (párrafo 3, arts. 217-223 LIR). Ahora bien, para ser rigurosos, la norma que contempla la actual legislación concursal chilena, respecto de la venta de unidades productivas, ya estaba en el artículo 124 de la antigua y derogada Ley de Quiebras N° 18.175, de 1982, modificado en el año 1992 por la Ley N° 19.144. El citado artículo 124 de la Ley de Quiebras, disponía que los acreedores, que reuniesen más de la mitad del total pasivo de la quiebra, podían acordar la enajenación de todo o parte del activo de la misma como un conjunto o unidad económica, en subasta pública y al mejor postor.

La actual normativa concursal chilena prevé la venta de un conjunto de bienes del deudor bajo la modalidad de venta como unidad económica dentro del procedimiento concursal de liquidación a cargo de un liquidador pero en concomitancia con una junta de acreedores integrada por todos aquellos acreedores cuyos créditos estén reconocidos y aquellos a los que se les haya concedido el derecho a votar de conformidad al procedimiento dispuesto en el artículo 218 de la LIR, aunque sus créditos no estén reconocidos, hayan sido o no objetados o impugnados, y a quien le corresponde, conforme al artículo 217 de la LIR, acordar la venta de bienes como unidad económica y fijar las modalidades y condiciones de la misma. El artículo 217 de la LIR dispone que: «*[L]a junta de acreedores podrá acordar vender un conjunto de bienes bajo la modalidad de venta como unidad económica*», indicando que esta modalidad de realización estará sujeta a las siguientes reglas: «*1) El acuerdo deberá incluir los bienes sujetos a la venta, cualquiera sea su naturaleza. En el evento de que se enajenare un conjunto de bienes ubicados en un bien raíz que no sea de propiedad del deudor, se incluirán en la venta los derechos que en dicho inmueble le correspondan, cualquiera sea el tenor de la convención o la naturaleza de los hechos en que se funda la posesión, uso o mera tenencia del inmueble. 2) Asimismo, el acuerdo deberá señalar el precio mínimo de la venta del conjunto de bienes, forma de pago y garantías, sin perjuicio de las demás modalidades y condiciones de la enajenación que se puedan acordar*».

Acordada la enajenación como unidad económica, se suspende el derecho de los acreedores hipotecarios, prendarios y retencionarios para iniciar o proseguir en forma separada las acciones dirigidas a obtener la realización de los bienes que garantizan sus respectivos

créditos y que se encuentren comprendidos dentro de la unidad económica, asignándosele por la misma junta de acreedores la parte del precio de venta que corresponde pagar a cada uno de los acreedores con créditos garantizados, y que no podrá ser inferior al avalúo fiscal o a la valorización que efectúe el liquidador del bien gravado con prenda, salvo aceptación expresa del acreedor hipotecario, prendario o retencionario. Estos acreedores, cuando hubieren votado en contra de la valoración asignada, podrán solicitar al tribunal su rectificación, pudiendo acompañar un informe pericial de tasación del respectivo bien, el cual tendrá presente el tribunal para la determinación final del valor (arts. 218 y 219 LIR). Es decir, el artículo 218 de la LIR viene a regular los efectos del acuerdo de venta como unidad económica; el artículo 219 de la LIR, por su parte, reglamenta la suerte de los bienes sujetos a créditos con privilegio especial (*«bienes hipotecados, prendados o retenidos»*).

Efectuada la venta de la unidad económica, los bienes comprendidos en ella se entenderán constituidos en hipoteca o prenda sin desplazamiento, según su naturaleza, por el sólo ministerio de la ley, para caucionar los saldos insolutos de precio y cualquiera otra obligación que el adquirente haya asumido como consecuencia de la adquisición, salvo que la junta de acreedores, al pronunciarse sobre las bases respectivas, hubiese excluido expresamente determinados bienes de tales gravámenes (art. 220 LIR). Por último, el artículo 221 de la LIR regula los trámites posteriores a la venta.

A pesar de que esta modalidad ha sido valorada en términos muy positivos por la doctrina chilena, su aplicación práctica fue casi nula al alero de la derogada Ley de Quiebras. Se espera que el nuevo escenario normativo contribuya a crear una nueva cultura y práctica acerca de la forma de liquidar las empresas insolventes. Con todo, se destacan en la nueva ley las ventajas de cara al pago de los créditos, la conservación de la unidad productiva, el mantenimiento de las relaciones contractuales del concursado, especialmente de los contratos de trabajo³³⁵.

Precisamente, la venta de unidades productivas ha sido la alternativa de liquidación en el concurso de Distribuidora Rabié, que el liquidador espera materializar ante de fin de 2015, con el acuerdo de la junta de acreedores, sobre la base de ofertas de compra por un valor aproximado de cuarenta millones de dólares. Distribuidora Rabié tiene un pasivo cercano a

³³⁵ CONTADOR (2015), p. 228.

los noventa y dos millones de dólares, y cuenta con más de quinientos trabajadores en sus tres unidades económicas ubicadas en Chillán, Santiago y Antofagasta.

1.4. Oportunidad para la transmisión de la empresa o de las unidades productivas

Las oportunidades procedimentales que presenta la Ley Concursal a la hora de ofrecer una solución al concurso por la vía de la liquidación concursal mediante la transmisión de unidades productivas, no se restringen a la fase del concurso prevista para tales efectos contempla, sino también la posibilidad de una transmisión de dichas unidades durante la fase común del procedimiento. Esto último, en primer término, a partir de un esfuerzo interpretativo realizado de las prevenciones contenidas en el artículo 43 de la LC, iniciado por jueces de lo mercantil y despachos de abogados, y que luego ha sido recogido recientemente por la reforma de la Ley Concursal hecha por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, procedente del Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, sobre medidas urgentes en materia concursal.

1.4.1. Liquidación en la fase común ex artículo 43 de la LC

Hemos tenido ocasión de manifestar que la evidente opción legislativa por el convenio concursal, como modo normal de concluir el concurso, suponía desplazar a un lugar secundario o subsidiario a la liquidación, o por lo menos así debía entenderse desde un punto de vista teórico-normativo, con la entrada en vigor de la Ley Concursal en el año 2004. Pero sin duda el paradigma del convenio concursal, como *la solución* al concurso, ha cedido espacio ante la realidad fáctica, que muestra, entre otras cosas, que la duración de la fase común va más allá de lo deseado respecto de los tiempos previstos en la LC y que la gran mayoría de los concursos concluye con liquidación, y ha debido ceder igualmente ante la propia evolución de las normas concursales y los criterios jurisprudenciales en su interpretación de cara a la situación económica del momento.

En este sentido, es claro también el trabajo legislativo que se ha realizado para dotar al procedimiento concursal de la mayor flexibilidad y celeridad posible, abandonando algunos criterios excesivamente rígidos; algunos de esos esfuerzos con muy buenos resultados prácticos y otros, no tanto. Ejemplo de los primeros, ha sido precisamente la posibilidad de venta de bienes del activo durante la fase común, al alero del artículo 43 de la LC; de los

segundos, tal vez, la opción de una liquidación anticipada que se consagraba en el derogado artículo 142 bis de la LC³³⁶, y recientemente, el que la venta de unidades productivas se considere sucesión de empresa también a efectos de Seguridad Social *ex* artículo 149.4 de la LC, en virtud de la reforma realizada por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, que recepciona las modificaciones efectuadas por el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, cuya aplicación se extiende al artículo 43 de la LC.

a) Evolución normativa del artículo 43 de la LC

El texto original del artículo 43 de la LC era mucho más escueto que el actualmente en vigor, y estaba conformado sólo por tres apartados, cuyo tenor era el siguiente:

1. En el ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre la masa activa, se atenderá a su conservación del modo más conveniente para los intereses del concurso. A tal fin, los administradores concursales podrán solicitar del juzgado el auxilio que estimen necesario.

2. Hasta la aprobación judicial del convenio o la apertura de la liquidación, no se podrán enajenar o gravar los bienes y derechos que integran la masa activa sin autorización del juez.

³³⁶ La Ley Concursal consideró la opción de una liquidación anticipada en su artículo 142 bis, hoy derogado. La posibilidad de un liquidación de esta naturaleza fue incorporada por el Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal, con el objeto, entre otros, de agilizar los trámites procesales, reducir los costes de la tramitación, y mejorar la posición jurídica de los trabajadores de empresas concursadas afectados por procedimientos colectivos. Conforme a la derogada disposición el deudor podía presentar una propuesta anticipada de liquidación para la realización de la masa activa hasta los quince días siguientes a la presentación del informe de la administración concursal previsto en el artículo 75 de la LC. El juez del concurso, teniendo a la vista las consideración las observaciones o propuestas formuladas por la administración concursal y partes personadas y demás interesados, y teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 149 de la LC y los intereses del concurso, podía resolverá rechazar o aprobar la liquidación anticipada, bien en los términos propuestos bien introduciendo modificaciones en la misma.

Atendido que los resultados esperados por el Real Decreto-ley 3/2009, no fueron alcanzados, la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal, derogó el artículo 142 bis de la LC. El fundamento de esta reforma y derogación se encuentra en «*que la solución de la insolvencia no se retrase en el tiempo*», en perjuicio del concursado y sus acreedores «*al minorar el valor de sus bienes de cuya realización depende su cobro, eliminar posibilidades de garantizar su viabilidad y aumentar los costes*». Bajo este predicamento, junto con derogar el artículo 142 bis de la LC, «*se simplifica y agiliza el procedimiento concursal, favoreciendo la anticipación de la liquidación, impulsando y regulando un verdadero procedimiento abreviado y ofreciendo soluciones específicas en la fase común y en el convenio*» (apartado IV de la exposición de motivos de la Ley 38/2011, de 10 de octubre).

3. Se exceptúan de lo dispuesto en el apartado anterior los actos de disposición inherentes a la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor, en los términos establecidos en el artículo siguiente.

El primer apartado viene a establecer como principio, en la conservación y administración de la masa activa, que el ejercicio de las facultades que la ley reconoce a la administración concursal para tal propósito deben ser realizadas del modo que resulte *«más conveniente para los intereses del concurso»*.

En el segundo apartado se instituye una regla de carácter general sobre las facultades de enajenación que se reconocen a la administración concursal durante la fase común, respecto de los bienes y derechos que integran la masa activa: *«no se podrán enajenar o gravar los bienes y derechos que integran la masa activa sin autorización del juez»*. La obtención por parte de la administración concursal de la autorización previa del juez del concurso para llevar a cabo la enajenación de bienes o derechos de la masa, debe conformarse a las prevenciones contenidas en el artículo 188 de la LC, esto es, previo traslado a todas las partes que deban ser oídas respecto de su objeto, por un plazo no inferior a tres días ni superior a diez días³³⁷.

El tercer apartado recogía originalmente una única excepción a la regla antes señalada, permitiendo que la administración concursal pueda llevar a cabo *«...los actos de disposición inherentes a la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor»*, sin contar con la autorización previa del juez del concurso, cuya materialización queda sujeta a los términos establecidos en el artículo 44 de la LC, sobre la continuación del ejercicio de la actividad profesional o empresarial del concursado.

La Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, desarrolla el apartado 3, para incorporar dos nuevas excepciones, que pasan a ocupar los numerales 1º y 2º de ese apartado, quedando el original apartado 3 como numeral 3º. El tenor de las dos nuevas excepciones es el siguiente:

³³⁷ El artículo 188 de la LC, sobre las autorizaciones judiciales, considera:

«1. En los casos en que la ley establezca la necesidad de obtener autorización del juez o los administradores concursales la consideren conveniente, la solicitud se formulará por escrito.

2. De la solicitud presentada se dará traslado a todas las partes que deban ser oídas respecto de su objeto, concediéndoles para alegaciones plazo de igual duración no inferior a tres días ni superior a 10, atendidas la complejidad e importancia de la cuestión. El juez resolverá sobre la solicitud mediante auto dentro de los cinco días siguientes al último vencimiento.

3. Contra el auto que conceda o deniegue la autorización solicitada no cabrá más recurso que el de reposición».

«1.º Los actos de disposición que la administración concursal considere indispensables para garantizar la viabilidad de la empresa o las necesidades de tesorería que exija la continuidad del concurso. Deberá comunicarse inmediatamente al juez del concurso los actos realizados, acompañando la justificación de su necesidad.

2.º Los actos de disposición de bienes que no sean necesarios para la continuidad de la actividad cuando se presenten ofertas que coincidan sustancialmente con el valor que se les haya dado en el inventario. Se entenderá que esa coincidencia es sustancial si en el caso de inmuebles la diferencia es inferior a un diez por ciento y en el caso de muebles de un veinte por ciento, y no constare oferta superior. La administración concursal deberá comunicar inmediatamente al juez del concurso la oferta recibida y la justificación del carácter no necesario de los bienes. La oferta presentada quedará aprobada si en plazo de diez días no se presenta una superior».

Por su parte, más recientemente, el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal, adicionó un párrafo final al artículo 43 de la LC, que viene a reconocer explícitamente la posibilidad venta de unidades productivas durante la fase común del concurso, tal como en la práctica ya se venían realizando con mucho éxito, al disponer que:

«En el caso de transmisión de unidades productivas de bienes o servicios pertenecientes al concursado se estará a lo dispuesto por el artículo 146 bis».

En concordancia con ese nuevo apartado, el Real Decreto-ley 11/2014, incorpora una disposición a la LC, el nuevo artículo 146 bis, que como se le ha denominado, establece un estatuto especial referente a la transmisión de unidades productivas, de aplicación tanto en el ámbito del convenio concursal como en la liquidación, sea que ésta tenga lugar en la fase de liquidación como en la fase común *ex* artículo 43 de la LC. Dentro de las novedades que trae consigo el artículo 146 bis de la LC, en el Real Decreto-ley 11/2014, cuyo contenido analizaremos con mayor detención en el capítulo siguiente, está la prevención contenida en su apartado 4, cuyo tenor prescribía en su creación:

«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».

De esa manera, conforme al nuevo artículo 146 bis, la transmisión de unidades productivas en la fase común debe hacerse libre de deudas. Esta prevención viene a recoger la práctica de las ventas de unidades productivas que tenían lugar, como veremos, al amparo de la interpretación del artículo 43.2 de la LC.

Pero en virtud del artículo 146 bis de la LC, también, las ventas de unidades productivas quedan sujetas a la nueva redacción que se da al artículo 149 de la LC, en su apartado 2, que dispone, conforme al Real Decreto-ley 11/2014 (apartado 4 *ex* Ley 9/2015, de 25 de mayo):

«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 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 subroge 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».

De esta manera, la LC considera que en la venta de unidades productivas existe sucesión de empresas no sólo a efectos laborales, como se venía entendiendo hasta este momento, sino también a efectos de la Seguridad Social. Los efectos de esta modificación serán consideradas en el apartado siguiente, pero desde ya podemos avizorar las consecuencias negativas o contraproducentes que supondrá en la solución concursal que se había venido plasmando a través de la venta de unidades productivas.

Finalmente, la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, recoge la reforma efectuada por el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, con dos innovaciones no menores. Por una parte, el párrafo segundo que se agregó al apartado 3 del artículo 43 de la LC, por el Real Decreto-ley, queda como un cuarto y último apartado del artículo 43 de la LC. Se pretende evitar de esa manera que se restrinja su aplicación sólo al caso excepcional del numeral 3 del apartado tercero³³⁸. Y por otro, se adiciona directamente a este nuevo apartado 4 del citado artículo 43, la referencia al artículo 149 de la LC, que establece las reglas legales de liquidación.

De esta manera, conforme a lo señalado, el apartado 4 del artículo 43 de la LC, y en vigor actualmente, queda redactado, con las remisiones a los artículos 146 bis y 149 de la LC, del siguiente modo:

«4. En el caso de transmisión de unidades productivas de bienes o servicios pertenecientes al concursado se estará a lo dispuesto por los artículos 146 bis y 149»³³⁹.

³³⁸ La Audiencia Provincia de Álava (secc. 1ª), teniendo a la vista la reforma legal introducida por el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, y la incorporación del párrafo final del artículo 43 de la LC, que alude al artículo 146 bis de la misma ley, anticipa el problema interpretativo que podía generar la ubicación de ese párrafo, señalando: «[s]entado que el artículo 43 de la LC dispone un principio (apartado 1), la regla general (apartado 2), y las excepciones a la regla (apartado 3), la introducción con la reforma del Real Decreto-ley 11/2014 no ha supuesto añadir una nueva excepción en dicho apartado 3, sino algo diferente. Quizá se quiso agregar un apartado 4 al precepto, pero desde luego no parece que lo añadido sea una excepción más, como las previstas en el apartado 3». (fund. der. primero, AAP núm. 26/2015, de 26.3.2015; concurso Celaya, Empananza y Galdós Internacional S.A.; Roj: AAP VI 2/2015 - ECLI:ES:APVI:2015:2A).

³³⁹ Y la redacción completa del artículo 43 de la LC, dada por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, es:

«Artículo 43. Conservación y administración de la masa activa.

1. En el ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre la masa activa, se atenderá a su conservación del modo más conveniente para los intereses del concurso. A tal fin, los administradores concursales podrán solicitar del juzgado el auxilio que estimen necesario.

2. Hasta la aprobación judicial del convenio o la apertura de la liquidación, no se podrán enajenar o gravar los bienes y derechos que integran la masa activa sin autorización del juez.

3. Se exceptúan de lo dispuesto en el apartado anterior:

1.º Los actos de disposición que la administración concursal considere indispensables para garantizar la viabilidad de la empresa o las necesidades de tesorería que exija la continuidad del concurso. Deberá comunicarse inmediatamente al juez del concurso los actos realizados, acompañando la justificación de su necesidad.

2.º Los actos de disposición de bienes que no sean necesarios para la continuidad de la actividad cuando se presenten ofertas que coincidan sustancialmente con el valor que se les haya dado en el inventario. Se entenderá que esa coincidencia es sustancial si en el caso de inmuebles la diferencia es inferior a un diez por ciento y en el caso de muebles de un veinte por ciento, y no constare oferta superior. La administración concursal deberá comunicar inmediatamente al juez del concurso la oferta recibida y la justificación del carácter no necesario de los bienes. La oferta presentada quedará aprobada si en plazo de diez días no se presenta una superior.

3.º Los actos de disposición inherentes a la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor, en los términos establecidos en el artículo siguiente.

4. En el caso de transmisión de unidades productivas de bienes o servicios pertenecientes al concursado se estará a lo dispuesto por los artículos 146 bis y 149».

Este nuevo apartado es de aplicación a los procedimientos concursales en tramitación en los que no se haya iniciado la fase de liquidación a la entrada en vigor de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, esto es, el 27 de mayo de 2015, según establece la disposición transitoria primera (numeral 6), sobre régimen transitorio aplicable a los procedimientos concursales en tramitación a la entrada en vigor de la ley señalada.

En virtud de las recientes modificaciones legales, por tanto, y particularmente, en virtud del nuevo apartado 4 del artículo 43 de la LC, se hacen aplicables a las ventas de unidades productivas, que tienen lugar en el ámbito de una liquidación efectuada en la fase común, un conjunto de disposiciones y reglas que son comunes con aquellas previstas para la venta de tales unidades en la fase de liquidación propiamente tal, y que están contenidas en los artículos 146 bis y 149 de la LC. Este dato puede ser leído, en principio, como un avance en la materia, al confirmar la venta de unidades productivas como una opción durante la fase común del concurso y al proporcionarle un estatuto sustantivo para materializar dichas ventas, pero que finalmente genera un efecto totalmente distinto, de desincentivo, al imponer, con carácter general, en virtud del artículo 149.4 de la LC, que la venta de unidades productivas es una hipótesis de sucesión de empresa no sólo a efectos laborales, sino también de Seguridad Social, cediendo a la presión que permanente ejerció la Tesorería General de la Seguridad Social, según veremos a continuación al examinar la evolución interpretativas del artículo 43 de la LC.

b) Interpretación del artículo 43 de la LC

La optimización al máximo de la masa activa del concurso se ha entendido como un imperativo no sólo cuando se ha entrado a la fase de liquidación, sino también en aquellos casos en que, iniciado el concurso, es evidente que éste no se dirigirá hacia el convenio. Precisamente, gracias a la labor interpretativa de jueces y juristas, el gran mérito del artículo 43 de la LC, ha sido el que permita, durante la fase común, la realización de la masa activa.

Las prevenciones del artículo 43 de la LC, a pesar de ser muy concisas en su origen, han servido de base, o sirvieron, tal vez debamos concluir, a la jurisprudencia y a la doctrina para construir una interpretación orientada a permitir la venta de bienes de la masa durante la fase común del concurso, incluidas las transmisiones de unidades productivas, sin mayores

restricciones o limitaciones, basada en razones de urgencia y de conveniencia para el interés del concurso, en armonía con los principios que orientan a la Ley Concursal³⁴⁰.

A pesar de que la interpretación del artículo 43 de la LC, proclive a permitir la venta de unidades productivas en la fase común, no fue totalmente unánime, sí fue una práctica jurisprudencial muy consolidada entre los jueces de lo mercantil. Conviene tener presente el alcance de la discusión que plantearon en su momento las prevenciones de la aludida norma concursal:

- i) Para algunos, el artículo 43 de la LC, particularmente su apartado 2, sólo permitía liquidar anticipadamente, previa autorización judicial, aquellos bienes en que hubiera un riesgo de pérdida o deterioro de los bienes de la masa. Tal sería el caso de bienes perecederos o difíciles de conservar o de disminución de valor para la masa, como los bienes de costoso conservación o de rápida obsolescencia³⁴¹.

A este argumento, se sumaron interrogantes respecto del papel que tendría una anticipación de la liquidación en la fase común del concurso, cuando el juez del concurso hubiera accedido a ella en los términos señalados, de cara al convenio concursal. En un fallo de la Audiencia Provincial de Bizkaia, del año 2008, por ejemplo, se consideró la improcedencia de anticipar la liquidación al amparo del citado artículo 43.2 de la LC, en atención a que no estaría previsto en la legislación el pase directo a la fase de liquidación sin previamente haberse intentado el convenio³⁴².

En otros fallos, como en el caso del concurso de Dorlast, S.L., en un auto del año 2005, a poco andar la Ley Concursal, se desestimó por parte de Juzgado de lo Mercantil N° 1 de Madrid, la propuesta de venta de una unidad productiva formulada

³⁴⁰ Estas razones de urgencia y el interés del concurso fueron especialmente invocadas, por ejemplo, en la venta de la unidad productiva *ex* artículo 43.2 de la LC, en el concurso del grupo textil Maemoda (AJM N° 8 de Madrid, s/núm., de 20.12.2013 [Grupo Maemoda; Roj: AJM M 57/2013 - ECLI:ES:JMM:2013:57A]).

³⁴¹ GUTIÉRREZ (2013), p. 279, y LÓPEZ (2011), p. 101.

³⁴² AAP Bizkaia (secc. 4ª), núm. 749/08, de 20.11.2008 (concurso Matriner, S.L.; Autos 18/06). En este auto, que recae sobre la apelación deducida en contra del auto del juez del concurso, de 14.5.2007, que acuerda la liquidación en la fase común a petición de la administración concursal, la Audiencia Provincial de Bizkaia considera que «[l]a LC establece cuándo y en qué supuestos se debe proceder a la liquidación de la sociedad que son, a saber: - A petición del deudor, en el supuesto del artículo 142 de la LC. - A petición de un acreedor, artículo 142,4 de la LC. - Y de oficio, artículo 143 de la LC. Lo que no está previsto es que se pase directamente a la fase de liquidación sin previamente haberse intentado el convenio sobre a base de que la Administración concursal afirme, y el Juez admita, que el convenio es retardatorio e imposible de intentar del mismo. Con esta resolución se infringe la norma».

«Como señala el recurrente – agrega la Audiencia Provincial–, lo que no cabe es liquidar una sociedad para transmitirla a un tercero, pues con la liquidación desaparece la sociedad y nada hay que transmitir; y si lo que se pretende es la viabilidad de la empresa lo que debe abrirse es la fase de convenio. Prescindir de esta fase es prescindir total y absolutamente del procedimiento...».

por la administración concursal, en atención a que, si bien se daban todos los supuestos para entender que se estaba frente a una unidad productiva, la administración concursal no había promovido su enajenación siguiendo el causa procesal previsto en las normas de la fase de liquidación, particularmente el artículo 149.1 de la LC³⁴³.

También se insistió en la idea de que la anticipación de la enajenación patrimonial significaba soslayar los controles propios del convenio o de la fase de liquidación y la protección de los acreedores, haciendo presente la falta de seguridad jurídica que ello entraña, y el perjuicio que podría generar para el tratamiento paritario entre los acreedores del concursado³⁴⁴.

- ii) No obstante lo anterior, como se dijo, se vino considerando que la fórmula propuesta por el artículo 43.2 de la LC, que obliga a contar con autorización judicial previa para enajenar de los bienes afectos a la actividad empresarial o profesional del concursado, no constituye una prohibición para llevar a cabo dicha disposición de bienes, sino que consagra la posibilidad de que durante la fase común de concurso pueda la administración concursal, bajo ciertas circunstancias y con la debida autorización del

³⁴³ AJM N° 1 de Madrid, S/Núm., de 27.04.2005 (concurso Dorlast, S.L; AC 2005\1129). Esta resolución discurre sobre la necesidad de autorizar la enajenación de determinados activos de la concursada Dorlast, S.L., teniendo la vista los apartados 3 y 4 del artículo 155 de la LC, que regulan la enajenación de bienes y derechos afectos a crédito con privilegio especial, y el apartado 2 del artículo 43 de la LC, que considera la enajenación de bienes y derechos que integran la masa activa, previa autorización del juez del concurso (fund. der. primero y tercero).

Dentro de los activos cuya enajenación postula la administración concursal se encuentra la unidad productiva Dorwin. El juez del concurso, al respecto, aprecia que los bienes y derechos que forman parte del ramo del negocio «Dorwin» forman una unidad productiva en funcionamiento, en consideración a que *«la fábrica sita en la localidad de Agoncillo (La Rioja) se encuentra en funcionamiento, y precisamente la administración concursal justifica en parte la necesidad de la venta de activos de las entidades concursadas en la continuidad del ejercicio de la actividad social en el ramo de negocio...»*. Teniendo en cuenta para ello, además, que en ella *«...existe una plantilla de trabajadores realizando las prestaciones para las que fueron contratados»*.

En atención a esos elementos, el juez del concurso concluye que *«...no se puede considerar adecuado el fraccionamiento que de dicha unidad productiva supondría la autorización de venta de los derechos de propiedad industrial que permiten la fabricación y comercialización de los productos para el descanso que se distinguen con la marca "Dorwin", de la maquinaria con la que se realiza dicha fabricación, y de las existencias de materias primas, productos semielaborados o productos terminados correspondientes a productos para el descanso de la marca "Dorwin". La enajenación de determinados activos del ramo del negocio "Dorwin" daría lugar sin duda, a una depreciación de lo que quede, con unas consecuencias previsiblemente perjudiciales para los puestos de trabajo»*.

No obstante dicho análisis, el juez del concurso no autoriza la enajenación, debido a que la administración concursal no promovió la venta en su conjunto como unidad productiva, y por ello *«...sin seguirse el cauce procesal previsto en el artículo 149.1 de la LC, no cabe autorizar su enajenación en los términos propuestos»* (fund. der. cuarto).

El tribunal sí se muestra proclive a la enajenación en la fase común del ramo del negocio «Dormilón», que había cesado completamente su funcionamiento, y cuyo mantenimiento se considera una carga para la masa activa (fund. der. quinto).

³⁴⁴ GARNACHO (2013), p. 252.

juez del concurso, proceder a vender determinados activos, incluyendo unidades productivas o ramas de actividad de la empresa³⁴⁵.

A partir de esta interpretación, la transmisión del activo patrimonial del concursado a terceras personas durante la fase común del procedimiento concursal, sobre la base del artículo 43.2 de la LC, que requiere sólo de la autorización del juez de concurso, y lo dispuesto en el artículo 155.3 de la LC, que contempla la enajenación de bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial dentro del concurso incluso antes de la fase de liquidación, vino a constituir una práctica habitual de los juzgados de lo mercantil en aras del interés del concurso, y que catalizada, estimamos, con el concurso de Cacaolat, S.A., por sus características y especial trascendencia³⁴⁶.

³⁴⁵ ALONSO (2010) p. 573, y HERNÁNDEZ (2011), p. 214.

³⁴⁶ AJM N° 6 de Barcelona, S/núm., de 20.07.2011 (concurso de Cacaolat, S.A.; JUR 2012\391036), referente a la venta de la unidad productiva de Cacaolat S.A., que se adjudica a la sociedad limitada constituida por las compañías Victory Corporate Tournaround S.L., Damm, S.A. y Cobega S.A., a través de un procedimiento de venta establecido mediante el auto de 20.7.2011, a propuesta de la administración concursal, teniendo en consideración, entre otros factores, el beneficio para el interés del concurso de las ofertas recibidas para la adquisición de la unidad productiva (fund. der. tercero).

La enajenación en el caso Cacaolat, sin duda, opero como un fuerte incentivo en la práctica concursal española para orientar la liquidación concursal, en la medida que ello fuera factible, hacia la venta de unidades productivas.

La venta de la unidad productiva comprende todos aquellos activos incluidos en la sección «5.3. *Inventario y valoración de la masa activa*» del informe provisional elaborado por la administración concursal, que asimismo incluye todos los elementos imprescindibles para la continuación y mantenimiento de la actividad fabril y comercial de la concursada, excluyendo ciertas partidas que se señalan (fund. der. tercero). Además, los activos hipotecados, que estaban ubicados en Zaragoza y Tarragona, se transmiten con la carga hipotecaria, tal como se indica en el informe de la administración concursal.

Desde el punto de los compromisos que asume la adquirente, el auto dispone que la adjudicación se hace por el precio total de 75.000.000 de euros, de los cuales 67.635.000 de euros se abonan al contado, y el resto (7.365.000 de euros), se corresponde con asunción de responsabilidades hipotecarias de la concursada, que derivan de las hipotecas constituidas sobre los activos inmobiliarios consistentes en centro de producción en Utebo (Zaragoza) y de la delegación comercial de Constantí (Tarragona).

Los criterios de valoración que se aplican para adjudicar la unidad productiva son, entre otros, el número de trabajadores asumidos por el ofertante, puesto que, como declara la resolución, uno de los fines perseguidos con la enajenación es el mantenimiento del mayor número de puestos de trabajo y continuidad de la actividad empresarial; el proyecto industrial a desarrollar por el ofertante, el precio de la oferta por la totalidad de la unidad productiva, que tendrá preferencia, en su caso, sobre la realizada sobre elementos individualizados (fund. der. cuarto). En el caso de los trabajadores, las ofertas consideran la conservación del cien por ciento de la plantilla de Cacaolat, SA. en las mismas condiciones laborales que tenían anteriormente.

Dentro de las particularidades que presenta este concurso se encuentra el hecho de que paralelamente se tramitaba ante el Juzgado de lo Mercantil N° 6 de Madrid (autos 0239/2011), el concurso sobre Clesa, S.L., de la cual Cacaolat, S.A. era filial (95% de los derechos políticos y de voto). En el concurso de Clesa se promovió un requerimiento de inhibición formulado por ese juzgado, de las actuaciones atinentes a la venta de la citada unidad productiva, *i.e.*, por falta de competencia objetiva y funcional del Juzgado de lo Mercantil N° 6 de Barcelona para conocer del proceso de enajenación de bienes y derechos de la mercantil Cacaolat S.A. Esta cuestión fue rechazada por el Tribunal Supremo (ATS, Sala de lo Civil [secc. 1ª], s/núm., de 4.10.2011 (concurso Cacaolat, S.A.; Roj: ATS 10019/2011 - ECLI:ES:TS:2011:10019A), y se declara la competencia del Juzgado de lo Mercantil N° 6 de Barcelona para todas las actuaciones relativas al concurso de Cacaolat, S.A.

Sin duda, la oportunidad de efectuar la venta de unidades productivas durante las fase común del concurso considera el conjunto de intereses involucrados en el concurso: el de los acreedores, incluyendo a los acreedores privilegiados, que han visto en esta vía una alternativa a la pérdida de valor de la masa activa por el cese o interrupción de la actividad empresarial del concursado, por el ahorro de gastos asociados a la realización, la interrupción del devengo de intereses moratorios a favor de acreedores privilegiados y mantener los puestos de trabajo sin optar por la resolución de los contratos de trabajo y el consiguiente aumento de créditos contra la masa, entre otros beneficios, y el interés de los propios trabajadores por la conservación de las fuentes de trabajo³⁴⁷.

La posibilidad de liquidación en la fase común por la vía del artículo 43.2 de la LC, por otra parte, vino a ofrecer una opción eficiente frente a la derogación de la liquidación anticipada *ex* artículo 142 bis de la LC, introducida en el año 2009 por el Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, derogada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre.

Se ha entendido, también, que el recurso que proporciona el artículo 43.2 de la LC puede ser especialmente necesario en ciertas hipótesis³⁴⁸, como lo serían:

- i) El caso en que exista una oferta perentoria y necesaria para la viabilidad de la empresa y se presenta la negativa del propio concursado a solicitar la apertura de la liquidación.

La existencia de una oferta con esas características, que no pueda ser recogida en una propuesta de convenio anticipado, por la no concurrencia de los requisitos para ellos o por la imposibilidad de alcanzar las aceptaciones necesarias de parte de los acreedores, unido a la negativa del concursado de pedir la liquidación, que, dicho sea de paso, sólo él está facultado para pedir en cualquier momento del procedimiento, vendría a justificar la aplicación de la disposición legal citada.

- ii) Otra de las hipótesis que se ha planteado es la necesidad de continuar con la actividad empresarial para mantener contratos administrativos, evitando llegar a la apertura de la fase de liquidación. De acuerdo a los artículos 223.b) y 224 del TRLCSP, la

Posteriormente, el Tribunal Supremo también desestimó una petición de Juzgado de lo Mercantil N° 6 de Madrid, de acumulación del concurso de Cacaolat, S.A. (autos 205/2011) al concurso de CLESA, S.L. (autos 239/2011) (ATS, Sala de lo Civil [secc. 1ª], s/núm., de 22.12.2011 [Roj: ATS 13232/2011 - ECLI:ES:TS:2011:13232A]).

³⁴⁷ AZOFRA (2012), p. 135.

³⁴⁸ GUTIÉRREZ (2013), p. 286.

declaración de concurso sería causa de resolución del contrato administrativo, y particularmente la resolución se produce con la apertura de la fase de liquidación³⁴⁹.

c) Reforma del artículo 43 ex Ley 9/2015, de 25 de mayo

Como hemos anticipado, la interpretación dada al artículo 43.2 de la LC, favorable a la venta de unidades productivas durante la fase común, fue recogida por el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, y más recientemente por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, sobre medidas urgentes en materia concursal³⁵⁰. Con la incorporación a la LC del nuevo artículo 146 bis en la LC, se introduce por primera vez un régimen sustantivo unitario para la transmisión de unidades productivas, y al cual se deben redirigir tanto el convenio, según tuvimos ya ocasión de ver, ex artículo 100.2 de la LC, como la liquidación concursal, en fase de liquidación y fase común, y también, como veremos, en caso de aplicación del procedimiento abreviado en virtud del artículo 191 ter.4 de la LC.

De esta manera, podemos afirmar, en primer lugar, que la enajenación de unidades productivas en la fase común deja de ser un tema controvertido, debiendo quedar plenamente reconocida en el artículo 43 de la LC³⁵¹, y en segundo lugar, que la transmisión de unidades productivas de bienes o servicios pertenecientes al concursado en la fase común,

³⁴⁹ Por otra parte, también se ha visto en las propias excepciones del apartado 3 del artículo 43 de la LC, que se refieren a los actos de disposición que la administración concursal considere indispensable para garantizar la viabilidad de la empresa, recogida en numeral 1º, o a los actos de disposición de bienes cuando se presenten ofertas que coincidan sustancialmente con el valor que se les haya dado en el inventario, a que se refiere el numeral 2º, oportunidades para llevar a cabo una modificación estructural de la sociedad concursada, que podrían, incluso, ser aprobadas por la propia administración concursal sin contar con la autorización del juez del concurso (ARANGUREN [2013], p. 434).

³⁵⁰ *Vid supra*, p. 211 y ss.

³⁵¹ Razona de esta manera, por ejemplo, el auto que acuerda autorizar la venta de unidad productiva en la fase común del concurso ex artículo 43.2 de la LC, del JM N° 9 de Barcelona, de fecha 20.3.2015 (concurso Connecta Call Center, S.L. y Connecta Telemarketing, S.L.; Roj: AJM B 85/2015 - ECLI:ES:JMB:2015:85A), expresando: «[L]a reforma operada por la Ley 38/2011 trató de canalizar las ventas de las unidades productivas a través de los planes de liquidación. Sin embargo, la práctica judicial ponía de manifiesto que, en ocasiones, la dilación que sufren los juzgados por sobrecarga de trabajo en la tramitación de los concursos durante la fase de liquidación, pudiendo demorarse incluso meses, ponía en riesgo las ofertas de compra recibidas al venir éstas limitadas en el tiempo. Por ello, los juzgados mercantiles veníamos entendiendo de una manera amplia el término de "bienes" del artículo 43 de la LC, entendiendo que incluía las ventas de las unidades productivas. A nuestro entender, con independencia de cómo se canalizara la venta, en fase común o en fase de liquidación, lo importante era que se diera la misma publicidad para que posibles interesados pudieran concurrir al proceso de licitación en igualdad de condiciones. El RDL 11/2014 vino a recoger esta corriente jurisprudencial y por ello modificó la redacción del apartado 3 del art. 43 LC, permitiendo ahora sí de manera expresa que la venta de la unidad productiva se pueda realizar en fase común remitiendo para ello al artículo 146 bis y 149.2 de la LC. Es decir, la citada reforma unifica el procedimiento de la venta de la unidad productiva, se haga ésta en fase común, en fase de convenio o en fase de liquidación, estando sometida a las mismas reglas y al mismo régimen de publicidad».

queda regida por el estatuto o régimen sustantivo unitario que contempla para la enajenación de tales activos el artículo 146 bis de la LC³⁵².

Pero podemos insistir, igualmente, que la remisión que hace el artículo 43.4 de la LC al artículo 146 bis de la LC, y éste, a su vez, al artículo 149.4 de la LC (*ex art. 146.4 LC*) y el reenvío que efectúa el propio artículo 43.4 de la LC al artículo 149 de la LC, no constituye un avance en el camino que se venía trazando por parte de la doctrina y la jurisprudencia en la venta de unidades productivas, sino un retroceso sustancial. En efecto, este doble reenvío al artículo 149 de la LC significa aplicar las reglas legales que la normativa concursal

³⁵² La Audiencia Provincial de Álava (secc. 1ª), en el auto núm. 26/15, de 26.3.2015 (concurso de Celaya, Empananza y Galdós Internacional, S.A.; Roj: AAP VI 2/2015 - ECLI:ES:APVI:2015:2A), ante la alegación de los recurrentes de que la transmisión de la unidad productiva en fase común *ex artículo 43 de la LC* supone obviar las garantías de la liquidación, estima que la transmisión de la unidad productiva es *«una liquidación parcial, que la propia norma autoriza al disciplinar expresamente la transmisión de la empresa tanto en globo como por unidades de actividad viables. No hay nada encubierto, sino una transmisión de unidad productiva que, si se quiere, puede presentarse como una liquidación parcial anticipada porque objetivamente lo es, que ahora autoriza el nuevo inciso final del art. 43.3 LC»* (en referencia al actual apartado 4 del artículo 43 de la LC). *«No hay, por lo tanto, menores garantías, sino un régimen distinto de transmisión que responde a una voluntad legislativa, reiteradamente manifestada, de salvaguardar en lo posible la actividad productiva»* (fund. der. sexto). Las referencias al artículo 43 de la LC se hace sobre la base de la modificación efectuada, en su momento, por el Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre.

Del mismo modo, la misma Audiencia Provincial recoge dentro de su análisis las palabras del apartado II del preámbulo del Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, que comienza exponiendo 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 concurso sea inevitable, están dificultando su venta»*. Sobre esa base, entiende la Audiencia Provincial que *«[p]ercatado el legislador de que existe una dificultad estructural, por lo rígido del sistema legal, para la transmisión de la empresa concursada en conjunto o sus unidades productivas, la reforma persigue facilitarla (o al menos así lo declara), lo que beneficia a los acreedores, puesto que el valor obtenido debiera ser superior en conjunto o por unidades que desmantelando la actividad, a la actividad productiva, que se mantiene en la parte en que sea de interés para el tercero que la adquiere, y al mantenimiento del empleo»*.

Termina concluyendo que *«[c]omo modo de propiciar ese objetivo el RDL 11/2014 introduce, por primera vez, un régimen sustantivo unitario para la transmisión de unidades productivas de deudoras concursadas. La técnica que utiliza es disponer un régimen general en sede de liquidación, el nuevo art. 146 bis, con remisión al mismo en fase de convenio en el modificado art. 100.2 LC. En lo que afecta a la fase común del procedimiento concursal, el modo que ha dispuesto el legislador para disciplinar la transmisión de unidades productivas es la introducción de la previsión final del art. 43.3 LC que se está analizando»* (fund. der. segundo).

El pronunciamiento de la Audiencia Provincial de Álava trasunta en el concurso seguido ante el Juzgado de lo Mercantil N° 1 de Vitoria-Gasteiz, que mediante el auto núm. 265/2014, de 28.11.2014, dictado en el concurso ordinario núm. 183/2014 (de Celaya, Empananza y Galdós Internacional, S.A.), resolvió el incidente concursal sobre autorización judicial del artículo 188 de la LC, para la venta de las unidades productivas de «manganeso», «sistema de energía» y «comercializados de energía y luz», integrados por activos pertenecientes a la concursada y a Cideten Cegasa, S.A.U., también en concurso, en fase común. El auto tiene presente la reciente modificación practicada a la LC por el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, y si bien no resultan aplicables al concurso todas las modificaciones que han tenido lugar en la LC, por haberse emitido informe de la administración concursal, según norma de carácter transitoria de dicha Real Decreto-ley, sí es aplicable la nueva redacción del artículo 43.3 (que actualmente se recoge en su apartado 4, *ex Ley 9/2015*, de 25 de mayo) y el nuevo artículo 146 bis, ambos de la LC. Dentro de las consideraciones hechas en su fundamento de derecho tercero, el juez del concurso, éste destaca que *«[c]uando se trata de vender en fase común no cualquier activo, sino unidades productivas, entra en juego además la satisfacción de uno de los propósitos de la Ley Concursal, como es la continuidad de la actividad empresarial. Mantenimiento de la actividad y satisfacción de los créditos de los acreedores son las dos finalidades del concurso que el Juez debe equilibrar»*.

contempla para la liquidación de bienes de la masa y a que se refiere éste último artículo citado, y particularmente su apartado 4 que dispone, en lo pertinente, que: «*[c]uando, como consecuencia de la enajenación a que se refiere la regla 1.ª del apartado 1*» del mismo artículo 149, esto es, cuando se enajena como un todo el conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes o de servicios pertenecientes al concursado, *«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»*, deba considerarse, *«a los efectos laborales y de Seguridad Social, que existe sucesión de empresa»*. Las consecuencias de esta reforma serán objeto de análisis posterior.

1.4.2. Fase de Liquidación

La apertura de la fase de liquidación supone para el concursado la suspensión del ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, con todos los efectos previstos para esta fase en el título III de la LC (arts. 145 y ss. LC), entre ellos, si el concursado fuese persona jurídica, la resolución judicial que abre la fase de liquidación contiene la declaración de disolución si no estuviese acordada y, en todo caso, el cese de los administradores o liquidadores, que son sustituidos por la administración concursal (art. 145.3 LC). En otras palabras, la fase de liquidación pone en manos de la administración concursal las facultades de administración y disposición sobre los bienes que conforman el patrimonio del concursado (art. 145.1 LC), si ello no ha ocurrido con anterioridad como consecuencia de la decisión del juez del concurso de privar dichas facultades al concursado desde el momento de la declaración del concurso (art. 44 LC). En una u otra hipótesis, en todo caso, la propiedad de los bienes sigue en manos del concursado, debiendo obrar al respecto la administración concursal con la diligencia de un ordenado administrador y de un representante leal (art. 35.1 LC).

En atención a lo anterior, se genera un cambio sustantivo en cuanto al grado de participación del concursado, de los acreedores concursales o de los representantes de los trabajadores de la empresa en concurso. La administración concursal, en principio, sólo ha de guiarse, en el cumplimiento de su obligación legal de liquidar los bienes del concursado, por la finalidad esencial del concurso que es la satisfacción de la colectividad de acreedores. La LC no obliga a la administración concursal a contar con el consentimiento de aquellos para determinar la

forma que estime más conveniente de liquidar la masa activa a la luz de los intereses del concurso.

En cuanto al inicio de la fase de liquidación, ésta puede ser impulsada a instancia del deudor, de los acreedores, de oficio por el juez del concurso, e incluso, por la administración concursal. Para el deudor, por regla general, la solicitud de apertura de esta fase constituye una facultad. El artículo 142.1 de la LC señala que el deudor puede pedir la liquidación en cualquier momento³⁵³. Esta característica está presente sólo respecto del deudor. Sin perjuicio de lo anterior, el deudor deberá solicitar la apertura de la fase de liquidación cuando durante la vigencia del convenio, él conozca la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas con posterioridad a la aprobación de aquél (art. 142.2. LC)³⁵⁴.

La facultad de los acreedores para solicitar la apertura de la fase de liquidación está en consonancia con el deber del deudor de pedir la liquidación cuando, durante la vigencia del convenio, conozca la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas con posterioridad a la aprobación de aquél (art. 142.2 LC), pues de no hacerlo, podrá hacerlo cualquier acreedor que acredite la existencia de alguno de los hechos que

³⁵³ Ello conforme a la modificación efectuada de dicho apartado, por la Ley 38/2011, de 10 de octubre. El texto original del apartado 1 del artículo 142 de la LC indicaba cuatro oportunidades para que el deudor pidiese la liquidación (1.º Con la solicitud de concurso voluntario. 2.º Desde que se dicte el auto de declaración de concurso y hasta la expiración del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores si no se hubiesen presentado impugnaciones o, de haberse presentado, hasta la fecha en que se pongan de manifiesto en la secretaría del juzgado los textos definitivos de aquellos documentos, siempre que al momento de la solicitud no hubiera presentado propuesta de convenio o, de haber presentado una anticipada, se hubiese denegado su admisión a trámite. 3.º Si no mantuviese la propuesta anticipada de convenio, de conformidad con lo previsto en el apartado 1 del artículo 110. 4.º Dentro de los cinco días siguientes a aquél en que los acreedores hayan presentado propuesta de convenio conforme al apartado 1 del artículo 113, salvo que el propio deudor hubiere presentado una suya»).

³⁵⁴ En particular, el deudor podrá solicitar la apertura de la fase de liquidación con la solicitud misma de concurso, y en caso de concurso necesario, antes de la declaración del concurso, una vez emplazado, conforme al artículo 18 de la LC; también, en caso de que no procediera la aprobación de la propuesta anticipada de convenio, requerido por el juez del concurso, el deudor tiene un plazo de tres días para manifestar si solicita la apertura de la fase de convenio, manteniendo, modificando o reformulando su propuesta anticipada de convenio, para su sometimiento a la junta de acreedores, o desea solicitar la liquidación (art. 110.1 LC); igualmente, conforme al apartado 1, del artículo 113 de la LC, dentro de los cinco días siguientes a aquel en que los acreedores hayan presentado una propuesta de convenio, a menos que el propio concursado hubiera presentado una propuesta propia en tal sentido; de acuerdo al artículo 128.3 de la LC, dentro el plazo de oposición respecto de la aprobación del convenio propuesto por los acreedores; y en general, podemos decir que el deudor puede solicitar la liquidación desde que se dicte el auto de declaración de concurso y hasta la expiración del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores si no se hubiesen presentado impugnaciones o, de haberse presentado, hasta la fecha en que se pongan de manifiesto en la oficina judicial los textos definitivos de aquellos documentos, siempre que al momento de la solicitud no hubiera presentado propuesta de convenio o, de haber presentado una anticipada, se hubiese denegado su admisión a trámite, o sea, durante toda la tramitación de la fase común del concurso (art. 111.1 LC).

pueden fundamentar una declaración de concurso según lo dispuesto en el artículo 2.4 de la LC (art.142.3 LC).

El juez del concurso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 143 de la LC, tiene atribuciones para la apertura de oficio de la liquidación en las siguientes hipótesis: no se hubiere presentado dentro de plazo legal ninguna de las propuestas de convenio a que se refiere el artículo 113 de la LC, o no haber sido admitidas a trámite las que hubieren sido presentadas; no se hubiese aceptado en junta de acreedores, o en la tramitación escrita del convenio, ninguna propuesta de convenio; se hubiese rechazado por resolución judicial firme el convenio aceptado en junta de acreedores sin que proceda acordar nueva convocatoria o el tramitado por escrito sin que proceda nueva convocatoria de junta ni nueva tramitación escrita; se hubiese declarado por resolución judicial firme la nulidad del convenio aprobado por el juez, o se hubiere declarado por resolución judicial firme el incumplimiento del convenio³⁵⁵.

Por último, respecto de la administración concursal, la orientación inicial del artículo 142 de la LC fue la de no considerar a aquella dentro los legitimados para solicitar la apertura de la fase de liquidación³⁵⁶. Una primera apertura en el sentido de permitir a la administración concursal poder formular dicha petición, vino impulsada por la jurisprudencia a través de un auto del Juzgado de lo Mercantil N° 2 de Bilbao, de febrero de 2007, que admitió la legitimación de la administración concursal para pedir la liquidación, frente a la falta de viabilidad de un convenio, respecto de un concursado que no había solicitado la apertura de la fase de liquidación y cuyas facultades de administración y disposición patrimonial estaban suspendidas, teniendo en cuenta, demás, que el administrador único era el socio mayoritario

³⁵⁵ Respecto de esta última hipótesis, a que se refiere el apartado 5, del artículo 143 de la LC, debe tenerse presente el deber del deudor de pedir la liquidación cuando, durante la vigencia del convenio, conozca la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas con posterioridad a la aprobación de aquél (ap. 2, del art. 142 LC), y la facultad que se atribuye a cualquier acreedor, en caso de que ello no ocurra, para solicitar la apertura de la fase de liquidación, acreditando la existencia de alguno de los hechos que pueden fundamentar una declaración de concurso según lo dispuesto en el artículo 2.4 de la LC (art. 142.3 LC).

³⁵⁶ Al respecto debemos hacer presente que por auto de 20 de noviembre de 2008 (AAP de Bizkaia (secc. 4ª), núm. 749/08; concurso ordinario Matrinor, S.L., núm. 18/06), que recae sobre la apelación deducida en contra del auto de 14.5.2007, del juez del concurso, que decreta la liquidación en la fase común a petición de la administración concursal, la Audiencia Provincial de Bizkaia consideró que «[l]a LC establece cuándo y en que supuestos se debe proceder a la liquidación de la sociedad que son, a saber: - A petición del deudor, en el supuesto del art. 142. - A petición de un acreedor, 142,4. - Y de oficio, 143», descartando no sólo la posibilidad de una liquidación solicitada por la administración concursal sino también que ello pueda tener lugar sin pasar por la fase de convenio.

y estaban embargadas sus participaciones³⁵⁷. Hoy en día, tras la reforma a la LC realizada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, el artículo 142.3 de la LC prevé expresamente que apertura de la liquidación puede ser formulada por la administración concursal en caso de cese de la actividad profesional o empresarial del concursado³⁵⁸.

La fase liquidación, por definición, tiene por objetivo liquidar la masa activa del concurso, siguiendo para ello el plan propuesto por la administración concursal o, en su defecto, las reglas legales previstas para la liquidación. En el primer caso, la administración concursal deberá recoger la prevención contenida en el primer párrafo del apartado 1 del artículo 148 de la LC, que prioriza por la transmisión unitaria del conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes y servicios del concursado o de algunos de ellos, *«siempre que sea factible»*.

La liquidación deberá ajustarse, asimismo, a las reglas legales previstas en los apartados 2 a 5 del artículo 149 de la LC, y de manera supletoria, a las reglas previstas en el apartado 1 de dicho artículo, en caso de no haber sido aprobado un plan de liquidación, y también en lo que éste no hubiere previsto. En todo caso, se deberá dar prioridad a la venta unitaria

³⁵⁷ El Juzgado Mercantil N° 2 de Bilbao (auto de 5.2.2008, autos 18/06; concurso Matrinor, S.L.), estimó que si bien es la petición del deudor la que resulta vinculante para el juzgador, en cuanto a solicitar la apertura de la fase de liquidación, *«cuando, como en el asunto, éste ha sido suspenso, además, desde escasos días después de la declaración de concurso, y está embargado preventivamente el administrador social único del momento de esa declaración, de un lado, el deudor carece de facultades de disposición patrimonial, sin duda la decisión de liquidar la fundamental y definitiva, y de otro, se halla perfectamente desvinculado en sus órganos de administración de la marcha de la actividad y de las estrategias del negocio en concurso, máxime cuando, según aquí acontece, el administrador social único es el socio mayoritario, con sus participaciones sociales trabadas a las resultas del procedimiento colectivo»*.

Agregando que, *«[o]bviamente, en este particular supuesto, en que la administración societaria está suspensa, y el órgano soberano de la persona jurídica, ni es viable sea convocado, ni tendrían sentido su formación de voluntad, debe entenderse que la Administración Concursal es quien puede y debe adoptar la decisión de continuar o no, sin obligar a un trámite retardatorio y antieconómico de espera a la apertura de oficio de la liquidación apurando las inexistentes posibilidades de un convenio, con convocatoria a una junta de acreedores que se sabe no se celebrará»* (fund. der. segundo).

De modo semejante razona el Juzgado de lo Mercantil N° 1 de Málaga (auto s/núm., de 16.2.2010 [Concurso PSH Guadalpín; JUR 2010\301822]), en el sentido de que *«... si únicamente ceñimos la posibilidad de pedir la liquidación anticipada al deudor, y la vedamos a cualquier otro interesado, fundamentalmente administración concursal y acreedores, se comete un enorme error, fruto sin duda de las prisas a las que antes hacía referencia en la elaboración de este precepto. Y es que hay práctica unanimitad en la doctrina en considerar que la liquidación anticipada no sólo debería poder pedirla el deudor sino también la AC e incluso los acreedores»*. Y agrega a dicho razonamiento: *«[e]n cuanto a la AC no tiene sentido vedar esta posibilidad máxime en caso de sustitución como el presente, pues si la AC sustituye al deudor, y lo hace por no "confiarse" en el mismo para la gestión de la sociedad, es absurdo dejar en manos de quien no se confía para nada (por eso se le sustituye) una decisión de tanta trascendencia como la expuesta, y no dejar a quien todo lo decide (la AC) que no pueda accionar en ese caso»* (fund. der. único).

³⁵⁸ El tenor de dicha disposición es el siguiente, en lo pertinente: *« (...) 3. En caso de cese de la actividad profesional o empresarial, la administración concursal podrá solicitar la apertura de la fase de liquidación. De la solicitud se dará traslado al deudor por plazo de tres días. El juez resolverá sobre la solicitud mediante auto dentro de los cinco días siguientes»*.

En el ejercicio de esa facultad, las respectivas administraciones concursales solicitaron la apertura de la fase de liquidación en 200 concursos, en el año 2013, y en 204 concursos, en el año 2014.

conforme al párrafo primero de la regla 1ª del artículo 149.1 de la LC, *«salvo que, previo informe de la administración concursal, el juez estime más conveniente para los intereses del concurso su previa división o la realización aislada de todos los elementos componentes o sólo de algunos de ellos»*.

Las reformas a la LC hechas por el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, y más recientemente por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, sobre medidas urgentes en materia concursal, inciden directamente, también, en la liquidación que tiene lugar en la fase de liquidación. Tal como hemos expresamos a propósito del examen del artículo 43 de la LC, por una parte, dichas reformas supone la incorporación a la LC del nuevo artículo 146 bis en la LC, que introduce un conjunto de prevenciones que regulan de manera sustantiva y unitaria la transmisión de unidades productivas. Pero, por otro, se altera radicalmente aspectos fundamentales del artículo 149 de la LC, en particular de su apartado 4, al disponer que existe sucesión de empresa a los efectos de Seguridad Social, ya no sólo a efectos laborales, en los casos en que como consecuencia de la enajenación como un todo el conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes o de servicios pertenecientes al concursado, *«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»*.

Esa nueva redacción al apartado 4 del artículo 149 de la LC, fue hecha, primeramente, por el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, que lo consideró como apartado 2, y luego, por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, que lo ubicó como apartado 4, como aparece hoy. Esta ley, además, precisó cuáles reglas de las señaladas en el artículo 149 de la LC tienen carácter de supletorias y cuáles deben tener aplicación general en la liquidación. Entre estas últimas se encuentra precisamente el apartado 4 del citado artículo 149 de la LC, lo que hace imperativa su aplicación³⁵⁹.

1.4.3. Procedimiento abreviado

El procedimiento abreviado, a que se refieren los artículos 190 y siguientes de la LC, y que fuera objeto de modificación por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, tiene por objeto proveer una instancia procesal simplificada a aquellos concursos que no revistan especial

³⁵⁹ Esta precisión fue impulsada por una enmienda del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, durante la tramitación legislativa de la Ley 9/2015, de 25 de mayo (enmienda núm. 161, BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A núm. 117-2, de 12.3.2015).

complejidad, y permite acelerar la consecución de una solución para el concurso, cuando ello parece más inminente. Dentro de los supuestos que se prevé para la aplicación de este procedimiento concursal, se considera la hipótesis de que *«el deudor presente, junto con la solicitud de concurso, un plan de liquidación que contenga una propuesta escrita vinculante de compra de la unidad productiva en funcionamiento»* (art. 190.3 LC)³⁶⁰.

Se trata de un supuesto de aplicación necesaria del procedimiento abreviado bajo una hipótesis de concurso voluntario, cuando al momento de presentar la solicitud de concurso, el deudor solicita la liquidación³⁶¹. Si esta solicitud fuera formulada posteriormente, corresponderá al juez del concurso, a la vista de la modificación de las circunstancias previstas y atendiendo a la mayor o menor complejidad del concurso, transformar un procedimiento ordinario en abreviado (art. 190.4 LC)³⁶². Al igual que en los supuestos de procedimiento abreviado relacionados con el convenio concursal³⁶³, el elemento determinante está dado por el contenido de la propuesta, que debe considerar un plan de liquidación que contenga una propuesta escrita vinculante de compra de la unidad productiva en funcionamiento³⁶⁴.

La solicitud de concurso con presentación de un plan de liquidación que contenga una propuesta de esa naturaleza, conlleva la especial aplicación de las prevenciones contenidas en el artículo 191 ter de la LC, que a su vez, nos reconducen a las prevenciones contenidas en los artículos 146 bis y 149 de la LC.

El tenor del citado artículo 191 ter de la LC, que introduce la Ley 38/2011, es del siguiente tenor:

³⁶⁰ El artículo 190 de la LC, que rige el ámbito de aplicación del procedimiento abreviado, dispone en su apartado 3: *«[e]l juez aplicará necesariamente el procedimiento abreviado cuando el deudor presente, junto con la solicitud de concurso, un plan de liquidación que contenga una propuesta escrita vinculante de compra de la unidad productiva en funcionamiento o que el deudor hubiera cesado completamente en su actividad y no tuviera en vigor contratos de trabajo»*.

Una aplicación de este procedimiento abreviado puede verse, *v.gr.*, en el concurso del grupo Dinamic, que considera los concursos voluntarios coordinados bajo este procedimiento asociados a una oferta vinculante de adquisición de unidades productivas (Concursos 945 a 954-14, seguidos ante el JM N° 5 de Barcelona)

³⁶¹ Como ocurría también en el derogado artículo 142 bis LC, respecto de la liquidación anticipada.

³⁶² El apartado 4 del artículo 190 de la LC dispone. *«El juez, de oficio, a requerimiento del deudor o de la administración concursal, o de cualquier acreedor, podrá en cualquier momento, a la vista de la modificación de las circunstancias previstas en los apartados anteriores y atendiendo a la mayor o menor complejidad del concurso, transformar un procedimiento abreviado en ordinario o un procedimiento ordinario en abreviado»*.

³⁶³ *Vid supra*, p. 73 y ss.

³⁶⁴ El apartado 3, considera también las hipótesis que el deudor hubiera cesado completamente en su actividad y no tuviera en vigor contratos de trabajo.

«1. Si el deudor hubiera solicitado la liquidación de acuerdo con lo previsto en el artículo 190.2, el juez acordará de inmediato la apertura de la fase de liquidación»³⁶⁵.

2. Abierta la fase de liquidación el secretario judicial dará traslado del plan de liquidación presentado por el deudor para que sea informado en plazo de diez días por el administrador concursal y para que los acreedores puedan realizar alegaciones.

El informe del administrador concursal deberá incluir necesariamente el inventario de la masa activa del concurso y evaluar el efecto de la resolución de los contratos sobre las masas activa y pasiva del concurso.

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.

3. En caso de suspenderse las operaciones de liquidación con motivo de las impugnaciones del inventario o de la lista de acreedores, el juez podrá requerir a los impugnantes para que presten una caución que garantice los posibles daños y perjuicios por la demora».

Se ha expresado que la reforma concursal efectuada por la Ley 38/2011, transformó al procedimiento abreviado en una alternativa a lo que ya era una práctica de liquidación por la vía del apartado 2 del artículo 43 del LC, ofreciendo un instrumento de reestructuración del activo y pasivo concursal de mayor seguridad jurídica al adquirente³⁶⁶.

A lo anterior, se agrega un nuevo apartado 4, introducido por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de mucha relevancia para la venta de unidades productivas. El texto de este apartado 4 indica:

«4. En el caso de transmisión de unidades productivas, se tendrán en cuenta las especialidades previstas en los artículos 146 bis y 149».

Ahora bien, de acuerdo a las disposiciones que regulan el procedimiento abreviado, la apertura de la fase de liquidación se deberá acordar en el mismo auto de la declaración del

³⁶⁵ La referencia legal al artículo 190.2 de la LC, que hace el apartado 1 del artículo 191 ter, debe entenderse hecha al apartado 3 de este artículo 190.

³⁶⁶ AZOFRA (2012, p. 135).

concurso, lo que importará la tramitación en paralelo de la fase común y de la fase de liquidación (art. 191 ter.1 LC)³⁶⁷, lo que puede traer consigo riesgos de superposición entre ambas fases, que también fueron advertidos con respecto al derogado procedimiento de liquidación anticipada.

Asimismo, es necesario considerar otros extremos que puedan generar dificultades en la aplicación del procedimiento abreviado. El artículo 191 ter de la LC considera el traslado del plan de liquidación presentado por el deudor *«para que sea informado en plazo de diez días por el administrador concursal y para que los acreedores puedan realizar alegaciones»*, una vez abierta la fase de liquidación (art. 191 ter.2 LC). Este traslado inmediato debiera considerar, en el caso de la administración concursal, su aceptación del cargo, y la personación en el proceso por parte de los acreedores. En atención a ello se propone, por ejemplo, por razones de seguridad, considerar un plazo común que la norma no prevé³⁶⁸. Además, el aludido traslado no considera la prevención del artículo 148.3 de la LC, que exige someter el plan de liquidación a informe de los representantes de los trabajadores para formular observaciones o propuestas de modificación, pero que debiera tener lugar por la aplicación supletoria de las normas del procedimiento ordinario *ex* artículo 191 quáter de la LC, que previene que *«[e]n todo lo no regulado expresamente en este capítulo se aplicarán las normas previstas para el procedimiento ordinario»*.

Con el objeto de evitar que los contratos suscritos por el deudor continúen generando sus efectos, aumentando con ello los créditos contra la masa, se considera que en el auto, por el que se aprueba el plan de liquidación, el juez del concurso pueda acordar la resolución de los contratos pendientes de cumplimiento por ambas partes. Esta norma tiene por excepción a

³⁶⁷ Al respecto puede verse, *v.gr.*, concurso de Tecus Plásticos, S.L., seguido ante el Juzgado de lo Mercantil N° 10 de Barcelona (concurso voluntario 956/2013 – A), iniciado con fecha 15 de enero de 2014 declarando el concurso con apertura inmediata de la fase de liquidación por haberse presentado con la solicitud de concurso una oferta vinculante de compra de la unidad productiva de la concursada dentro del plan de liquidación, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 190.3 y 191 ter, ambos de la LC.

Con respecto a este concurso, el auto de 10 de marzo de 2014, plantea la interesante interrogante de si es necesaria autorización previa del juez del concurso para la enajenación por aplicación del artículo 43.2 de la LC. El juez del concurso considera que *«[e]n este caso, dado que se ha abierto la fase de liquidación desde el mismo momento de la declaración de concurso y ha sido aprobado judicialmente el plan de liquidación por auto de esta misma fecha, no sería propiamente aplicable el artículo 43.2 de la Ley Concursal, si bien, de una interpretación finalista de dicho artículo, es posible para el juez del concurso autorizar la enajenación de cualquier activo del concursado en cualquier momento, debiendo aplicarse en este caso los artículos 148, 149 y 155 de la Ley Concursal, al estar abierta ya la fase de liquidación»*. Esas consideraciones lo llevan a concluir que *«... en interés del concurso y de los acreedores, es posible analizar la oferta vinculante de compra de la unidad productiva a los efectos de obtener la correspondiente autorización judicial, pues la venta de la unidad productiva de la concursada permite no solamente la transmisión de los principales activos de la concursada que afectan a su continuidad, sino también, sobre todo, el mantenimiento íntegro del empleo de la concursada y, por ende, la continuidad de su actividad a través de la ofertante Class Plastics, S.L.»* (fund. der. primero).

³⁶⁸ VÁSQUEZ (2012), p. 895.

aquellos contratos que se vinculen a la oferta efectiva de compra de la unidad productiva o de parte de ella, al ser la hipótesis en que descansa, en este caso, la aplicación del procedimiento abreviado (art. 191 ter.2.III).

Por último, la transmisión de unidades productivas por medio de este procedimiento está sujeto a las especialidades previstas en los artículos 146 bis y 149 de la LC, conforme al apartado 7 del artículo 191 y apartado 4 del artículo 191 ter, ambos de la LC, incorporado por la Ley 9/2015, de 25 de mayo³⁶⁹. De este modo, en resumen, la venta de unidades productivas, cualquiera que sea la fase del concurso y procedimiento en que tenga lugar, estará siempre sujeta a las especialidades contempladas en aquellos artículos 146 bis y 149 de la LC. Lo anterior supone, al igual que en la venta de unidades productivas que tenga lugar en la fase común (ex art. 43.4 con relación al artículo 149 de la LC) y en la fase de liquidación (art. 149 de la LC), la aplicación, entre otras reglas legales, de la consagrada en el artículo 149.4 de la LC, que dispone que dichas ventas constituyen una hipótesis de sucesión de empresa a los efectos laborales y de Seguridad Social.

1.5. Plan de liquidación y reglas legales de liquidación (arts. 148 y 149 LC)

«...la administración concursal presentará al juez un plan para la realización de los bienes y derechos integrados en la masa activa del concurso que, siempre que sea factible, deberá contemplar la enajenación unitaria del conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otra unidades productivas de bienes y servicios del concursado o de alguno de ellos» (art. 148.1.I LC)³⁷⁰.

³⁶⁹ La remisión a las especialidades previstas en el artículo 146 bis de la LC, en el caso de transmisión de unidades productivas, fue objeto de una enmienda de adición, durante la tramitación legislativa de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de parte del Grupo Parlamentario Socialista, pero sin incluir una referencia también al artículo 149 de la LC (enmienda núm. 123. BOCG, Congreso de los Diputados, serie A núm. 117-2, de 12 de marzo de 2015, pág. 99), y del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, con referencia tanto al artículo 146 bis como al artículo 149, ambos de la LC (enmienda núm. 163 y 164. BOCG, Congreso de los Diputados, serie A núm. 117-2, de 12.3.2015).

³⁷⁰ El texto completo del párrafo primero del artículo 148.1 de la LC, cuya redacción actual fue incorporada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, consigna: «1. En el informe al que se refiere el artículo 75 o en un escrito que realizará dentro de los quince días siguientes al de notificación de la resolución de apertura de la fase de liquidación, la administración concursal presentará al juez un plan para la realización de los bienes y derechos integrados en la masa activa del concurso que, siempre que sea factible, deberá contemplar la enajenación unitaria del conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes y servicios del concursado o de algunos de ellos. Si la complejidad del concurso lo justificara el juez, a solicitud de la administración concursal, podrá acordar la prórroga de este plazo por un nuevo período de igual duración».

«1ª El conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes o de servicios pertenecientes al deudor se enajenará como un todo, salvo que, previo informe de la administración concursal, el juez estime más conveniente para los intereses del concurso su previa división o la realización aislada de todos los elementos componentes o sólo de algunos de ellos»
(art. 149.1.1ª LC).

1.5.1. Plan de liquidación

La noción de liquidación supone el desarrollo de dos tareas. Una, consistente en la ejecución de cuantas operaciones sean necesarias para enajenar la masa activa del concurso. Precisamente, el plan de liquidación constituye el programa de actuaciones u operaciones de liquidación que llevará a cabo la administración concursal, aprobado por el juez del concurso (*ex arts. 148 y ss. LC*). La otra, será el pago de los créditos de acuerdo con las reglas de orden y preferencia establecidas en la ley (*ex arts. 154 y ss. LC*).

a) Autoría del plan de liquidación

De acuerdo a la LC, entre las funciones que se encomiendan a la administración concursal, se encuentra la de presentar al juez del concurso *«un plan de liquidación para la realización de los bienes y derechos integrados en la masa activa del concurso»* (art. 33.1.f).2º LC). El plan de liquidación contiene las pautas de realización de la masa activa del concurso que la administración concursal ha propuesta y que debe ser concordante con las conclusiones a que arriba en su informe y la composición del activo y del pasivo del concurso.

La elaboración del plan de liquidación es, por tanto, consustancial a la labor encomendada a la administración concursal. No obstante, el procedimiento abreviado contempla también la hipótesis de un plan propuesto por el propio deudor. El artículo 190.3 de la LC dispone que dicho procedimiento tendrá lugar necesariamente cuando el deudor presente, junto con la solicitud de concurso, *«un plan de liquidación que contenga una propuesta escrita vinculante de compra de la unidad productiva en funcionamiento»*. En esta hipótesis, en la que el juez del concurso debe acordar de inmediato la apertura de la fase de liquidación (art. 191 ter.1 LC), el plan de liquidación es presentado por el concursado y de ese plan se da traslado a la administración concursal, para informe, y a los acreedores, para formular alegaciones, dentro del plazo de

diez días desde la apertura de la fase de liquidación por el secretario judicial (art. 191 ter.2.II LC).

b) Oportunidad para la presentación del plan de liquidación

De acuerdo al primer párrafo del artículo 148.1 de la LC, *«[e]n el informe al que se refiere el artículo 75 o en un escrito que realizará dentro de los quince días siguientes al de notificación de la resolución de apertura de la fase de liquidación, la administración concursal presentará al juez un plan para la realización de los bienes y derechos integrados en la masa activa del concurso. El juez del concurso puede acordar la prórroga del plazo señalado por un nuevo período de igual duración, a solicitud de la administración concursal, si la complejidad del concurso lo justifica (art. 148.1.I LC).*

Conforme a lo anterior, por tanto, en el supuesto de procedimiento ordinario, la administración concursal deberá acompañar, en primer término, su plan de liquidación al informe que debe elaborar y presentar dentro del plazo de dos meses, contados a partir de la fecha en que se produzca la aceptación al cargo (art. 75.2 con relación al art. 74.1, ambos de la LC).

Por otra parte, en el procedimiento abreviado, si la fase de liquidación se apertura con anterioridad a la presentación del informe que la administración concursal debe elaborar de acuerdo al artículo 75 de la LC, éste informe y el plan de liquidación anexo al mismo deben ser presentados dentro del plazo de un mes, contado a partir de la aceptación del cargo, que el juez del concurso podrá prorrogar por una vez, hasta por de quince días, a solicitud de la administración concursal (art. 191.1 LC).

En cambio, si apertura de la fase de liquidación tiene lugar con posterioridad a la presentación del informe provisional por parte de la administración concursal, como sucede cuando la solicitud de liquidación se efectúa por parte del deudor, quien en cualquier momento puede pedirla (art. 142.1 LC), la administración concursal deberá presentar el plan de liquidación en el plazo de quince días, contados desde la apertura de la fase de liquidación.

En la hipótesis excepcional, contemplada en el procedimiento abreviado, en que el plan de liquidación es elaborado por el concursado, conteniendo una propuesta escrita vinculante de compra de la unidad productiva en funcionamiento, el plan será presentado por el concursado junto con la solicitud de concurso (art. 190.3 LC). La administración concursal deberá emitir un informe dentro del plazo de diez días desde el secretario judicial de traslado

a dicho plan a la administración concursal, para que informe, y a los acreedores, para formular alegaciones del mismo (art. 191 ter2.I LC). A través de su informe la administración concursal deberá formular las soluciones alternativas o modificaciones que estime conveniente a objeto de maximizar el valor del activo y obtener una mejor satisfacción del interés del concurso. En este aspecto, como veremos, teniendo en cuenta los criterios que orienta la liquidación (*ex* arts. 148 y 149 LC), y partiendo de la base de que el plan presentado por el concursado descansa en una propuesta escrita vinculante de compra de un unidad productiva en funcionamiento.

c) Contenido del plan de liquidación

El plan confiere a la administración concursal un amplio margen de autonomía o flexibilidad, a fin de que aquella pueda considerar las particulares circunstancias del concurso, las operaciones concretas de liquidación pertinentes para la realización de los bienes y derechos que conforman la masa activa, y los tiempos necesarios para ello. El plan permite la ordenación sistemática y económicamente racional de la realización forzosa de los bienes del deudor concursado, con el fin de satisfacer los intereses de la colectividad de acreedores.

La Ley Concursal, junto con regular aspectos formales relativos a la elaboración, presentación y tramitación del plan de liquidación, precisa sólo parcialmente su posible contenido, estableciendo más bien parámetros legales. En este aspecto debemos recordar que el análisis que debe sustentar dicho plan descansa en criterios especialmente de carácter económico. No obstante lo dicho, es posible precisar lo siguiente:

- i) El apartado 1 del artículo 148 de la LC, señala, en primer término, que el plan para la realización de los bienes y derechos integrados en la masa activa del concurso, siempre que sea factible, debe *«contemplar la enajenación unitaria del conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes y servicios del concursado o de algunos de ellos»* (art. 148.1.I LC). Punto que hemos considerado al examinar la preferencia normativa por la venta unitaria de la empresa o de sus unidades productivas, que se observa también el artículo 149.1.1^a, que consagra la primera de las reglas legales supletorias al plan de liquidación.
- ii) Todo plan debiera contener, además, una determinación de los bienes y derechos integrados en la masa activa del concurso, conforme al inventario que elabora la

propia administración concursal, que debe contener una estimación del valor real de los bienes y derechos del concursado, incluyendo una valorización global de la empresa o de sus unidades productivas *ex* artículos 82 y 148.1 de la LC³⁷¹.

- iii) Igualmente, el plan de liquidación debe pronunciarse sobre el procedimiento de realización de los bienes. La flexibilidad y el margen de discrecionalidad que se le reconoce a la administración concursal a la hora de elaborar su plan de liquidación, le permiten considerar y elegir la alternativa que considere más apropiada para llevar a cabo la realización de los bienes. En este aspecto, la administración concursal podrá considerar las opciones de la subasta pública, con las particularidades que estime convenientes con relación a los parámetros consignados en la LEC, o la realización mediante una venta directa.

La administración concursal deberá ponderar la posibilidad que concurren mayores oferentes en una venta en pública subasta, por la mayor publicidad y transparencia que supone, versus la celeridad y ahorro de costes que puede traer consigo una venta directa y que garantice mínimos de publicidad y transparencia.

Sólo de manera supletoria, si el plan de liquidación no hubiere previsto la forma de realización, la LC concursal prevé que la enajenación del conjunto o, en su caso, de cada unidad productiva, se haga mediante subasta. Incluso, en este caso, el juez puede *«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,*

³⁷¹ El artículo 82 de la LC, que se refiere a la formación del inventario por parte de la administración concursal, considera las siguientes prevenciones a su respecto, que determinan el contenido del inventario, de mucha importancia a la hora de formular la venta de unidades productivas, en lo pertinente: *«1. La administración concursal elaborará a la mayor brevedad posible un inventario que contendrá la relación y el avalúo de los bienes y derechos del deudor integrados en la masa activa a la fecha de cierre, que será el día anterior al de emisión de su informe (...).*

2. De cada uno de los bienes y derechos relacionados en el inventario se expresará su naturaleza, características, lugar en que se encuentre y, en su caso, datos de identificación registral. Se indicarán también los gravámenes, trabas y cargas que afecten a estos bienes y derechos, con expresión de su naturaleza y los datos de identificación.

3. El avalúo de cada uno de los bienes y derechos se realizará con arreglo a su valor de mercado, teniendo en cuenta los derechos, gravámenes o cargas de naturaleza perpetua, temporal o redimible que directamente les afecten e influyan en su valor, así como las garantías reales y las trabas o embargos que garanticen o aseguren deudas no incluidas en la masa pasiva.

4. Al inventario se añadirá una relación de todos los litigios cuyo resultado pueda afectar a su contenido y otra comprensiva de cuantas acciones debieran promoverse, a juicio de la administración concursal, para la reintegración de la masa activa. En ambas relaciones se informará sobre viabilidad, riesgos, costes y posibilidades de financiación de las correspondientes actuaciones judiciales.

5. Los bienes de propiedad ajena en poder del concursado y sobre los que este tenga derecho de uso, no serán incluidos en el inventario, ni será necesario su avalúo, debiendo figurar únicamente el derecho de uso sobre el mismo del arrendatario financiero concursado».

considere que es la forma más idónea para salvaguardar los intereses del concurso» (art. 149.1.1ª.I LC).

- iv) Desde la reforma efectuada por el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, y que recoge la Ley 9/2015, de 25 de mayo, *«en el plan de liquidación podrá preverse la cesión de bienes o derechos en pago o para pago de los créditos concursales, con las limitaciones y el alcance previsto, respecto a los bienes afectos a una garantía, en el apartado 4 del artículo 155»* (art. 148.5 LC). Este nuevo precepto tiene como excepción a los acreedores públicos, siguiendo una línea en relación a estos créditos por parte de las reformas aludidas.
- v) Tras la precisión efectuada por parte de la referida Ley 9/2015, tienen el carácter supletorio las reglas legales de las previstas en el apartado 1 del artículo 149 de la LC, no así las restantes reglas previstas en este artículo –recogidas a partir de su apartado 2-, que, por tanto, resultan de aplicación a toda liquidación.

Esto conlleva a que en la determinación del contenido del plan de liquidación estén llamadas a aplicarse las *reglas legales* contenidas en el artículo 149.1 de la LC, pero solo de modo supletorio. Entrarán en juego, por tanto, cuando aquel plan de liquidación no sea aprobado, y también en todo aquello que no se contemple en el plan admitido o al que el propio plan se remita. Por esa vía, el plan de liquidación puede recoger las previsiones que contempla el artículo 149.1 de la LC, como reglas legales supletorias, respecto de una propuesta de venta en bloque de la empresa o de sus unidades productivas. Por ejemplo, el plan de liquidación podría proponer que se lleve a cabo la venta de las unidades productivas por medio de una venta directa, pero estableciendo un plazo para que aparezcan interesados en la adquisición, tras lo cual, si no los hubiere, se aplique una venta a través de subasta pública. Obviamente, si el plan de liquidación elaborado por la administración concursal no fuere aprobado, las operaciones de liquidación deberán ajustarse precisamente a lo indicado en las reglas legales supletorias.

En cambio, tratándose de las reglas legales previstas desde el apartado 2 al 5 del artículo 149 de la LC, su aplicación al plan de liquidación debe ser considerada imperativamente por la administración concursal y por el juez del concurso. Entre estas reglas se encuentra, como hemos expresado anteriormente, las prevenciones del apartado 4 de dicho artículo, que supone un cambio o giro copernicano en materia

de venta de unidades productivas en el ámbito concursal, como hemos expresado y cuyos pormenores examinaremos más adelante.

d) Observaciones y propuestas de modificación al plan de liquidación

Como atribución de la administración concursal, el plan de liquidación no requiere del consentimiento ni del deudor, ni de los acreedores o de los trabajadores, sino que sea puesto en conocimiento de éstos a fin de que puedan formular observaciones o propuestas de modificación³⁷². Una vez presentado el plan de liquidación propuesto por la administración judicial, el secretario judicial debe ponerlo de manifiesto en la oficina judicial y en los lugares que a este efecto designe, anunciándolo en la forma que estime conveniente, conforme al artículo 148.1.II de la LC.

Esta publicidad del plan de liquidación permite que los acreedores concursales y el concursado puedan formular observaciones al mismo o propuestas de modificación, dentro del plazo de quince días siguientes a la fecha en que el plan ha quedado manifiesto en la oficina judicial del tribunal (art. 148.2 LC). Asimismo, indica el apartado 3 el artículo 148 de la LC, el plan de liquidación debe ser sometido a informe de los representantes de los trabajadores, a fin de que éstos puedan también formular observaciones o propuestas de modificación.

e) Posición de los trabajadores en el contenido del plan de liquidación

Sobre la situación de los trabajadores de cara a la elaboración del plan de liquidación, por una parte, debemos tener presente que la sucesión de empresa es una hipótesis cuya aplicación en el ámbito concursal viene dada, en última instancia, por preceptos de carácter imperativo *ex* artículo 44 del ET³⁷³. El tenor del apartado 2 de este artículo, que dispone que «*se considerará*

³⁷² Sistemas jurídicos, como el de Italia y Chile, por ejemplo, sujetan los planes de liquidación al acuerdo de la junta o comité de acreedores.

³⁷³ El artículo 44 del ET, regula la sucesión de empresa en el ámbito laboral Conforme al apartado 1 de dicho precepto: «*El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente.*»

El apartado 2, a su vez, previene que «*A los efectos de lo previsto en el presente artículo, se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorias.*»

que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria», es recogido en el artículo 149.4 de la LC, para considerar, a los efectos laborales y de Seguridad Social, que existe sucesión de empresa en la enajenación del conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes o de servicios pertenecientes al deudor. El artículo 149.4 de la LC, *ex* Ley 9/2015, de 25 de mayo, considera la sucesión de empresa a efectos laborales y de Seguridad Social, tal como se expresa también el artículo 44.1 del ET.

Por otro lado, la Ley Concursal prevé que, en el caso de que el plan de liquidación prevea la extinción, suspensión o modificación de los contratos de trabajo, debe cumplirse previamente con las normas a lo dispuesto en el artículo 64 de la LC (art. 148.4 LC)³⁷⁴. El citado contiene disposiciones de especial relevancia dentro del concurso al regular diversos extremos relativos a los contratos de trabajo que vinculan al concursado y sus trabajadores y que deben ser considerados imperativamente en las soluciones que se puedan ir planteando en el seno de cualquier concurso de acreedores, y cuyas prevenciones reconducen al concurso a las normas del Estatuto de los Trabajadores. El apartado 11 y final del artículo 64 de la LC dispone que: *«En todo lo no previsto en este artículo se aplicará la legislación laboral y, especialmente, mantendrán los representantes de los trabajadores cuantas competencias les atribuye la mismas»*³⁷⁵. No es un dato menor, por tanto, el hecho que dicha disposición haya sido objeto de modificaciones de parte de todos los cuerpos legales que han innovado en el texto de la Ley Concursal, incluyendo a la reciente Ley 9/2015, de 25 de mayo.

f) Aprobación del plan de liquidación

Transcurrido el plazo que la LC concede a los acreedores concursales, al concursado y a los representantes de los trabajadores, a objeto de que puedan formular observaciones o propuestas de modificación al plan de liquidación promovido por la administración concursal, procede que el juez, a través de un auto, *«según estime conveniente para el interés del*

³⁷⁴ El apartado 4 del artículo 148 de la LC, en concordancia con lo señalado, indica que: *«En el caso de que las operaciones previstas en el plan de liquidación supongan la modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, incluidos los traslados colectivos, o la suspensión o extinción colectivas de las relaciones laborales, previamente a la aprobación del plan, deberá darse cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 64»*.

³⁷⁵ Sobre las especiales implicancias de las relaciones laborales y derechos de los trabajadores en el seno del concurso de acreedores, puede verse, *v.gr.*, MONTOYA (2013), ORELLANA CANO, Nuria (2012), ORELLANA CANO, Ana María (2011), y MERCADER (2014).

concurso», resuelva «aprobar el plan en los términos en que hubiera sido presentado, introducir en él modificaciones o acordar la liquidación conforme a las reglas legales supletorias» (art. 148.2 LC).

Conforme a lo anterior, por tanto, basado en el interés del concurso, el juez puede acordar: i) aprobar el plan propuesto en los términos en que se hubiera formulado, ii) introducir en él modificaciones o iii) que se practique la liquidación conforme a las reglas legales supletorias dispuesta en el apartado 1 del artículo 149 de la LC. De ser aprobado el plan, le serán aplicables las reglas legales supletorias previstas en el artículo 149.1 de la LC, *«en lo que no hubiere previsto»* en él.

El juez del concurso puede, igualmente, cuando lo estime conveniente para el interés del concurso, introducir modificaciones a la propuesta de plan de liquidación, recogiendo de esa manera las observaciones o modificaciones propuestas por los acreedores concursales, el concursado o los representantes de los trabajadores, que según su parecer deben ser consideradas en el plan de liquidación, de acuerdo a la normativa concursal y los demás antecedentes que forman parte del concurso.

El juez también puede acordar que la liquidación se lleve a cabo según las reglas legales supletorias, desestimando la proposición de plan de liquidación, como asimismo, las observaciones y modificaciones propuestas. El artículo 149.1 de la LC, en concordancia con ello, dispone que las reglas de carácter supletorio que en él se prevén para las operaciones de liquidación, tendrán aplicación *«[de] no aprobarse un plan de liquidación»*.

Dentro de los acuerdos que puede adoptar el juez del concurso, se encuentra también la atribución de poder ordenar, de oficio o a instancia de parte, *«la consignación en la cuenta del juzgado de hasta un 15 por ciento de lo que se obtenga en cada una de las enajenaciones de los bienes y derechos que integran la masa activa o de los pagos en efectivo que se realicen con cargo a la misma»*. Esta prevención, que se añade por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, tiene por objeto *«hacer frente a las cantidades que resulten a deber a determinados acreedores, conforme a los pronunciamientos judiciales que se emitan en los recursos de apelación que pudieran interponerse frente a actos de liquidación»*. Una vez resueltos los recursos de apelación o expirado el plazo para su interposición, dicha cantidad debe ser liberada, y el remanente debe ser destinado al pago de los créditos según el orden de prelación, teniendo en cuenta la parte de créditos que ya hubieren sido satisfechos (art. 148.6 LC).

La aprobación del plan de liquidación, obliga a la administración a remitir al portal de liquidaciones concursales del Registro Público Concursal, en el caso de concursos de

personas jurídicas, toda aquella información que resulte necesaria para facilitar su enajenación (art. 148.7.I LC). El párrafo segundo del apartado citado, dispone particularmente que se informe sobre algunos extremos, a saber: forma jurídica de la empresa, sector al que pertenece, ámbito de actuación, tiempo de funcionamiento de la empresa, volumen de negocios de la misma, tamaño de balance, número de trabajadores, inventario de los activos más relevantes de la empresa, contratos vigentes con terceros, licencias y autorizaciones administrativas vigentes, pasivos de la empresa, procesos judiciales, administrativos, arbitrales o de mediación en los que estuviera incurso y aspectos laborales relevantes.

Se trata, por ende, de información especialmente relevante y de interés para los potenciales interesados en la adquisición unitaria del activo, sea con referencia a toda la empresa o algunas de sus unidades productivas. Precisamente, ese el objeto de esta prevención incorporada por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, que recoge una práctica iniciada exitosamente por un acuerdo de los juzgados de lo mercantil de Catalunya con la *Direcció General d'Indústria de la Generalitat de Catalunya*, que desde el año 2013 ha venido informando de las oportunidades de venta de unidades productiva en el ámbito concursal a través del canal empresa de la web de dicha entidad (www20.gencat.cat; <http://canalempresaweb.gencat.cat/es/index.html>)³⁷⁶.

Tras su aprobación, la administración concursal no requerirá contar con autorizaciones judiciales para cada actuación en particular. Como se dijo, a ella corresponde elaborar y proponer el plan de liquidación atendidas la situación y características concretas del concurso de que se trate, estableciendo las pautas con arreglo a las cuales se llevará a cabo la liquidación de la masa activa y el subsiguiente pago a los acreedores según las reglas de prelación³⁷⁷.

El artículo 148.2 de la LC contempla el régimen de impugnación de la decisión del juez del concurso con respecto al plan de liquidación. La misma norma citada dispone que contra este auto podrá interponerse recurso de apelación (art. 148.2 LC). No procedería, al no estar contemplada una hipótesis en tal sentido, el recurso de casación contra de este auto (art. 197.7 LC)

³⁷⁶ Siguiendo esa efectiva medida que permite atraer más y mejores ofertas de compra, la Ley 9/2015, 25 de mayo, considera, en su disposición adicional segunda, el establecimiento de un portal de acceso telemático, indicando que: «[en] el plazo de nueve meses, se creará en el Registro Público Concursal un portal de acceso telemático en el que figurará una relación de las empresas en fase de liquidación concursal y cuanta información resulte necesaria para facilitar la enajenación del conjunto de los establecimientos y explotaciones o unidades productivas».

³⁷⁷ El hecho de que el plan de liquidación sea originado a partir de una propuesta en tal sentido formulada por la administración concursal, y aprobada judicialmente, diferencia este plan de los convenios liquidatorios que contempla la Ley de Enjuiciamiento Civil (arts. 636.2 y 640), que descansan en el acuerdo de las partes.

1.5.2. Reglas legales de liquidación

Como hemos venido señalando, las reglas legales supletorias se aplican en caso de ausencia de un plan de liquidación, pero también en lo no previsto en éste³⁷⁸. Esto permitiría al juez del concurso combinar en cierta manera el plan de liquidación y las reglas legales supletorias, cuando habiéndose propuesto un plan éste hubiere sido aprobado recogiendo algunas o todas las observaciones formuladas a su respecto, y deba ser completado con las reglas previstas en el artículo 149.1 de la LC³⁷⁹. Debemos considerar, igualmente, las remisiones expresas que se hagan a las reglas legales del artículo 149.1 de la LC, que aparezcan contempladas en el propio plan de liquidación.

En los casos de ausencia de plan, por la falta de propuesta o el rechazo judicial al mismo, o, lo que es más frecuente o probable, frente a un plan incompleto o insuficiente, la aplicación de las reglas legales supletorias resulta vinculante. La administración concursal será el órgano liquidador a cargo de las operaciones de liquidación, que se llevarán a efecto, no de conformidad a un plan elaborado y propuesto por ella, sino de acuerdo a lo ordenado por el juez del concurso.

Junto a esas reglas de carácter supletorio, el artículo 149 de la LC contempla, en sus apartados 2 a 5, reglas legales de liquidación que, como hemos expresado, deben ser consideradas imperativamente por la administración concursal al momento de elaborar su propuesta de plan de liquidación.

a) Evolución normativa de las reglas legales de liquidación

El artículo 149 de la LC ha sido objeto de una de evolución normativa que da cuenta del desarrollo que la propia LC ha tenido durante sus más de diez de vigor.

El texto original del citado artículo 149 de la LC estaba conformado sólo por dos apartados. El primero era del siguiente tenor:

³⁷⁸ Se ha consignado que el artículo 149.1 de la LC no consideraría la hipótesis de una falta u omisión de un plan de liquidación. Si la administración concursal no cumple con su deber de presentar una propuesta de plan para su aprobación judicial, el juez debería, según algunos, acordar la separación de los administradores incumplidores, conforme al artículo 37 de la LC, o bien, requerir a los administradores para su cumplimiento (GARCÍA-CRUCES [2011], p. 255). Esta discusión tiene su antecedente, también, en el breve plazo de quince días que contempla el artículo 148.1 LC para la presentación de la propuesta de plan.

³⁷⁹ HERNÁNDEZ (2011), p. 207.

«1. De no aprobarse un plan de liquidación y, en su caso, en lo que no hubiere previsto el aprobado, las operaciones de liquidación se ajustarán a las siguientes reglas:

1.ª El conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes o de servicios pertenecientes al deudor se enajenará como un todo, salvo que, previo informe de la administración concursal, el juez estime más conveniente para los intereses del concurso su previa división o la realización aislada de todos los elementos componentes o sólo de algunos de ellos. La enajenación del conjunto o, en su caso, de cada unidad productiva se hará mediante subasta y si ésta quedase desierta el juez podrá acordar que se proceda a la enajenación directa.

Las resoluciones que el juez adopte en estos casos deberán ser dictadas previa audiencia, por plazo de quince días, de los representantes de los trabajadores y cumpliendo, en su caso, lo previsto en el apartado 3 del artículo 148. Estas resoluciones revestirán la forma de auto y contra ellas no cabrá recurso alguno.

2.ª En el caso de que las operaciones de liquidación supongan la extinción o suspensión de contratos laborales, o la modificación en las condiciones de trabajo, se estará a lo dispuesto en el artículo 64 de esta Ley.

3.ª Los bienes a que se refiere la regla 1.ª, así como los demás bienes y derechos del concursado se enajenarán, según su naturaleza, conforme a las disposiciones establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil para el procedimiento de apremio. Para los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial se estará a lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 155.

En caso de enajenación del conjunto de la empresa o de determinadas unidades productivas de la misma se fijará un plazo para la presentación de ofertas de compra de la empresa, siendo consideradas con carácter preferente las que garanticen la continuidad de la empresa, o en su caso de las unidades productivas, y de los puestos de trabajo, así como la mejor satisfacción de los créditos de los acreedores. En todo caso serán oídos por el juez los representantes de los trabajadores».

El primer párrafo de la regla 1ª, del apartado 1 del artículo 149 de la LC, ha mantenido, en su primera parte, su redacción original, dando cuenta de la importancia que se asigna a la venta unitaria de la empresa o de sus unidades productivas, como instrumento para alcanzar la mejor satisfacción de los acreedores del concurso y la conservación de la empresa y puestos de trabajo, en armonía con la preferencia legislativa que presenta el apartado 1, del artículo 148 de la LC. Se da preferencia a la venta unitaria del conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes o servicios, autorizando al juez del concurso para apartarse de esta opción únicamente cuando, previo informe de la administración concursal, *«estime más conveniente para los intereses del concurso su previa división o la realización aislada de todos los elementos componentes o sólo de algunos de ellos»*.

En virtud de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, que recoge las modificaciones efectuadas por el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, la prevención relativa a la modalidad para llevar a cabo la venta unitaria ha sido escindida del primer párrafo, pasando a ser un párrafo segundo en la regla 1ª del apartado 1 del artículo 149 de la LC, con el siguiente tenor:

«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».

Si bien se establece que la modalidad de venta de la empresa o unidad productiva es la subasta, se faculta al juez del concurso para acudir a la enajenación directa o a la enajenación por medio de una persona o entidad especializada, que se incorpora como alternativa de enajenación, no sólo en caso de que la subasta quede desierta, sino en aquel caso en que, teniendo a la vista el informe de la administración concursal, considere que acudir a estas formas de enajenación *«es la forma más idónea para salvaguardar los intereses del concurso»*. Si la alternativa es por medio de una persona o entidad especializada ello tendrá lugar con cargo a las retribuciones de la propia administración concursal. Esto es, por razones obvias, un desincentivo para que se recurra a asesoría especializada en esta materia, que podría contribuir a mejor la eficiencia y eficacia del proceso de venta de las unidades productivas.

Por su parte, con la división del párrafo primero en dos, tras las modificaciones efectuadas por el Real Decreto-ley 11/2014 y la Ley 9/2015, el párrafo segundo se ubica como párrafo tercero dentro de la regla 1ª.

Por su parte, la regla 2ª, del apartado 1 del artículo 149 de la LC, fue modificado por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, para hacerle aplicable el artículo 64 de la LC, «*[e]n el caso de que las operaciones de liquidación supongan la modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, incluidos los traslados colectivos y la suspensión o extinción colectivas de las relaciones laborales*». La Ley 38/2011, modificó sustancialmente también el aludido artículo 64 de la LC, «*para evitar tanto conflictos con la jurisdicción social y la autoridad laboral*» como para incrementar «*el peso de la valoración que se ha de hacer en el concurso de su impacto sobre los trabajadores*». De esta manera, la aludida regla 2ª, al igual que el apartado 4, del artículo 148 de la LC, reglamenta los alcances laborales de las operaciones de liquidación, disponiendo que cuando éstas supongan la modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, incluidos los traslados colectivos y la suspensión o extinción colectivas de las relaciones laborales, resultará aplicable lo dispuesto en el artículo 64 de la LC. Esta regla permite, en su caso, por ejemplo, que un posible interesado en la adquisición de la empresa o de alguna de sus unidades productivas pueda formular una oferta que suponga una modificación en las condiciones de los trabajadores o con medidas que supongan la extinción de contratos de trabajo a través de un expediente de regulación del empleo de acuerdo al citado artículo 64 de la LC.

La regla 3ª también fue modificada por el Real Decreto-ley 11/2014, y luego sustituida, en su contenido, por la Ley 9/2015. El primer cuerpo legal, complementó la regla 3ª a fin de establecer un estatuto que regula las cargas sobre los bienes y derechos afectos a crédito con privilegio especial cuando ellos estuvieren incluidos en la venta unitaria de la empresa o unidad productiva, dependiendo de si la transmisión tiene lugar con o sin subsistencia de la garantía. Estas prevenciones han pasado a formar parte del apartado 2 actualmente en vigor, conforme a la modificación realizada por la citada Ley 9/2015. Como regla 3ª, en sustitución, la Ley 9/2015 ha incorporada la siguiente prevención supletoria al plan de liquidación:

«3.ª No obstante lo previsto en la regla 1.ª, entre ofertas cuyo precio no difiera en más del 15 por ciento de la inferior, podrá el juez acordar la adjudicación a esta cuando considere que garantiza en mayor medida la continuidad de la empresa, o en su caso de las unidades productivas, y de los puestos de trabajo, así como la mejor satisfacción de los créditos de los acreedores».

Los criterios dispuestos en la regla 1ª, para el procedimiento de venta y adjudicación de la empresa o unidad productiva, se complementan con la prevención de esta regla 3ª, en sintonía con el objetivo de dar continuidad a la empresa o unidades productivas que se transmite. Como veremos, el precio de compra es el primero de los parámetros a considerar en la venta de la unidad productiva, pero deber ser considerado en armonía con otros parámetros, continuidad de la empresa y de los puestos de trabajo, permitiendo la consecución de todas finalidades del concurso.

Por último, como se señaló, se debe tener presente que a partir de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, sólo tiene el carácter de supletorias las reglas legales de liquidación previstas en el apartado 1 del artículo 149 de la LC, hasta aquí expuestas.

En cuanto a las reglas de aplicación imperativa a la liquidación, en primer debemos considerar la regla recogida en el apartado 2 del artículo 149 de la LC. Dicho apartado expresaba originalmente:

«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, 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».

Sin duda, uno de los cambios más sustanciales que ha experimentado este apartado 2 – hoy apartado 4, como veremos-, y en general, el artículo 149 de la LC, se encuentra en que, en virtud de las recientes modificaciones legales, la sucesión de empresa no sólo se entienda «a los efectos laborales», sino también de la «Seguridad Social», cuando la enajenación como un todo del «conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes o de servicios pertenecientes al deudor» traiga consigo que «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».

La nueva redacción del apartado 2 fue dada por el referido Real Decreto-ley, y fue recogida por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, que trasladó el contenido de este apartado al actual y nuevo apartado 4 del artículo 149 de la LC. La redacción de este apartado es:

«4. 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 cesionario y los representantes de los trabajadores podrán suscribir acuerdos para la modificación de las condiciones colectivas de trabajo».

Por su parte, el contenido asignado al apartado 2 del artículo 149 de la LC, por la Ley 9/2015, es el siguiente:

«2. Los bienes a que se refiere la regla 1.ª del apartado anterior, así como los demás bienes y derechos del concursado se enajenarán, según su naturaleza, conforme a las previsiones contenidas en el plan de liquidación y, en su defecto, por las disposiciones establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil para el procedimiento de apremio.

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 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.

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».

En el contexto de que se trata de una transmisión a título singular de bienes, el apartado 2 del artículo 149 de la LC, dispone que los bienes y derechos del concursado se enajenarán, según su naturaleza, conforme a las previsiones dispuestas en el plan de liquidación y, en su defecto, por las disposiciones establecidas en la LEC para el procedimiento de apremio³⁸⁰. Ello, sin perjuicio de las exigencias que el apartado 3 dispone para la subasta en caso de enajenación del conjunto de la empresa o de determinadas unidades productivas.

El apartado 2, además, contiene prevenciones especiales respecto de los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial, que son de máxima importancia en la liquidación unitaria, especialmente en la venta de unidades productivas. Con carácter general, se estará

³⁸⁰ Esa referencia a la LEC es concordante con el carácter de derecho procesal supletorio que le otorga la disposición final quinta de la LC a ese cuerpo legal.

con relación a esos bienes y derechos, a lo dispuesto en el apartado 4, del artículo 155 de la LC³⁸¹, pero si los mismos estuviesen incluidos en los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes o de servicios pertenecientes al deudor que se enajenan en conjunto, se aplicarán imperativamente reglas especiales que contempla el apartado 2 del artículo 149 de la LC, que permiten su transmisión con subsistencia o no de la garantía respectiva, y que analizaremos luego con detención.

En cuanto al apartado 3 del artículo 149 de la LC, aquel fue agregado por la referida Ley 38/2011, de 10 de octubre, y en él se establece la regla de que la transmisión de tiene lugar en la liquidación concursal se hace libre de todas las cargas anteriores al concurso, salvo de aquellas que gocen de privilegio especial conforme al artículo 90 de la LC. El tenor del apartado 3 fue originalmente:

«3. El auto de aprobación del remate o de la transmisión de los bienes o derechos realizados ya sea de forma separada, por lotes o formando parte de una empresa o unidad productiva, acordará la cancelación de todas las cargas anteriores al concurso constituidas a favor de créditos concursales que no gocen de privilegio especial conforme al artículo 90».

Este apartado fue modificado, también, por el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, para establecer que la liberación de cargas que opera a favor del adquirente, no comprende las cargas que gocen de privilegio especial, consignados en el artículo 90 de la LC, y que le hayan sido transmitidos con subsistencia del gravamen.

«3. En el auto de aprobación del remate o de la transmisión de los bienes o derechos realizados ya sea de forma separada, por lotes o formando parte de una empresa o unidad productiva, el juez acordará la cancelación de todas las cargas anteriores al concurso constituidas a favor de créditos concursales, salvo las que gocen de privilegio especial conforme al artículo 90 y se hayan transmitido al adquirente con subsistencia del gravamen».

Este apartado 3 ha pasado a ser el actual apartado 5 del artículo 149 de la LC, tras la reforma que ha efectuado la Ley 9/2015, de 25 de mayo, conservando allí su contenido. De acuerdo

³⁸¹ Cuyo tenor es: «4. La realización en cualquier estado del concurso de los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial se hará en subasta, salvo que, a solicitud de la administración concursal o del acreedor con privilegio especial dentro del convenio, el juez autorice la venta directa o la cesión en pago o para el pago al acreedor privilegiado o a la persona que él designe, siempre que con ello quede completamente satisfecho el privilegio especial, o, en su caso, quede el resto del crédito reconocido dentro del concurso con la calificación que corresponda» (art. 155.4 de la LC).

a esta prevención, en el auto de aprobación de la adjudicación de los bienes o derechos que conforman la empresa o unidad productiva, el juez debe acordar *«la cancelación de todas las cargas anteriores al concurso constituidas a favor de créditos concursales, salvo las que gocen de privilegio especial conforme al artículo 90 de la LC y se hayan transmitido al adquirente con subsistencia del gravamen»*; ello en concordancia con la reglas relativas a la transmisión de bienes o derechos afectos a créditos con privilegio especial, dispuestas en el apartado 2 del artículo 149 de la LC. Para dichos efectos, el juez del concurso debe expedir el respectivo mandamiento de cancelación de cargas³⁸².

Por otra parte, en reemplazo del contenido del apartado 3, el actual tiene el siguiente contenido, incorporado por la Ley 9/2015:

«3. 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 este apartado».

³⁸² Sobre el alcance y sentido del artículo 149.5 de la LC, respecto de la cancelación de las cargas, puede verse SAP de Lugo (secc. 1ª), núm. 79/2015, de 25.2.2015 (concurso Gentina, S.A.; Roj: SAP LU 137/2015 - ECLI:ES:APLU:2015:137), que si bien no puede basarse *ratione temporis* en el apartado 5 (apartado 3, en el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre), sí lo emplea como criterio interpretativo.

Queda construido, de esta manera, un nuevo artículo 149 en la LC, que en cuanto a su contenido tiene especial relevancia y consecuencias para la venta de unidades productivas, y sobre ello nos referiremos en el siguiente acápite de este trabajo.

b) Impacto de las reglas legales de liquidación en la venta de unidades productivas

Analizada la estructura y el contenido que las reglas legales de liquidación presentan hoy, podemos señalar:

- i) Con carácter general, a partir de la modificación efectuada al artículo 149 de la LC por Ley 9/2015, de 25 de mayo, las reglas previstas en él son calificadas como «*reglas legales de liquidación*», conservando el carácter de reglas legales «*supletorias*» únicamente aquellas recogidas en el apartado 1 del artículo 149 de la LC, que serán de aplicación «*[d]e no aprobarse un plan de liquidación y, en su caso, en lo que no hubiere previsto el aprobado*».
- ii) Lo anterior trae consigo la aplicación imperativa del conjunto de prevenciones que conforman los apartados 2, 3, 4 y 5 del artículo 149 de la LC, dentro de las que adquiere especial trascendencia aquella contenida en el apartado 4 del dicho artículo, que hace aplicable el criterio de sucesión de empresa a la venta de unidades productivas tanto a los efectos laborales como de Seguridad Social.
- iii) El tratamiento de los créditos de la Seguridad Social, en virtud del aludido artículo 149.4 de la LC, no es consistente ni coherente con las finalidades del concurso, de obtener el mayor pago posible de los créditos del concurso, bajo un principio de *par condicio creditorum*, y la conservación la empresa o de alguna de sus unidades productivas y de los puestos de trabajo asociados, especialmente en momentos de profunda crisis económica, siempre que sea factible.
- iv) Tampoco es concordante con la experiencia acumulada durante una década de aplicación de la Ley Concursal, a la cual han contribuido la doctrina, la jurisprudencia mercantil y textos legales como la Ley 38/2011. El objetivo de proveer de una liquidación concursal de carácter cada vez más reglada, dotada de una normativa que se haga cargo de sus aspectos fundamentales, como pretende la Ley 9/2015, si bien puede ser considerado como una ventaja para la transmisión de la empresa concursada y de sus unidades productivas, la verdad es que en los hechos aquello ha contribuido a producir el efecto totalmente contrario, privando a la venta de unidades

concursoales de los elementos que le proporcionaban certeza jurídica y de un régimen favorable al adquirente, y por tanto, del incentivo para su adquisición, llevando la venta de unidades productivas en sede concursal a un puto cero.

En el desarrollo de la siguiente sección, en la que abordaremos de manera particular la venta de unidades productivas, pretendemos poner evidencia tales conclusiones previas.

2. VENTA DE UNIDADES PRODUCTIVAS

Como hemos señalado, la venta de la empresa o de alguna de sus unidades productivas constituye una opción preferente de liquidación concursal, pero sólo cuando resulta más favorable o ventajosa para el interés del concurso, y supone, en el caso de la enajenación de dichas unidades, que ellas existan como tales, en tanto conjunto de medios en funcionamiento susceptibles de llevar a cabo una actividad económica³⁸³.

³⁸³ *Vid supra*, p. 29 y ss.

De modo paralelo al examen de la venta en bloque de la empresa o de unidades productivas, tema sobre el cual versa este capítulo del trabajo, puede plantearse como interrogante de discusión si la transmisión de la empresa o de alguna de sus unidades productivas puede tener lugar también por medio de modificaciones estructurales a las que se someta la sociedad concursada como parte de las operaciones de liquidación concursal. Ello, en atención a que el convenio concursal contempla expresamente la posibilidad de que la sociedad concursada pueda ser objeto de una operación de modificación estructural; en particular, de operaciones de reestructuración societaria de carácter traslativas, como la fusión, la escisión y la cesión global de activo y pasivo de la persona jurídica concursada, conforme al apartado 3, del artículo 100 de la LC.

La Ley Concursal nada dice, en cambio, sobre la posibilidad de que la sociedad concursada pueda ser sometida a una operación de esa naturaleza durante la fase de liquidación. Si recogemos el alcance y sentido que hemos venido recogiendo sobre la liquidación concursal, debemos concordar que la apertura de la fase de liquidación no debe significar que la empresa haya de desaparecer y que los diversos elementos que la integran hayan de liquidarse sólo de manera fragmentaria o individualmente. Más aún, de lo dicho en los acápites anteriores, a propósito del examen de los artículos 146 bis, 148 y 149 de la LC, resulta muy evidente que la transmisión global de la empresa es la opción preferente en esta fase del concurso, y que siempre que sea factible se debe favorecer la transmisión unitaria de unidades productivas, sin que la legislación concursal se haya auto impuesto un único y excluyente mecanismo de transmisión.

Desde la óptica de la Ley de Modificaciones Estructurales, ella permite que las sociedades en liquidación puedan ser sometidas a procesos de fusión, escisión, segregación o cesión global de activo y pasivo siempre que no haya comenzado la distribución de su patrimonio entre los socios (arts. 28, 78 y 83 LME). Pero la referencia que hace la LME parece ser hecha a la liquidación societaria y no a la liquidación concursal propiamente, aunque pudiera entenderse que si la LME no distingue el tipo de causa que motiva la liquidación, pudiendo ser de carácter societaria o concursal, podría ser comprensiva de ambas.

Lo dicho lleva a algunos a entender que existe espacio para considerar, o no descartar de plano, la posibilidad de una modificación estructural traslativa en el ámbito de las operaciones de liquidación, a lo menos teóricamente (ARANGUREN [2013], p. 496, y FERNÁNDEZ [2010]), teniendo en cuenta, además, lo siguiente:

a) Si la transmisión de la empresa o alguna de sus unidades productivas es viable y ello puede materializarse por medio de una modificación estructural, no se ve obstáculo expreso en la normativa concursal para que dicha transmisión pueda producirse por esa vía aunque la sociedad se encuentre en liquidación, particularmente como un medio de reactivar una empresa, especialmente a través de una fusión por absorción. La liquidación concursal realizada mediante una operación de esa naturaleza podría significar la transmisión de todo el activo y pasivo de la concursada o, en caso de escisión parcial o segregación, de partes del patrimonio social que puedan constituir unidades económicas (arts. 70 y 71 LME).

b) Es posible anticipar la liquidación concursal a instancias de la propia sociedad concursada *ex* artículo 190.2 de la LC, mediante un procedimiento abreviado, como vía para evitar una situación de patrimonio neto negativo que haga inviable una operación de fusión o escisión total, según lo señalado respecto de la relación de canje, o incluso, una cesión total de activo y pasivo por el riesgo de desequilibrio entre las prestaciones. En todo caso, serían siempre procedentes las transmisiones patrimoniales que recaigan o afecten sólo a unidades productivas de la concursada con valor positivo.

c) Algunas características de la liquidación concursal facilitarían la transmisión patrimonial del activo de la sociedad en concurso a instancias de la LME. Al igual que en una hipótesis de modificación estructural contenida en una propuesta de convenio concursal, en la fase de liquidación se requerirá la aprobación de dicha

operación de reestructuración por parte de la junta de accionistas de las sociedades involucradas (art. 61 LME, y arts. 48 y 145 LC), y de la aprobación judicial del plan de liquidación (art. 148.2 LC y 227.3 RRM), pero con una participación activa y sustancial de la administración concursal debido a la sustitución de los administradores de la sociedad concursada (art. 145.3 LC). Y en cuanto a la participación de los acreedores sociales de la sociedad concursada, su derecho a oponerse a una operación de tal especie, conforme al artículo 44 de la LME, no tendría lugar en la fase de liquidación concursal, por cuanto la apertura de esta fase del concurso produce como efecto el vencimiento anticipado de los créditos pendientes (art. 146 LC). Dicho derecho se mantendría a favor de los acreedores de la sociedad no concursada o *in bonis* que participa de la operación de reestructuración societaria.

Aprobado judicialmente el convenio y practicada la inscripción registral de la modificación estructural acordada, el concurso podría terminar si como consecuencia de ello se produce una sobrevenida solvencia de la sociedad concursada, de acuerdo al artículo 176.1.4 de la LC. Si la modificación estructural supone el desaparecimiento de la sociedad concursada, la sucesión universal que opera a favor de la sociedad absorbente o cesionaria *in bonis* producirá el término del concurso por inexistencia de bienes y derechos de la concursada (art. 176.1.3 LC). Si la sociedad concursada mantiene su personalidad jurídica, al haber intervenido en la operación como absorbente o cedente de la operación de modificación estructural, habiendo adquirido el patrimonio de otra sociedad solvente o la contraprestación por parte de una sociedad cesionaria en la cesión global de activo y pasivo, dicha operación producirá el término de la liquidación del activo y se deberá proceder al pago de los créditos en los términos dispuestos en la LC (arts. 154 y ss. LC).

No obstante los argumentos que pueden exponerse y desarrollarse a favor de una tesis que da lugar a que la sociedad concursada pueda ser objeto de operaciones de modificación estructural durante la liquidación concursal, existen diversos antecedentes normativos e interpretativos que nos llevan a concluir que la dirección en este tema va en un sentido opuesto al de permitir modificaciones estructurales como operaciones de liquidación (VILATA [2012], p. 188, y CERDÁ [2010], p. 721; también, MORENO [2011] y RUBIO [2011]):

a) En primer lugar, la forma a través de la cual el legislador piensa la transmisión de la empresa o de sus unidades productivas, en el ámbito de la liquidación concursal, es la venta a título singular y no una transmisión a título universal como resulta en las modificaciones estructurales.

b) En segundo lugar, la LC dispone que si el concursado fuese persona jurídica, la resolución judicial que abra la fase de liquidación contendrá la declaración de disolución si no estuviere acordada (art. 145.3 LC).

c) En tercer lugar, el artículo 361 de la Ley de Sociedades de Capital, que si bien dispone que la declaración de concurso de la sociedad de capital no constituye por sí sola causa de disolución (art. 361.1 LSC), sí considera que la apertura de la fase de liquidación en el concurso de acreedores producirá la disolución de pleno derecho de la sociedad, disponiendo que en tal caso, el juez del concurso hará constar la disolución en la resolución de apertura de la fase de liquidación del concurso (art. 631.2 y 3 LSC).

La apertura de la fase de liquidación concursal opera, por tanto, como una causa de disolución de pleno derecho; entendiéndose por tal aquella causa que de acontecer el supuesto de hecho motiva la inmediata disolución de la sociedad de capital sin que sea preciso el acuerdo de la junta general, como sucedería en el resto de causas de disolución, ni actuación alguna del órgano de administración al respecto.

d) Lo dicho precedentemente es, además, concordante con la prevención de la Ley Concursal, que con relación a una persona jurídica en concurso, dispone que «...la resolución judicial que abra la fase de liquidación contendrá la declaración de disolución si no estuviere acordada...», y en consecuencia, «...el cese de los administradores o liquidadores, que serán sustituidos por la administración concursal, sin perjuicio de continuar aquéllos en la representación de la concursada en el procedimiento y en los incidentes en los que sea parte» (art. 145.3 LC).

e) El automatismo de las normas societarias y concursales, en cuanto a la disolución y liquidación de la sociedad concursada y la sustitución de los administradores o liquidadores por la administración concursal, no considera las perspectivas y opciones que pueden plantear una posible modificación estructural de la sociedad concursada, aunque tampoco, en estricto rigor, parece tener una total concordancia con las causales de conclusión del concurso previstas en el artículo 176 de la LC.

f) La posibilidad de que en la fase de liquidación pueda tener lugar una modificación estructural queda también en entredicho por el hecho de que durante esta fase el valor del patrimonio social es por definición negativo, lo que haría inviable una fusión, una escisión total o una cesión global del activo y pasivo, quedando espacio sólo para operaciones de escisión parcial o de segregación, que comprometerían sólo parte de su activo y de su pasivo, con una valorización positiva, siempre que constituyan unidades productivas (arts. 70 y 71 LME).

g) Por último, la liquidación concursal no presentaría las ventajas que el convenio concursal detenta a la hora de acordar una modificación estructural, especialmente en alusión a las posibilidades de quitas y espera (art.

La transmisión de unidades productivas en el ámbito de la liquidación concursal ha presentado características propias que hicieron de esta opción de liquidación una alternativa atractiva en la práctica de los concursos. Se trata de una solución en cuya construcción podemos observar el aporte de la jurisprudencia, de la doctrina y de aquellos cuerpos normativos que, innovando o haciendo suyos los criterios elaborados por la *praxis*, vinieron a fortalecer dicha opción dotándola de un conjunto de preceptos que contribuyen a darle mayor certeza y eficiencia. En ese sentido, debemos ubicar, sin duda, mucha de las reformas que en su momento se introdujeron por la Ley 38/2011, de 10 de octubre.

Lamentablemente, creemos que ese camino viene a ser interrumpido por alguna de las recientes modificaciones que han tenido lugar en virtud de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, procedente del Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre. Por una parte se valora, en general, la incorporación del nuevo artículo 146 bis en la LC, en cuanto dota al concurso de una serie de prevenciones que atienden a las especialidades propias de la transmisión de unidades productivas, y que por su ubicación, y la remisión que a él hacen otros artículos de la Ley Concursal, es aplicable a las distintas fases del procedimiento concursal³⁸⁴. Mediante esta nueva disposición se han reconocido algunas de las particularidades que presenta la venta de unidades productivas en sede concursal, respecto del régimen del derecho común³⁸⁵.

Teniendo en consideración la importancia de este nuevo artículo 146 bis en la LC, reproducimos su tenor:

«Artículo 146 bis. Especialidades de la transmisión de unidades productivas.

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

100.1 LC), pero si agregaría desventajas no presentes en aquel, como la apertura de la fase de calificación y la eventual condena al pago del déficit concursal (art. 172.3 LC).

Sirva esta síntesis para plantear, *excursus*, un tema abierto que puede ser, seguramente objeto de un mayor desarrollo, con más y mejores antecedentes de discusión.

³⁸⁴ Al convenio de asunción (art. 100.2 LC), a la liquidación en la fase común (art. 43.4 LC), y por supuesto, a la liquidación en la fase de liquidación (art. 146 bis LC), tanto como procedimiento ordinario como procedimiento abreviado (art. 191 ter.4 LC).

³⁸⁵ RUBIO (2015), p. 150

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 149.4.

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

Pero así como reconocemos algunos de los méritos de esta nueva norma concursal, debemos aprovechar esta transcripción para reiterar la crítica que hemos venido formulando al alcance de las reformas introducidas por la Ley 9/2015. Cual caballo de Troya, el artículo 149.4 de la LC, introducido por dicha ley, en su referencia a la Seguridad Social, como hipótesis de sucesión de empresa *ex de la LC*, ha venido a introducir a favor de un crédito público un elemento distorsionador en el sistema de transmisión de unidades productivas que venía teniendo lugar en el ámbito concursal, que difícilmente pueden ser entendido en el juego de los principios y finalidades que orientan al concurso, y que muy por el contrario a la idea de promover la transmisión de unidades productivas, ha venido a desincentivar su aplicación, como puede ya verse reflejado en la práctica.

Teniendo como referencia dichas prevenciones, formularemos el siguiente examen de la venta de unidad productiva, considerando las cuestiones particulares que esta liquidación puede presentar.

2.1. Transmisión del activo que conforma la unidad productiva que se vende

Sea que tenga lugar durante la fase común del concurso o en la fase de liquidación, conforme a un plan de liquidación o de acuerdo a las reglas legales supletorias, la transmisión de unidades productivas descansa en el supuesto normativo de que se está precisamente ante unidades productivas, esto es, ante un conjunto de bienes y derechos que forman parte de la empresa pero que tiene una entidad suficiente que permite su aprovechamiento empresarial independiente³⁸⁶. Esta exigencia de funcionalidad es contraria a una simple enajenación de la pluralidad, de todos o de parte de los bienes del concursado, de manera inconexa, que no permita la continuidad de la actividad empresarial que venía desarrollando el concursado y que tampoco permitan conservar los puestos de trabajo.

A esa exigencia se unen otras, relativas a la continuidad de la actividad económica que viene desarrollándose en la unidad productiva de que se trata³⁸⁷, o la necesidad de que los elementos que conforman el entramado activo de la unidad productiva reflejen una interrelación que asegure la viabilidad de la misma³⁸⁸.

Por otra parte, esta especie de transmisión constituye una venta a título singular de los componentes que conforman la unidad productiva, sin que opere a favor del adquirente una sucesión a título universal sobre ellos, como sí ocurre en las operaciones de modificación estructural. La enajenación del conjunto unitario de la empresa no debe entenderse como una cesión global del activo y del pasivo.

La venta de la unidad productiva comprende el conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica y que como bloque patrimonial permite colocar ciertos bienes o servicios en el mercado, y en cuyo seno se albergan activos de diversa especie que son transmitidos, según naturaleza, al adquirente. Dos aspectos resultan especialmente relevantes en la transmisión de este activo: la valorización de los mismos y la particular

³⁸⁶ AAP de Madrid (secc. 28ª), núm. 106/2010, de 16.7.2010 (concurso Fórum Filatélico S.A.; AC 201, 1283).

³⁸⁷ AAP de Barcelona (secc. 15º), núm. 196/2006, de 1.6.2006 (concurso Industria Aparechiatura Refrigerante Ibérica S.A.; JUR 2009, 176530), y cuyo tenor es el siguiente: «*Es cierto que, excluida la continuidad de la empresa y extinguidos los contratos de trabajo, no está llamada a regir con imperatividad la regla de venta unitaria del art. 148.1 ni la supletoria establecida por el art. 149.3 LC (RCL 2003, 1748), que da preferencia a aquellas ofertas de compra que "garanticen la continuidad de la empresa o en su caso de las unidades productivas, y de los puestos de trabajo*» (fund. der. cuarto).

³⁸⁸ AAP de Cáceres (secc. 1ª), núm. 51/2007, de 14.3.2007 (concurso Waechtersbach Española, S.A.; JUR 2007\264697), y APP de Madrid (secc. 28ª), núm. 106/2010, de 16.7.2010 (AC 2010\1283), que recae sobre la apelación deducida en contra del AJM N° 7 Madrid, s/núm., de 15.1.2009 (concurso Fórum Filatélico, S.A., autos 209/2006).

situación de los derechos y obligaciones derivados de contratos afectos a la continuidad de la actividad económica de la unidad productiva.

2.1.1. Determinación y valoración de los activos transmitidos

La opción por una venta unitaria no sólo debe ser factible, sino que, además, debe ser más atractiva que la posibilidad de una liquidación fragmentaria de los bienes del concursado desde el punto de vista de satisfacción de los créditos del concurso; de otra manera, nada justificaría una opción como aquella, si es menos ventajosa para los intereses del concurso, o bien si la unidad productiva carece de valor para aquellos potenciales compradores de la misma. En general, la venta de unidades productivas viene justificada, desde la perspectiva del concurso, por el mayor valor que se pueda obtener de su venta en relación a la realización de los bienes individualmente considerados, por la mejor satisfacción de los créditos de los acreedores, y por la continuidad de la empresa y de los puestos de trabajo. Para los potenciales adquirentes el atractivo estará en el valor económico y productivo de la unidad y en las especiales condiciones que la LC ofrece para su adquisición. Podemos, desde ya, advertir el efecto adverso que en tal sentido tiene la exigencia del artículo 149.4 de la LC (*ex* Real Decreto-ley 11/2014, y Ley 9/2015), en cuanto a que el adquirente de la unidad productiva deba hacerse cargo también de los créditos de la Seguridad Social.

Dentro del entramado del concurso, una de las dificultades que ha planteado la enajenación o venta de unidades económicas, y que incide directamente en la factibilidad y el atractivo comercial de la operación, es la valoración en concreto del conjunto de bienes que integran el patrimonio del concursado. En dicha estimación, por una parte, el concurso contempla el inventario que el propio concursado debe acompañar a su solicitud de declaración de concurso, que debe incluir una valoración real de los bienes y derechos que conforman su activo (art. 6.2 LC), pero que no incluye la exigencia de valorar la empresa o las unidades productivas que la conforman. Por otra, se cuenta con el inventario de bienes y derechos que conforman la masa activa y su valoración, y que ha debido ser confeccionado por la administración concursal con ocasión del informe que debe presentar al cierre de la fase común (arts. 74 y 75.2.1º LC), y que es el antecedente sobre el cual trabajará su propuesta de plan de liquidación. A diferencia de lo que ocurre comúnmente con la valoración efectuada por un empresario, hecha sobre la base de un criterio de empresa en funcionamiento, la

administración concursal debe considerar como pauta el valor aproximado de venta en el mercado.

De acuerdo al apartado 2 del artículo 75 de la LC, al informe de la administración concursal se debe adjuntar, entre otros antecedentes, un inventario de la masa activa (art. 75.2.1° LC), y también una «*valoración de la empresa en su conjunto y de las unidades productivas que la integran bajo la hipótesis de continuidad de las operaciones y liquidación*» (art. 75.2.5° de la LC). Esta exigencia fue incorporada por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, procedente del Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre.

Uno de los primeros interrogantes que plantea la valoración de los bienes es si el valor otorgado en el inventario vincula o no a dicha administración concursal al momento de la enajenación. Para algunos, dicho valor no sería vinculante, ni aún en los supuestos en que los bienes hayan sido valorados conforme al criterio de prudencia, en atención a que no es posible vincular ese valor con el que finalmente se establezca como precio de venta unitaria³⁸⁹.

En segundo término, el establecimiento o empresa en un sentido objetivo es una realidad económica unitaria y, por tanto, al momento de valorar los bienes y derechos del concursado deberá tenerse presente la identificación y valoración de los distintos componentes de la empresa o establecimiento en forma individual, considerando los bienes y créditos comprendidos, y si éstos tienen carácter de vencidos o no, y en su caso, el plazo de vencimiento, entre otros extremos; pero también debería considerarse una valoración atendiendo a su vinculación funcional³⁹⁰. En este sentido, junto con establecer con claridad el precio de mercado de los bienes, el inventario debiera indicar, en la medida de lo posible, la o las unidades productivas que pudieran ser objeto de venta y hacer una valoración aproximada de ellas, dando sustento para cumplir la exigencia impuesta por el artículo 75.2.5° de la LC.

En la sección siguiente examinaremos la subrogación en materia de contratos y derechos. Pero aquí podemos considerar la situación de los contratos de arrendamiento financiero. La valoración de estos contratos y de los derechos que generan para el concursado obliga a efectuar el esfuerzo para dar un adecuado valor al beneficio o derecho de uso que la

³⁸⁹ ZUBIRI (2011), p. 194.

³⁹⁰ GARCÍA-CRUCES (2011), p. 261.

concurrada goza sobre los bienes objeto de estos contratos de mera tenencia, y no a considerar el dominio sobre los mismos. La precisión de la información que arroja el inventario es un tema de especial importancia para los terceros interesados en la adquisición de la unidad productiva³⁹¹.

Debemos esperar, entonces, que la suma de los valores asignados a los elementos patrimoniales individualmente considerados sea menor que la valoración de la unidad productiva, sin perjuicio de los cambios particulares en la composición de la masa activa que se generen, por ejemplo, de la reintegración de un bien. Si el precio proyectado para la venta no coincide con el valor de inventario de los bienes, la administración concursal debiera, en todo caso, expresar las razones que justifican las diferencias en el propio plan o al momento de la rendición de cuentas (art. 181.1 LC), incluso, apoyada en informes de expertos independientes, de ser necesario (art. 83.1 LC)³⁹².

Como se adelantó, las reglas legales contemplan el régimen de la subasta pública como primer mecanismo para llevar a cabo la enajenación de las unidades productivas (apartados 1.1^a.II y 3, art. 149 LC). En este caso, no sería necesario fijar el valor del bien de cara a la subasta, pues esa estimación estaría predeterminada en el informe de la administración concursal, pero en el caso de que tras el informe dicha valoración haya sufrido variaciones o se hayan recogido observaciones que puedan incidir en la misma, será necesario que esta nueva estimación sea dada a conocer debidamente a los postores interesados.

Por otra parte, siempre se debe tener en cuenta que la unidad productiva está conformada por un conjunto de elementos materiales e inmateriales vinculados con un mínimo de cohesión entre sí e independientes del resto de los elementos de la empresa, afectos a la actividad empresarial de la misma y a su continuidad, por lo que resulta gravitante, especialmente para los posibles interesados en su adquisición, una definición o determinación

³⁹¹ Respecto de la situación de los bienes en poder del deudor, en virtud de un contrato de *leasing* u otro de título de mera tenencia, al momento de declararse el concurso, ellos no deben figurar como parte del activo de la masa sino en cuanto derecho de uso a favor del concursado, en el inventario que confecciona al respecto la administración concursal, conforme a lo que dispone el artículo 82.5 de la LC, que señala que «*los bienes de propiedad ajena en poder del concursado y sobre los que éste tenga derecho de uso no serán incluidos en el inventario, ni será necesario su avalúo, debiendo figurar únicamente el derecho de uso sobre el mismo del arrendatario financiero concursado*», tal como lo ha recogido recientemente la Audiencia Provincial de Barcelona (SAP [secc. 15^a], núm. 165/2015, de 19.6.2015 (Concurso Rost Serv., S.L.; Roj: SAP B 5490/2015 - ECLI:ES:APB:2015:5490).

³⁹² Los honorarios devengados por los informe emitidos por expertos independientes para la estimación de los valores de los bienes y derechos que conforman la masa activo del concurso, originalmente eran unidos al inventario con cargo a la masa. El Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, modificó el artículo 83 de la LC, para establecer que dicho informes son con cargo a la retribución de la administración concursal (art. 83.3 LC).

de cuáles son los elementos que integran una unidad en particular. Por ejemplo, el concurso del Deportivo Orihuela Club de Fútbol, club de la tercera división, de la Provincia de Alicante, y la venta de la unidad productiva en el mismo, generó impugnaciones por parte de la Real Federación Española de Fútbol (RFEF), por la inclusión de los llamados «*derechos federativos*», consistentes en el derecho a participar en la competencia deportiva, y que no serían de propiedad de la concursada y que, por ende, no podrían ser cedidos. Las dudas surgían de la manera en que dichos derechos habían sido recogidos en el inventario confeccionado por la administración concursal. Aclarada su naturaleza, la Audiencia Provincial de Alicante, recogiendo los criterios teleológicos que impulsa el artículo 146 bis de la LC, que no era de aplicación al caso *ratione temporis*³⁹³, estimó que dichos «*derechos*» formaban parte del activo de la concursada, pero recogiendo la consideración del juez *a quo*, en cuanto a que «*[l]a eficacia de la cesión de derechos ante la RFEF y FFCV dependerá del consentimiento que tales federaciones presten de acuerdo con sus respectivos Reglamentos*», en armonía con el apartado 2 del citado artículo 146 bis, respecto de la cesión de licencias o autorizaciones administrativas afectas a la continuidad de la actividad empresarial e incluidas como parte de la unidad productiva, siempre que el adquirente continuase la actividad en las mismas instalaciones, entendiendo a aquellos «*derechos*» como una autorización administrativa³⁹⁴. En igual sentido, la misma Audiencia Provincial había resuelto la situación planteada por la venta de unidad productiva en el concurso de Alicante Club de Fútbol³⁹⁵.

2.1.2. Subrogación en materia de contratos y derechos

En la venta o enajenación de una unidad productiva se ceden al adquirente de la misma los derechos y obligaciones derivados de contratos afectos a la continuidad de la actividad empresarial cuya resolución no hubiera sido solicitada, según dispone el apartado 1 del artículo 146 bis LC, sin necesidad de consentimiento de la otra parte. El tenor de la norma citada previene:

«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

³⁹³ En virtud de la disposición transitoria primera, del Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre.

³⁹⁴ AAP de Alicante (secc. 8ª), núm. 13/15, de 26.2.2015 (concurso Orihuela Club de Fútbol; Roj: AAP A 19/2015 - ECLI:ES:APA:2015:19A).

³⁹⁵ AAP de Alicante (secc. 8ª), núm. 12/2015, de 24.2.2015 (concurso Alicante Club de Fútbol; Roj: AAP A 35/2015 - ECLI:ES:APA:2015:35A).

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».

Se establece, de este modo, una importante regla en la transmisión de unidades productivas que viene a allanar una serie de dificultades que la *praxis* debía enfrentar a la hora de efectuar la venta de las mismas. Se establece no sólo la regla de la subrogación en materia de contratos y derechos a favor del adquirente, sino que también que ello tiene lugar sin necesidad de consentimiento de la otra parte del contrato, según se recalca.

En la aplicación de esta especialidad de la venta de unidades productivas, debemos entender, en primer lugar, que tal cesión de derechos y obligaciones está referida a los contratos afectos a la actividad empresarial que dice relación con la unidad productiva que se adquiere³⁹⁶. Lo que plantea también una primera duda interpretativa acerca del alcance de esta subrogación, particularmente por el empleo del término «*afectos*» como condicionante para que opere la subrogación. Al respecto se ha observado la poca claridad de dicha expresión y la conveniencia tal vez de utilizar otra, como la palabra «*necesarios*», recogiendo el sentido de la modificación que se hiciera al apartado 1 del artículo 56 de la LC, relativa a la paralización de ejecuciones de garantías reales sobre bienes del concursado que resulten «*necesarios*» para la continuidad de su actividad empresarial. Ello, por cuanto los contratos afectos a una unidad productiva pueden no reflejar aquellos que son necesarios para su actividad empresarial. La idea de contratos necesarios estaría encuadrada en el requerimiento de que la unidad productiva siga contando con los contratos imprescindibles para seguir funcionando³⁹⁷.

En segundo lugar, la subrogación opera sin necesidad de consentimiento de la otra parte del contrato, y en este sentido, es claro que la subrogación es automática³⁹⁸. Pero no podría predicarse esta característica si lo vemos desde la perspectiva del cesionario, porque la subrogación no opera en contra de la voluntad del adquirente, cuando éste haya manifestado expresamente su intención de no subrogarse (art. 146 bis.3 LC). Tal vez debiéramos indicar

³⁹⁶ Tal como lo recoge el fundamento de derecho cuarto, numeral 5º, del AJM N° 5 de Barcelona, s/núm., de 13.4.2015 (concurso Grup Dinamic; Roj: AJM B 55/2015 - ECLI:ES:JMB:2015:55A).

³⁹⁷ RUBIO (2015), p. 153.

³⁹⁸ Sobre este punto se debe tener presente lo dispuesto en el artículo 347 del CCOM, regula los efectos de la cesión de créditos respecto de los deudores de los mismos, en los créditos que no tienen el carácter de créditos endosables o al portador. El citado artículo 347 dispone que «*[l]os créditos mercantiles no endosables ni al portador, se podrán transferir por el acreedor sin necesidad del consentimiento del deudor, bastando poner en su conocimiento la transferencia*». En tales casos, agrega, «*[e]l deudor quedará obligado para con el nuevo acreedor en virtud de la notificación, y desde que tenga lugar no se reputará pago legítimo sino el que se hiciera a éste*».

que la subrogación es automática igualmente para el adquirente, a menos que éste hubiera manifestado su voluntad en contrario al momento de formular su oferta de compra.

En tercer lugar, la norma en cuestión requiere, para que opere la susodicha subrogación, que se trate de derechos y obligaciones «*cuya resolución no hubiera sido solicitada*». La disposición legal no distingue o precisa el origen de dicha solicitud de resolución, que podría venir de la contraparte del contrato, de la administración concursal o, incluso, indirectamente a petición del propio concursado. Tampoco ha clarificado el momento u oportunidad en que debe o debió haber tenido lugar dicha solicitud, con miras a no frustrar las finalidades que la venta de la unidad productiva procura. Conforme a ello, debiéramos entender que una vez que la administración concursal ha propuesto al juez del concurso la venta de una unidad productiva y éste ha acordado autorizarla, y se ha dado a conocer esa decisión, permitiendo que posibles interesados accedan a la información sustancial de la unidad productiva, no debieran ser acogidas solicitudes tendientes a resolver contratos afectos o necesarios la actividad empresarial de la misma y sobre los cuales el adquirente tendrá derecho a subrogarse o a manifestar expresamente su intención de no subrogarse (art. 146 bis.3 LC).

Más allá de las especiales prevenciones que operan tratándose de contratos del sector público y de licencias o autorizaciones administrativas, y que consideraremos en el apartado siguiente, el artículo 146 bis.1 de la LC viene a dar certeza en materia de transmisión de contratos suscritos por la concursada, especialmente de aquellos contratos gravitantes o estratégicos con relación al funcionamiento de la unidad productiva transmitida, como, por ejemplo, los contratos de *leasing* u otros sobre bienes cuya pertenencia resulta ajena al concursado³⁹⁹.

Hasta la entrada en vigor de las normas del artículo 146 bis de la LC, se consideraba que la venta de la empresa o de unidades productivas requería la cesión de los contratos ligados a la empresa o unidad objeto de la enajenación, y ello exigía, a su vez, el consentimiento de las respectivas contrapartes para que dichos contratos se entendiesen cedidos al adquirente. Salvo en los casos en que legamente se había dispuesto la subrogación, como ocurría tratándose del contrato de seguro, conforme al artículo 34 de la LCS, o para los contratos de trabajo, bajo el artículo 44 del ET, o del contrato de arrendamiento cuando en la finca arrendada se ejerza una actividad empresarial o profesional de local de negocio, según el

³⁹⁹ Estos contratos no siempre obedecen a la calidad de bienes esenciales o estratégicos, pero sí importantes para el normal funcionamiento de la unidad productiva, como lo podría ser bienes dados en *renting* o las líneas de telefonía fija o móvil, como puede observarse en un auto del JM N° 9 de Barcelona (s/núm., de 10.3.2015; concurso Auro Cuines, S.L., Roj: AJM B 84/2015 - ECLI:ES:JMB:2015:84A).

artículo 32 de la LAU, y en cuyo caso el arrendador sólo queda autorizado para incrementar la renta hasta en un veinte por ciento⁴⁰⁰, el consentimiento se constituía como un elemento indispensable para llevar a cabo la cesión de los contratos, cuya continuidad podía ser un factor preponderante para los interesados en la adquisición.

Los esfuerzos interpretativos tendientes a sortear la posible negativa de la contraparte a prestar su consentimiento a la cesión de contrato requerida a favor del adquirente, descansaban en consideraciones a las especiales características y principios que orientan al concurso de acreedores, el interés del mismo y la clara orientación que la LC tomó tras la reforma del año 2011, en virtud de Ley 38/2011, de 10 de octubre, a favor de continuidad de la empresa y la conservación del mayor número de puestos de trabajo, y la lectura que conforme a ello se hacía de las disposiciones de la LC. En este contexto, por ejemplo, el artículo 191 ter.2 *in fine* de la LC, sobre las especialidades del procedimiento abreviado en caso de solicitud de concurso con presentación de un plan de liquidación, dispuso que la resolución de los contratos pendientes de cumplimiento por ambas partes, que el juez del concurso podía acordar en el auto que aprobara el plan de liquidación, no era aplicable a «*aquellos que se vinculen a una oferta efectiva de compra de la unidad productiva o de parte de ella*»⁴⁰¹. Conforme a la disposición legal citada, se entendió que el juez del concurso no sólo estaba facultado para acordar la resolución de los aludidos contratos, sino también para acordar no resolverlos si ello era atendible al interés del concurso; y en caso de que tales contratos estuviesen vinculados a una oferta efectiva de compra de la unidad productiva, habría de entenderse que la opción es el mantenimiento de los contratos, transmitiéndose automáticamente al adquirente con la empresa o unidad productiva que se le enajena. El inconveniente de esta interpretación venía dado por el hecho de que la norma citada se encontraba recogida en un procedimiento de especial aplicación, referido a las hipótesis contempladas en el artículo 190 de la LC, lo que podía llevar a pensar en su carácter excepcional y aplicación restringida.

De igual modo, el artículo 155 de la LC, cuyo apartado 3 dispone que «*cuando haya de procederse dentro del concurso, incluso antes de la fase de liquidación, a la enajenación de bienes y derechos afectos a*

⁴⁰⁰ Situación resuelta en este sentido en el AJM N° 3 de Barcelona de 26 de junio de 2007, y recogido en las conclusiones arribadas en las sesiones del IV Congreso de los Jueces especialistas en los asuntos propios de los juzgados de lo mercantil, celebrado en Barcelona los días 29 y 30 de noviembre de 2007 (punto 17°).

⁴⁰¹ Artículo 191 ter.2 *in fine* dispone: «*[e]n 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*»

créditos con privilegio especial, el juez, a solicitud de la administración concursal y previa audiencia de los interesados, podrá autorizarla con subsistencia del gravamen y con subrogación del adquirente en la obligación del deudor, que quedará excluida de la masa pasiva», fue interpretado por la jurisprudencia como una confirmación de la opción de que en la venta de la unidad productiva contemplada por el plan de liquidación debía considerarse la subrogación por parte del adquirente en los contratos de *leasing*, con pago de las cuotas vencidas e insatisfechas y la asunción de la deuda pendiente, al tenor de dicha norma⁴⁰².

La jurisprudencia de la misma manera había avanzado en la transmisión de los derechos de propiedad industrial, dada la especial importancia de estos derechos. La práctica concursal dio cuenta de exitosas ventas de unidades productivas en el ámbito concursal que consideraron, entre otros bienes, la transmisión de derechos de propiedad de esa naturaleza. De ellos, podemos mencionar, a título meramente ejemplar, los concursos de Clesa, S.L. y Cacaolat, S.A., respecto de las marcas y nombres de dominio *Clesa*, *Royne* o *Cacaolat*; la marca *Cavas Hill*, o los nombres comerciales *Cavas Hill* y *Cabisa*, y otros cuarenta otros signos distintivos⁴⁰³, o de la marca *Blanco* en el concurso del grupo textil Maemoda⁴⁰⁴. Además, por tratarse de una transmisión de derechos de propiedad industrial que tiene lugar dentro de un concurso, su transferencia se lleva a cabo por decisión judicial conforme al auto de adjudicación dictado por el juez del concurso que adjudica la unidad productiva. Dicha resolución judicial hace las veces de mandamiento para practicar el registro de la transferencia de estos derechos en la Oficina Española de Patentes y Marcas, sin necesidad de precisar de una escritura pública posterior para llevar a cabo dicha transmisión. Lo anterior exonera la

⁴⁰² AAP de Barcelona (secc. 15ª), núm. 22/2012, de 6.2.2012 (concurso Beton Pump Bombas Mistral, S.A.; Roj: AAP B 1787/2012 - ECLI:ES:APB:2012:1787A). Los criterios en que se sustentan estos fallos fueron recogidos en el Seminario de jueces mercantiles de Catalunya, que tuvo lugar el 13 de mayo de 2013).

Se trataba, como había expresado la doctrina, cuanto menos por identidad de razón, de derechos sobre bienes afectos a un privilegio especial, por medio de la subrogación contractual, sin necesidad de contar con el consentimiento del acreedor, quien conserva sus acciones, ahora respecto del adquirente (CERDÁ [2013B], p. 1206).

⁴⁰³ Concursos seguidos ante JM N° 6 de Madrid (autos 230/2011), respecto de Clesa, S.L., y ante el JM N° 3 de Barcelona (autos 456/2011), con respecto a Cacaolat S.A.. Ambas sociedades pertenecían al grupo conocido como «Nueva Rumasa». Sobre la cuestión de competencia positiva que plantearon estos procesos concursales, y que fueran desestimados finalmente, puede verse el auto del pleno Tribunal Supremo, Sala de lo Civil (secc. 1ª), de 4.10.2011 (concurso Cacaolat, S.A.; Roj: ATS 10019/2011 - ECLI:ES:TS:2011:10019A).

⁴⁰⁴ AJM N° 8 de Madrid, s/núm., de 20.12.2013 (concurso Grupo Maemoda; Roj: AJM M 57/2013 - ECLI:ES:JMM:2013:57A).

transferencia de los derechos de propiedad que tiene lugar en el ámbito concursal del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados⁴⁰⁵.

La prevención que contempla el artículo 146 bis.1 de la LC, que cede al adquirente, sin necesidad de consentimiento de la otra parte, los derechos y obligaciones derivados de contratos afectos a la continuidad de la actividad empresarial del concursado, en caso de transmisión de unidades productivas, vinco a allanar el camino de la venta de unidades productivas en este aspecto, recogiendo precisamente ese desarrollo jurisprudencial apuntada, y que es la solución que se prevé también en el derecho comparado⁴⁰⁶.

2.1.3. Cesión de contratos administrativos, licencias o autorizaciones administrativas incluidas en la unidad productiva

Las reglas de cesión a favor del adquirente de los derechos y obligaciones derivados de contratos afectos a la continuidad de la actividad empresarial cuya resolución no hubiera sido solicitada, se encuentran recogidas, en parte, en el mismo apartado 1 del artículo 146 bis de la LC, y también en su apartado 2, que contiene prevenciones particulares referentes a ciertos actos o contratos, en los que la subrogación queda sujeta a las exigencias especiales. Las normas citadas previenen, en lo pertinente:

*«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. (...)
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,*

⁴⁰⁵ CERDÁ (2013a), págs. 117-121.

⁴⁰⁶ Por ejemplo, el artículo L 642-7 del Código de Comercio francés y el artículo 2558 del Código Civil italiano, consideran la subrogación a favor del adquirente de una empresa en los contratos de arrendamiento financiero, de alquiler o de suministro de bienes o servicios necesarios para la continuidad de la actividad empresarial.

La norma citada del Código de Comercio francés forma parte del título IV (*De la liquidation judiciaire et du rétablissement professionnel*) de su Libro VI (*Des difficultés des entreprises*), y particularmente, del capítulo II de dicho título, sobre la realización del activo (*De la réalisation de l'actif*). Este capítulo contiene una primera sección destinada a la cesión de la empresa (*De la cession de l'entreprise*, arts. L 642-1 y ss).

El artículo 2558 del Código Civil italiano está contenido en las disposiciones de carácter general que alberga el capítulo I (*Disposizione generale*), del título VIII, sobre la empresa (Dell'Azienda), del libro V del Código (*Del Lavoro*). En dicho artículo se dispone que el adquirente se subroga en los contratos necesarios para el ejercicio de la actividad empresarial que no tiene un carácter personal (art. 2558.I). La otra parte del contrato sólo puede pedir el término de dichos contratos dentro del plazo de tres meses contados desde la notificación de la transferencia, sólo si tiene justa causa para ello.

aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre» (art. 149.1 LC).

«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» (art. 149.2 LC).

Conforme a estas normas, podemos considerar, dos hipótesis: en primer término, una hipótesis de carácter general, relativa a la situación de los contratos administrativos, y segundo término, otra más particular, sobre licencias y autorizaciones administrativas.

a) Subrogación en los contratos administrativos

La cesión de contratos administrativos se producirá de conformidad con lo dispuesto por el artículo 226 del TRLCSP⁴⁰⁷, que señala los requisitos para que los adjudicatarios puedan ceder sus derechos y obligaciones a terceros (art. 226.2 TRLCSP), pero siempre bajo el supuesto de que la cesión sea procedente conforme a los requerimientos o estándares que impone el mismo artículo 226 de la TRLCSP, en su apartado 1.

En efecto, previo al examen de los requisitos que deben cumplirse para que los adjudicatarios puedan ceder sus derechos y obligaciones a terceros, y por tanto, para que puedan ser cedidos al adquirente de una unidad productivas durante el concurso de acreedores, debemos considerar que, de acuerdo al apartado 1 de artículo 226 del TRLCSP, existen ciertas restricciones o exigencias generales a la hora de hacer procedente una cesión de contratos de esta especie. El citado apartado dispone: *«[L]os derechos y obligaciones dimanantes del contrato podrán ser cedidos por el adjudicatario a un tercero siempre que las cualidades técnicas o personales del cedente no hayan sido razón determinante de la adjudicación del contrato, y de la cesión no resulte una restricción efectiva de la competencia en el mercado. No podrá autorizarse la cesión a un tercero cuando esta suponga una alteración sustancial de las características del contratista si éstas constituyen un elemento esencial del contrato».*

⁴⁰⁷ Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (BOE núm. 276, de 16.11.2011).

A su turno, entonces, el artículo 226.2 del TRLCSP dispone que para que los adjudicatarios puedan ceder sus derechos y obligaciones a terceros deberán cumplirse los siguientes requisitos:

- a) Que el órgano de contratación autorice, de forma previa y expresa, la cesión.*
- b) Que el cedente tenga ejecutado al menos un 20 por 100 del importe del contrato o, cuando se trate de la gestión de servicio público, que haya efectuado su explotación durante al menos una quinta parte del plazo de duración del contrato (...).*
- c) Que el cesionario tenga capacidad para contratar con la Administración y la solvencia que resulte exigible, debiendo estar debidamente clasificado si tal requisito ha sido exigido al cedente, y no estar incurso en una causa de prohibición de contratar.*
- d) Que la cesión se formalice, entre el adjudicatario y el cesionario, en escritura pública».*

De estos requisitos, sólo el relativo al tiempo de ejecución del contrato en manos del cedente no resulta de aplicación al ámbito concursal, si la cesión se produce encontrándose el adjudicatario en concurso, aunque se haya abierto la fase de liquidación (art. 226.2.b], *in fine*, TRLCSP).

No resulta del todo diáfano o claro el juego de las exigencias que imponen el apartado 1 del artículo 146 bis de la LC, en su referencia a las normas del TRLCSP, y su impacto en el ámbito concursal. Podemos acordar que cuando «*las cualidades técnicas o personales del cedente hayan sido razón determinante de la adjudicación del contrato*», no pareciera aconsejable o procedente la cesión del contrato, ni siquiera en aras del interés del concurso, por la naturaleza de la prestaciones públicas que conllevan dichos contratos. En igual sentido deberíamos leer la exigencia de que «*la cesión suponga una alteración sustancial de las características del contratista si éstas constituyen un elemento esencial del contrato*». Estas restricciones, que obedecerían al carácter público de las prestaciones que debe realizar el adjudicatario, pueden ser trasladadas al ámbito de la liquidación concursal, por cuanto descansan en rasgos o elementos distintivos del contratante y que se han ponderado al momento de adjudicar el contrato público de que se trata. Esto explica el que la norma concursal haya efectuado un reenvío a la norma y criterios de la contratación del sector público. Y está en la línea de la especial preocupación que las

reformas efectuadas por el Real Decreto-ley 11/2014 y la Ley 9/2015, tienen por los intereses o créditos públicos.

La aplicación de estas prevenciones ha sido objeto de un auto del Juzgado de lo Mercantil N° 6 de Madrid, de 5 de marzo de 2015. Las alegaciones efectuadas por Mercamadrid S.A., en orden a que la venta de la unidad productiva de la concursada, Castellana de Frutas S.L., sólo podía tener lugar a favor de quienes cumplieren los requisitos y presupuestos subjetivos y objetivos fijados por la concesión, suponía que el adquirente no podía subrogarse en la concesión por no cumplir con todas y cada una de las exigencias dispuestas en los pliegos y cláusulas administrativas determinantes de la misma. Las consideraciones jurídicas del juez del concurso, para desestimar ese planteamiento, se basaron en la intención del legislador de potenciar el mantenimiento del tejido productivo y empresarial, permitiendo la transmisión de todos los elementos que permita la continuidad empresarial, incluyendo la transmisión de las licencias y autorizaciones administrativas, pero bajo ciertas prevenciones o consideraciones que merecen ser atendidas por todos quienes tengan interés en adquirir una unidad productiva que descansa o comprenda contratos públicos. Lo anterior muestra la tensión que constantemente puede apreciarse entre, por una parte, las instituciones concursales, el interés del concurso y las finalidades que lo orientan, y por otra las reformas legales llevadas a cabo por el Real Decreto-ley 11/2014 y a Ley 9/2015, y que deriva precisamente del hecho de que las prevenciones de estas reformas no son del todo coherentes y armónicas con los principios, finalidades e intereses del concurso.

El juez del concurso expresa, sobre la materia, que *«no es misión ni función del órgano jurisdiccional mercantil que dirige la liquidación concursal el ejercer funciones administrativas de control, supervisión, valoración y conclusión sobre los presupuestos objetivos y subjetivos del adquirente respecto a los pliegos de la concesión -pues todas ellas escapan de las funciones jurisdiccionales mercantiles-, debiendo procederse a la enajenación y venta de la unidad productiva -con sus concesiones, autorizaciones y licencias y concesiones- al mejor postor, siendo imperativo para el organismo público -o privado gestor de servicios públicos- el admitir al adquirente adjudicatario como titular de la concesión; de tal modo que si en éste no concurren los presupuestos y requisitos exigidos por la concesión, será aquella entidad -u órganos gestores de tales servicios- quienes deban iniciar los trámites para la subsanación de defectos o deficiencias o la revocación o resolución de la concesión»*. Conforme a lo anterior, el juez del concurso concluye que, salvo esa actividad posterior del

ente u órgano gestor, resulta *«imperativo para los organismos públicos y privados que gestionan por delegación servicios públicos el reconocer, aceptar y documentar dicha transmisión»*⁴⁰⁸.

Por otra parte, tampoco sería procedente la cesión, a la luz del artículo 226.1 del TRLCSP, si ella supone *«una restricción efectiva de la competencia en el mercado»*. La norma está previendo, especialmente, el riesgo de concentración económica que puede generar la transmisión de los derechos y contratos. Reiteramos aquí la referencia al Reglamento (CE) 139/2004, del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre control de las concentraciones de empresas⁴⁰⁹, que dispone en su artículo 3.1 las hipótesis en que se entiende se produce esa concentración. La norma comunitaria indica haber concentración en dos hipótesis, la segunda de las cuales establece que la hay *«cuando tenga lugar un cambio duradero del control como consecuencia de: (...) b) la adquisición, por una o varias personas que ya controlen al menos una empresa, o por una o varias empresas, mediante la toma de participaciones en el capital o la compra de elementos del activo, mediante contrato o por cualquier otro medio, del control directo o indirecto sobre la totalidad o partes de una o varias otras empresas»* (art. 3.1.b) del Reglamento (CE) 139/2004)⁴¹⁰.

No obstante lo anterior, el artículo 3 del Reglamento precisa, igualmente, en su apartado 5, casos en se entiende que no se produce dicha concentración. De los tres casos allí indicados, la letra b) del artículo 3.5 del Reglamento entiende que no hay concentración *«cuando el control lo adquiera una persona en virtud de un mandato conferido por la autoridad pública con arreglo a la normativa de un Estado miembro relativa a la liquidación, quiebra, insolvencia, suspensión de pagos, convenio de acreedores u otro procedimiento análogo»* (art. 3.5. b) del Reglamento (CE) 139/2004). El Reglamento referido recoge, de este modo, un criterio de neutralidad concurrencial o excepción de empresa en crisis (*failing firm defense*) respecto de la cesión de la empresa que tiene lugar en sede concursal⁴¹¹, que no es concordante con la limitación que el artículo 226.1 del TRLCSP dispone.

⁴⁰⁸ AJM N° 6 de Madrid, s/núm., de 5.3.2015 (concurso Castellana de Frutas, S.L.; Roj: AJM M 15/2015 - ECLI:ES:JMM:2015:15A).

⁴⁰⁹ DOUE L 24 de 29.01.2004.

⁴¹⁰ El artículo 3 del Reglamento, en sus apartados 2 a 4, precisa, entre otros extremos, cuando se entiende que se asume el control de la empresa. También indica el Reglamento, en el artículo 3.1, la letra a), que *«[s]e entenderá que se produce una concentración cuando tenga lugar un cambio duradero del control como consecuencia de: a) la fusión de dos o más empresas o partes de empresas anteriormente independientes»*, aspecto de la norma comunitaria que fue considerado al examinar la transmisión de la empresa o de unidades productivas mediante un convenio con modificación estructural de la sociedad concursada.

⁴¹¹ En: http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/merger_compilation.pdf; también en: http://ec.europa.eu/competition/international/multilateral/ec_submission.pdf.

b) Subrogación en licencias o autorización administrativas

El adquirente queda, también, subrogado en *«aquellas licencias o autorizaciones administrativas afectas a la continuidad de la actividad empresarial incluidas como parte de la unidad productiva, siempre que el adquirente continúe la actividad en las mismas instalaciones.»* (art. 146 bis.2 LC).

Según el preámbulo de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, la procedencia de esta subrogación descansa en la finalidad de facilitar el desarrollo la liquidación concursal y garantizar, con ello, 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. De acuerdo ello, dice el preámbulo citado, *«se introduce la subrogación “ipso iure” del adquirente en los contratos y licencias administrativas de que fuera titular el cedente (artículo 146 bis de la LC)»*. No obstante, dicha subrogación está condicionada a que las licencias o autorizaciones administrativas estén afectas a la continuidad de la actividad empresarial o profesional, e incluidas como parte de la unidad productiva, y también que el adquirente continúe la actividad en las mismas instalaciones. La jurisprudencia ha precisado que la venta de una unidad productiva incluye todos los activos que por su naturaleza son necesarios para que dicha unidad pueda funcionar por sus propios medios tal y como venía haciéndolo históricamente⁴¹², y que por esa razón debemos entender que están *afectos* a la unidad productiva todos aquellos que se encuadran dentro de ese concepto. De acuerdo a eso, deberíamos entender que la cesión de los contratos y licencias administrativas a favor del adquirente de la unidad productiva comprende los contratos *afectos* o *necesarios* a la actividad empresarial que dice relación con la unidad productiva que adquiere. Lo anterior, como dijimos anteriormente, recoge el sentido de la modificación que se hiciera al apartado 1 del artículo 56 de la LC, relativa a la paralización de ejecuciones de garantías reales sobre bienes del concursado que resulten *«necesarios»* para la continuidad de su actividad empresarial. La idea de contratos necesarios estaría encuadrada en el requerimiento de que la unidad productiva siga contando con los contratos imprescindibles para seguir funcionando⁴¹³.

⁴¹² AJM N° 1 de Vitoria-Gasteiz, núm. 265/2014, de 28.11.2014 (concurso ordinario núm. 183/2014, de Celaya, Emparanza y Galdós Internacional, S.A.). También, en ese sentido: AAP de Álava (secc. 1ª), núm. 136/2010, de 1.12.2010 (AC 2011\913), SJM N° 8 de Barcelona, núm. 221/2014, de 6.11.2014 (JUR 2015\19911), y AJM N° 5 de Barcelona, s/núm., de 13.4.2015 (concurso Grup Dinamic; Roj: AJM B 55/2015 - ECLI:ES:JMB:2015:55A).

⁴¹³ RUBIO (2015), p. 153.

No obstante, también, para la norma no sólo es relevante que la licencia o autorización administrativa sea necesaria para la continuidad de la actividad empresarial, pues ellas se subrogan condicionadas a que el adquirente las continúe utilizando en las mismas instalaciones. Luego, no quedan cubiertas por la subrogación aquellas que, aun estando afectas a la continuidad empresarial, no están relacionadas con las instalaciones. Durante la tramitación legislativa de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, se hizo presente esta rigidez, que obliga al adquirente a continuar la actividad en las mismas instalaciones⁴¹⁴.

2.2. Transmisión libre de deudas

La adquisición de las unidades productivas libre de deudas es otra de las características de esta transmisión, y sin duda, es uno de los rasgos que más controversia y jurisprudencia ha suscitado dentro de la venta del conjunto de la empresa o de alguna de sus unidades productivas, con respecto a la particular situación de ciertos créditos. Una venta libre de deudas es también una opción dentro del Derecho comparado⁴¹⁵.

Tal como había venido expresando la doctrina y había sido confirmado en diversas ocasiones por la jurisprudencia, los bienes y derechos de la masa, ya integren en su universalidad la empresa que se enajena, o parte de ésta, entran en la liquidación traslativa libres de cargas, gravámenes y límites por razón del crédito. Las condiciones a favor del crédito o a favor de que se mantengan, y alguien se subrogue en tales, deben pactarse en el plan de liquidación, y una vez aprobado, el cesionario adquiere en tales condiciones y no otras⁴¹⁶.

La liquidación concursal está encaminada a la realización de la masa activa para, por esta vía y con lo obtenido, pagar a los acreedores de acuerdo con el orden derivado de la clasificación de sus créditos, conforme al principio de la *par condicio creditorum*. Luego, con carácter general podemos decir que a los acreedores sólo puede pagarse con el producto o resultado de la realización, sin que alguno de ellos pueda invocar un derecho a pagarse de otra manera o con

⁴¹⁴ Enmienda núm. 69, Grupo Parlamentario Catalán *Convergència i Unió* (BOCG. Congreso de los Diputados Núm. A-117-2 de 12.3.2015).

⁴¹⁵ Por ejemplo, el artículo 141 de la LFR brasileña, dentro de las normas de liquidación, extiende la exoneración del deudor a las obligaciones derivadas de la legislación laboral y de accidentes del trabajo, declarando expresamente que los trabajadores del concursado que sean contratados por el asuntor lo harán en conformidad de nuevos contratos de trabajo y el adquirente no responde de obligaciones provenientes del contrato de trabajo que mantenían con el concursado.

⁴¹⁶ SAP de Lugo (secc. 1ª), núm. 717/2009, de 13.10.2009 (concurso Galimobil, S.L.; JUR 2009\468760), en referencia a un auto del JM N° 2 de Bilbao, s/núm., de 14.5.2007; y AJM N° 1 de Donostia/San Sebastián, s/núm. de 28.7.2014 (concurso Fagor Electrodomésticos S. Coop. y Edesa S. Coop).

otros recursos que no sean aquellos obtenidos mediante esa realización, cualquiera que sea la forma en que ésta se lleve a cabo. En otras palabras, como ha sentenciado la Audiencia Provincial de Barcelona, en un destacado fallo del año 2007, *«la venta de empresa o de una unidad productiva tiene el mismo régimen que la realización individualizada en lotes de los elementos que componen el activo»*, y que conforme a ello, *«los acreedores cobran dentro del concurso y con lo obtenido de la realización del activo por orden derivado de la clasificación de sus créditos, salvo en el caso de quienes tengan garantizado el crédito con una garantía real, tengan derecho a hacerlo de tercero que adquiera los bienes realizados o la empresa o unidad productiva, caso de optarse por tal forma de realización, pues de otro modo se alteraría la par condicio creditorum»*⁴¹⁷.

El sustento normativo de este rasgo característico de la venta de unidades productivas en los procesos de liquidación concursal se encuentra en el apartado 4 del artículo 146 bis de la LC, cuyo tenor es el siguiente:

⁴¹⁷ AAP de Barcelona (secc. 15ª), núm. 391/07, de 29.11.2007 (concurso Llamas, S.L.U.; Aranzadi: JUR 2008\127523), Este auto es uno de las primeras resoluciones que dan cuenta de que la transmisión de una unidad productiva dentro de un plan de liquidación es una enajenación libre de carga y gravámenes, salvo las excepciones legales. Este auto desestima el recurso de apelación deducido por la TGSS en contra del auto que aprueba el plan de liquidación, de fecha 26.4.2007, y en contra del auto de 2.7.2007 que desestima el recurso de reposición interpuesto frente al auto de adjudicación de 10.5.2007, todos dictados por el Juzgado de lo Mercantil N° 2 de Barcelona (concurso Llamas, S.L.U; autos 122/2005).

En atención a tratarse de una venta de unidad productiva, desplegado con un mínimo de normas que a la fecha favorecían una solución una concursal como la que en él se recoge, y que obligaban a hacer un redoblado esfuerzo interpretativo de parte del juez mercantil N° 2 y luego de la Audiencia Provincial de Barcelona, destacamos algunas ideas del auto de fecha 26.4.2007. Ante el plan de liquidación propuesto por la administración concursal, que considera la venta de la unidad productiva de Llamas, formula observaciones la TGSS, que es titular de un crédito con privilegio especial y respecto del cual ha perdido el derecho de ejecución separada, toda vez que no ha promovido la correspondiente acción antes la apertura de la fase de liquidación. El plan de liquidación contempla la venta de la unidad productiva en su conjunto *ex* artículos 148 y 149 de la LC. El juez del concurso estima que, dado que no es posible que el privilegio se extienda a la totalidad de los bienes, pues no todos están afectos al mismo, sólo es posible la venta con subsistencia del gravamen, situación que prevé el artículo 155.3 LC, respetando las previsiones legales sobre la realización de bienes afectos a créditos con privilegio especial (art. 155.4 LC) y, obviamente, sobre la imposibilidad de atender los créditos contra la masa con dichos bienes (art. 154 LC). Además, sobre los efectos de la sucesión empresarial, se estima que dicha posibilidad está expresamente contemplada en las reglas supletorias del artículo 149 LC, permitiendo al juez que acuerde que el adquirente no se subroge en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por el FOGASA. También, establece que conforme a la disposición final undécima reforma el artículo 72 de la LGT, excluyendo que el adquirente de unidades productivas, cuando la adquisición tenga lugar en ejecución de un convenio o como consecuencia de la liquidación de la masa activa, se subroge en las obligaciones tributarias. Por tanto, *«...en el marco de un plan de liquidación, es posible, para facilitar la venta de unidades productivas, con el consiguiente beneficio para el conjunto de acreedores y para los trabajadores que preservarán sus contratos de trabajo, eximir al adjudicatario de efectos de la sucesión empresarial. Por tanto, debe declararse que el adquirente no se subrogará en los créditos salariales pendientes de pago a los trabajadores, en las indemnizaciones por extinción acordadas en cualquiera de los expedientes de regulación de empleo y en las deudas con la Tesorería General de la Seguridad Social»*. (s/núm., Roj: AJM B 60/2007 - ECLI:ES:JMB:2007:60A).

En igual sentido: AAP de Pontevedra (secc. 1ª) núm. 137/2010, de 29.6.2010 (Montes, Cuevas y Compañía SA; Roj: AAP PO 715/2010 - ECLI:ES:APPO:2010:715A), y AJM N° 1 de Donostia/San Sebastián, s/núm., de 28.7.2014 (Fagor Electrodomésticos S. Coop. y Edesa S. Coop.; concurso ordinario 1009/2013-R).

«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 149.4.

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

Esta norma, en su redacción incorporada por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, procedente del Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, ya ha sido recogida en las resoluciones más recientes sobre venta de unidades productivas⁴¹⁸.

La regla que consagra el citado numeral 4 del artículo 146 bis de la LC, sólo encuentra excepción en los siguientes casos:

- i) Cuando el adquirente hubiere asumido expresamente esa obligación.

Debemos entender que dicho compromiso puede estar referido al pago de todos o de algunos créditos, y con especial referencia, pero no excluyente, a la unidad productiva que adquiere.

- ii) Cuando exista una disposición legal en contrario.

Más allá del carácter meramente declarativo o, incluso, redundante de esta norma⁴¹⁹, ella exige de una declaración expresa por parte de una disposición legal estableciendo que la transmisión llevará consigo la obligación de pago del adquirente de la unidad productiva, de ciertos y determinados créditos, que dicha disposición legal precise, no satisfechos por el concursado antes de la transmisión.

- iii) Cuando resulte de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 149.4 de la LC.

De acuerdo a esta disposición, cuando, como consecuencia de la enajenación o transmisión del conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes o de servicios pertenecientes al deudor como un todo, una entidad económica mantenga su identidad, entendida como un conjunto de

⁴¹⁸ Tal como lo recoge, *v.gr.*, el fundamento de derecho cuarto, numeral 2º, del AJM N° 5 de Barcelona, s/núm., de 13.4.2015 (concurso Grup Dinamic; Roj: AJM B 55/2015 - ECLI:ES:JMB:2015:55A).

⁴¹⁹ PERDICES (2015), p. 108.

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.

Sobre esta excepción, en particular, nos referiremos en extenso en los puntos siguientes.

- iv) Cuando los adquirentes de las unidades productivas sean personas especialmente relacionadas con el concursado⁴²⁰.

La transmisión libre de cargas no opera cuando los adquirentes de las unidades productivas sean personas especialmente relacionadas con el concursado, a las que se refiere el artículo 93 del LC. Este artículo fue igualmente modificado por la Ley 9/2015, especialmente en lo relativo a las personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica.

2.3. Sucesión de empresa «*sólo*» a efectos laborales y de Seguridad Social

Las características de la venta de unidades productivas en el ámbito de la liquidación concursal, especialmente el carácter singular de la transmisión y el hecho de ella se haga libre de toda deuda y gravamen, genera importantes interrogantes respecto del alcance de las excepciones legales a dicha caracterización y sobre si la transmisión constituye o no una hipótesis de sucesión de empresa. Las respuestas a ello inciden en la suerte de ciertos créditos, específicamente, los laborales, de Seguridad Social y los tributarios. Las reclamaciones en esta materia por parte de la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), la Agencia Estatal de la Administración Tributaria (AEAT) y los trabajadores, han abogado permanente por el pago de sus créditos por parte del adquirente de la empresa transmitida *ex* artículos 148.1 y 149.1.1^a de la LC.

Una de las grandes excepciones a la aplicación de la norma liberatoria del pago de los créditos no satisfechos por el concursado antes de la transmisión, ya sean concursales o contra la

⁴²⁰ Las excepciones pueden ser agrupadas, también, en tres, como lo ha hecho, por ejemplo, el auto del JM N° 5 de Barcelona, s/núm., de 15.12.2014 (concurso Grup Dinamic; Roj: AJM B 55/2015 - ECLI:ES:JMB:2015:55A), indicando que «[i]res son las excepciones previstas a esta regla general: a) asunción expresa por el adquirente; b) existencia de disposición legal en contrario «y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.2» créditos laborales y de Seguridad Social, y c) ser los adquirentes de las UP personas especialmente relacionadas con el concursado» (fund. der. quinto).

masa, dispuesta en el artículo 146 bis.4 de la LC, como hemos señalado, es el apartado 4 del artículo 149 de la misma ley, que se dispone:

«4. 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 subroge 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».

La norma transcrita fue modificada por el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, y se mantiene por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, para incluir dentro de las hipótesis de sucesión de empresa a la Seguridad Social. Durante la tramitación legislativa de la ley se cuestionó esta redacción y se hizo presente el efecto disuasorio que podría tener en la compra de unidades productivas, cuestión que también ha sido considerada por jueces y abogados.

Para efectos del presente análisis debemos tener presente que antes de las modificaciones efectuadas en esta materia por el Real Decreto-ley 11/2014 y por la Ley 9/2015, el contenido del actual apartado 4 del artículo 149 de la LC, era recogido en el apartado 2 de este artículo. El Real Decreto-ley, como se dijo, modificó su contenido pero lo mantuvo como apartado 2. La Ley 9/2015 cambió su ubicación al apartado 4⁴²¹.

2.3.1. Criterio de los juzgados de lo mercantil ex apartado 2 del artículo 149 de la LC, en su redacción previa al Real Decreto-ley 11/2014

La doctrina sustentada por los tribunales de lo mercantil era del parecer de que el apartado 2 del artículo 149 de la LC, y que sólo hacía referencia a la sucesión de empresa sólo respecto

⁴²¹ Téngase en cuenta, especialmente, por las referencias que hacen al artículo 149.2 de la LC (hoy artículo 149.4 LC) en las sentencias y autos que se analizan en este trabajo y que fueron dictados ante de la Ley 9/2015.

de los créditos laborales, constituía una norma especial frente al régimen legal general en materia de sucesión de empresa, y por tanto, su aplicación prefería a otras normas que pudieran regular hipótesis de sucesión de empresa y de subrogación del adquirente respecto de créditos, como los de carácter tributario, de Seguridad Social o laborales. En otras palabras, se entendía que en la esfera concursal, la transmisión de empresa no constituiría sucesión de empresa, salvo para efectos laborales.

La Audiencia Provincial de Barcelona, en una sentencia del año 2007, conociendo de una apelación deducida por la TGSS, a objeto de que el adquirente de la unidad productiva vendida se subrogara en las deudas con dicha entidad, establece como criterios: *1)* que fuera del ámbito concursal la normativa legal propia, en concreto los artículos 104 y 127.2 del TRLGSS, reconocen expresamente la sucesión de empresa, cuando se produce una transmisión de la empresa o de una unidad productiva, y que consiguientemente el adquirente es responsable solidario del pago de las deudas con la Seguridad Social generadas por la empresa o la unidad productiva que adquiere, tal como se recoge también, en el artículo 42 de la LGT, respecto de los créditos tributarios, y en el artículo 44 del ET, respecto de los créditos laborales; *2)* que ese régimen general, que se regula por la normativa sectorial, queda afectado o alterado en caso de concurso de acreedores, en la medida que en esta hipótesis la norma especial es la concursal, que regula y condiciona la sucesión de empresa en el caso de que la liquidación, cuando dentro de un plan de liquidación (*ex art. 148 LC*) o por aplicación de las reglas legales supletorias (*ex art. 149 LC*), se lleve a cabo la enajenación del conjunto de la empresa o de una unidad productiva⁴²².

⁴²² AAP de Barcelona (secc. 15ª), auto núm. 391/2007, de 29.11.2007 (concurso Llamas, S.L.U.; Aranzadi: JUR 2008\127523), que conoce de una apelación deducida por la TGSS en contra del auto del Juzgado de lo Mercantil N° 2 de Barcelona (núm. 131/07, de 26.4.2007), que aprueba el plan de liquidación y la venta de una unidad productiva; y auto núm. 208/2009, de 16.12.2009 (concurso Bonar Plastics, S.A.U.; Aranzadi: JUR 2010\180618), a través del cual la Audiencia Provincial de Barcelona conoce y desestima un recurso de apelación interpuesto por la TGSS en contra del auto de adjudicación de una unidad productiva acordada por el Juzgado de lo Mercantil N° 5 de Barcelona, de 20.9.2008.

En el concurso de Llamas, S.L.U., el JM N° 2 de Barcelona, mediante auto de 26 de abril de 2007, aprobó el plan de liquidación de bienes de la concursada, disponiendo que la adjudicación a Envases Llamas S.L. se realizaba libre de cargas y gravámenes, subsistiendo sólo las hipotecas unilaterales a favor de la TGSS y de la Agencia Tributaria sobre la maquinaria que fue excluida de la adjudicación. Frente a la alegación de la TGSS, en cuanto a que la normativa sobre Seguridad Social impondría al adquirente de una industria, unidad productiva o negocio una responsabilidad solidaria respecto del pago de las deudas pendientes con la TGSS, y que no existiría una norma que permitiese excluir dicha responsabilidad, AP de Barcelona discurre que el régimen general en la materia, que regula la normativa sectorial de Seguridad Social, queda afectada en caso de concurso de acreedores, por cuanto la norma especial para el caso de concurso es la norma concursal, que regula y condiciona la sucesión de empresa en el caso de que la liquidación se lleve a cabo mediante enajenación del conjunto de la empresa o de una unidad productiva, sea que ello tenga lugar dentro de un plan de liquidación o por aplicación de las normas legales supletorias.

Este parecer se sustentaba, además, en la prevención contenido en el artículo 57 bis del propio Estatuto de los Trabajadores, añadido por propia Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, conforme al cual *«[e]n 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»*.

De esa forma, asimismo, el aludido artículo 149.2 de la LC (hoy art. 149.4 LC), al hacer referencia a la sucesión de empresa para efectos laborales, se entendía venía a recoger una clara excepción a la norma propia del Derecho concursal, al señalar que cuando como consecuencia de la enajenación unitaria, una entidad económica mantenga su identidad, se consideraría, a los efectos laborales, que existe sucesión de empresa.

Esto significa, en definitiva, según venía entendiendo las jurisprudencia en lo mercantil, que en materia concursal la transmisión de la empresa o de unidades productivas no constituye sucesión de empresa, por regla general, y que ello ocurría excepcionalmente sólo para efectos laborales cuando como consecuencia de la enajenación unitaria, una entidad económica mantenga su identidad. Solo en tal caso el adquirente respondía durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la adquisición que no hubieran sido satisfechas, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 44.3 del ET.

Esta jurisprudencia de los jueces de lo mercantil, que descansaba en la redacción de la norma concursal previa a la modificación referida, era concordante con el concepto de sucesión de empresa en que descansa el Estatuto de los Trabajadores, porque dicha sucesión se configura más allá de la causa de la transmisión, como una garantía a favor de los trabajadores de estabilidad en el empleo frente a los cambios de titularidad de la empresa.

En su auto la AP de Barcelona se expresa: *«[l]a venta de empresa o de una unidad productiva no deja de ser un medio de realización, dentro de la liquidación concursal, de los bienes y derechos de contenido patrimonial del deudor concursado, alternativo a la enajenación individualizada o por lotes de los distintos elementos de la masa activa. De hecho, tal y como se recoge en la exposición de motivos, "la Ley procura la conservación de las empresas o unidades productivas de bienes o servicios integradas en la masa, mediante su enajenación como un todo, salvo que resulte más conveniente a los intereses del concurso su división o la realización aislada de todos o alguno de sus elementos componentes, con preferencia a las soluciones que garanticen la continuidad de la empresa" (E.M. VII LC). Es precisamente el beneficio generalizado que produce la continuidad de la empresa, en la medida en que contribuye a conservar total o parcialmente los puestos de trabajo, lo que consiguientemente evita mayores gastos para la masa derivados de la extinción de los contratos de trabajo y genera riqueza al seguir operando empresarialmente en el mercado, el que lleva al legislador a favorecer esta forma de realización»* (fund. der. segundo).

También: AAP de Pontevedra (Secc. 1), núm. 137/2010, de 29.7.2010 (concurso Montes, Cuevas y Compañía SA.; Roj: AAP PO 715/2010 - ECLI: ES:APPO:2010:715A); y, en primera instancia, AJM N° 6 de Barcelona, s/núm., de 7.11.2011 (concurso Cacaolat, S.A.; Aranzadi: JUR 2012\391036).

Conforme a lo anterior, también, se entendía que no existía sucesión de empresa con respecto a otros créditos, como los de la Seguridad Social y los créditos tributarios, y que el adquirente no debía responder de esas obligaciones, aunque no hubieran sido satisfechas con el producto de la liquidación⁴²³. Este planteamiento interpretativo venía, además, avalado por la LGT, que en su artículo 42.1.c), relativo a la responsabilidad solidaria frente a la deuda tributaria, dispone que ella 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. En el ámbito de la Seguridad Social, por su parte, como anticipamos, si bien los artículos 104.1 y 127.2 del TRLGSS, imponen la responsabilidad solidaria del adquirente o sus herederos del pago de la totalidad de las prestaciones de la Seguridad Social causadas antes de la sucesión en la titularidad de una explotación, industria o negocio, sin que dicha normativa considerara una excepción respecto de aquel que adquiere explotaciones o actividades pertenecientes a un deudor concursado dentro de un procedimiento concursal, se entendía que la exoneración concursal respecto de estos créditos resultaba igualmente procedente, porque si bien no había un pronunciamiento expreso como el que contiene el artículo 42.1.c) de la LGT, ello no era necesario, por cuanto en materia de concurso, como se dijo, la norma especial que regula el procedimiento y sus efectos es la Ley Concursal, inspirada en un principio de unidad legal, y es esta norma la que regula el limitado alcance de la sucesión de empresa en el ámbito concursal, y por cuanto, además, reconocer la sucesión de empresa supondría calificar los créditos de la Seguridad Social con un privilegio especial respecto de todo su crédito, lo que sería contrario a lo dispuesto en el artículo 90 de la LC⁴²⁴.

2.3.2. Posición de la jurisprudencia de lo social ex artículo 149.2 de la LC, en su redacción previa al Real Decreto-ley 11/2014

La doctrina jurisprudencial de los tribunales de lo social, a propósito de las alegaciones formuladas por la TGSS, fue proclive a recoger las alegaciones de ese organismo y a entender que frente a la interrogante de si conforme al artículo 44 del ET, debía ser aplicado el régimen jurídico previsto en el mismo a los supuestos nacidos dentro de un procedimiento concursal,

⁴²³ AAP de Barcelona (secc. 15ª), núm. 208/2009, 16.12.2009 (concurso Bonar Plastics, S.A.U.; Aranzadi: JUR 2010\180618). Véase también: AZOFRA (2012), p. 138, y HERNÁNDEZ (2011), p. 216.

⁴²⁴ AJM N° 2 de Barcelona, s/núm., de 2.7.2007 (concurso Llamas S.U.L., núm. 122/2005; Ref. La Ley 344993/2007).

la respuesta había de ser afirmativa, por cuanto dicha norma no hace distinción alguna para su aplicación, en consideración al modo concreto de transmisión de la unidad productiva. El artículo 44.1 del ET establece, en lo pertinente, que *«[e]l cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior»*. Lo que se complementa con su apartado 2 del mismo artículo del ET, al considerar *«que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorias»*.

2.3.3. Artículo 149.2 de la LC ex reforma efectuada por el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre

El Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, entre otras modificaciones, hizo un cambio sustancial al apartado 2 del artículo 149 de la LC, al incluir dentro de la hipótesis de sucesión de empresa, que contempla dicha apartado, a los créditos de la Seguridad Social. La norma vino a disponer:

«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 accesorias, 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 subroge 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».

Esta reforma mantiene la redacción inicial del encabezado del apartado 1 del artículo 149 de la LC - aunque omitiendo el guarismo «1», seguramente por una omisión involuntaria-, que señala que *«[d]e no aprobarse un plan de liquidación y, en su caso, en lo que no hubiere previsto el aprobado, las operaciones de liquidación se ajustarán a las siguientes reglas»*. En este sentido, el alcance

sustantivo de esta modificación pudo haberse morigerado por el hecho de que el artículo 149 de la LC siguió entendiendo esta norma como una regla legal supletoria al plan de liquidación, al distinguir claramente entre reglas legales de liquidación supletorias y de aplicación imperativa. Esto pudo haber dado margen a una interpretación judicial del artículo 149.2 de la LC más armónica con los avances alcanzados en la materia, en el sentido de que el plan de liquidación podría prever una regla diversa, que se apartase de la extensión dada a la sucesión de empresa.

2.3.4. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, Sala Social, núm. 6847/2014, de 16 de octubre

Recogiendo el alcance de la reforma efectuada por el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, al apartado 2 del artículo 149 de la LC, el Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, entiende que de acuerdo a la regla legal de liquidación contenida en el apartado 2 aludido –que será, conforme a la Ley 9/2015, el apartado 4 actual del artículo 149 de la LC, en las enajenaciones producidas en liquidación concursal de entidades productivas, hay sucesión si se producen los supuestos del artículo 44 del ET, y que por tanto, el cambio de titularidad en la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma no extingue por sí mismo la relación laboral, de modo que el nuevo empresario se subroga en los derechos laborales y de Seguridad Social del anterior empresario, en cuantas obligaciones en materia protección social complementaria hubiera adquirido el cedente, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica⁴²⁵.

El TSJ de Catalunya hace presente que el artículo 44 del ET es la trasposición de la Directiva 2001/23, de 12 de marzo, que pretende generar un marco de protección a los trabajadores en el supuesto de cambio de empresario tras el traspaso de la empresa, y que en tal sentido

⁴²⁵ STSJ de Catalunya, Sala Social, núm. 6847/2014, de 16.10.2014 (Cubigel Compressors, S.A.U; Roj: STSJ CAT 9541/2014 - ECLI:ES:TSJCAT:2014:9541).

Dentro del concurso de la empresa Cubigel, declarada en concurso con fecha 7.2.2012, por el JM N° 3 de Barcelona, se procedió a la venta de la unidad productiva de la concursada a Huayi Compressor Barcelona, S.L.U., con fecha 11.3.2013, lo que consideró sólo partes de la plantilla de trabajadores de la concursada y sin obligación alguna para la adquirente respecto de los trabajadores no incluidos en el listado anexo a la adjudicación. Ello motivó la reclamación ante la justicia de lo social, por parte de uno de los trabajadores excluidos y al cual se le había notificado una carta de despido por causas económicas con fecha 4.3.2013. La demanda de este trabajador deriva en esta instancia ante el TSJ de Catalunya, sobre si la adquirente Huayi es obligada al pago de las prestaciones adeudadas al demandante, por existir sucesión de empresa respecto de la empleadora Cubigel.

se debe tener presente la jurisprudencia del TJUE en la materia⁴²⁶, que consideran que si bien tanto el cedente como el adquirente tienen la facultad de despedir por razones económicas, técnicas o de organización, los trabajadores ilegalmente despedidos por el cedente poco tiempo antes de la transmisión de empresa y de los que no se haya hecho cargo el cesionario pueden invocar frente a éste la ilegalidad de dicho despido, como asimismo, la doctrina del propio TSJ de Catalunya, Sala Social, que cita⁴²⁷.

El TSJ entiende, en su razonamiento jurídico tercero, que el artículo 149.2 de la LC establece una *«regla general consiste, en que cuando como consecuencia de la enajenación del conjunto o, en su caso, de cada unidad productiva del deudor, 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. Es decir, como regla general en las enajenaciones producidas en liquidación concursal de entidades productivas, hay sucesión, si se producen los supuestos del artículo 44 del ET»*.

Las categóricas conclusiones a que arriba el TJS de Catalunya, sólo pueden ser atenuadas por las consideraciones que el propio tribunal hace, en cuanto a que, por un lado, *«hay que interpretar que (...) se establece una regla general, aplicable a falta de la aprobación de un plan de liquidación de la empresa concursada»*, y por otro, al dar cuenta de que el propio artículo 149.2 de la LC establece dos excepciones a esa regla general: *i)* que el adquirente no se subroge en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por el FOGASA, conforme al art. 33 del ET; y *ii)* que 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».

A la vista de lo expuesto, el TSJ concluye que el adquirente de la unidad productiva, conforme al auto de adjudicación y al artículo 149.2 de la LC, ha de responder solidariamente en virtud del artículo 44 del ET. Conforme a ello, estima que si bien el adquirente no ha de subrogarse en la parte de la cuantía de la indemnización por despido pendiente de pago anterior a la enajenación que sea asumida por el FOGASA, conforme al art.33 ET, como venía

⁴²⁶ Citando: STJUE de 15 junio 1988 (TJCE 1988\167, Bork International y otros, 101/87), y STJUE de 12 marzo 1998 (Jules Dethier Equipement SA contra Jules Dassy).

⁴²⁷ STSJ núm. 7859/2013, de 3.12.2013 (AS 2014\365); STSJ de 20.4.2012 (JUR 2012, 215006; recurso 4745/2011); STSJ de 19.3.2010 (JUR 2010, 175913); STSJ de 8.2.2012 (JUR 2012, 110102), y STSJ 7859/2013, de 3.12.2013 (AS 2014\365).

estableciendo el auto que autoriza la transmisión, *«sí debe subrogarse respecto del resto, puesto que tal parte del crédito no viene excepcionada, ni por el auto de 11.3.2013, ni por el sentido de la norma contenida en el artículo 149.2 de la LC, que se ciñe en la exclusión del mecanismo de la subrogación a las indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sean asumidas por el FOGASA, conforme al artículo 33 del ET, pero nada dice sobre las que no sean asumidas, por lo que a estas últimas les será de aplicación la regla general del artículo 44 del ET»*.

A pesar de que esta sentencia dio una consistente interpretación a favor de los créditos de la Seguridad Social en la venta de unidades productivas en el ámbito concursal, dejaba margen para una interpretación que entendía que la regla del artículo 149.2 de la LC era aplicable a falta de aprobación de un plan de liquidación.

2.3.5. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social (Sección 1ª), núm. 1573/2014, de 29 de octubre

Un complemento dentro del desarrollo de este tema viene a ser el criterio que el Tribunal Supremo recoge en su sentencia de 29 de octubre de 2014, con respecto a la competencia del juez del concurso para pronunciarse sobre la sucesión de empresa y el alcance de dicho pronunciamiento. El tema, que había generado distintas posturas en la jurisprudencia, requería definir si el pronunciamiento del juez del concurso era solo a efectos meramente prejudiciales⁴²⁸, teniendo presente lo dispuesto en el artículo 9.2 de la LC⁴²⁹, o bien, producía

⁴²⁸ El orden jurisdiccional social tendría competencia para conocer de las cuestiones relativas a la existencia de una sucesión de empresa que incide en la transmisión de unidades productivas acordada en el seno de un concurso de acreedores, tanto por la vía del recurso de suplicación o como consecuencia de la interposición de la correspondiente demanda formulada directamente ante esta jurisdicción. Véase: STSJ de Cantabria, sala de lo social (secc.1ª), núm. 258/2014, de 4.4.2014 (Candemat, S.A.; Roj: STSJ CANT 354/2014 - ECLI:ES:TSJCANT:2014:354). También: STSJ de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Social (secc. 1ª), núm. 23/2014, de 14.1.2014 (Automóviles Albelda S.A.; JUR 2014\55618); STSJ de Aragón, Sala de lo Social (secc. 1ª), núm. 541/2012, de 3.10.2012 (Fontjaraba Aguas y Bebidas, S.L.; JUR 2013\1159390); STSJ de Catalunya, Sala de lo Social (secc. 1ª), núm. 262/2014, de 16.1.2014 (Productos Mercedes, S.L.; JUR 2014\49183); y STSJ de Euskadi, Sala de lo Social (secc. 1ª), s/núm., 22.11.2011 (Ceplastik, S.L.; AS 2012\1799).

En algunos fallos se concluyó que a las empresas concursadas no les es de aplicación en toda su extensión el régimen jurídico previsto en el artículo 44 del ET, pero éste sigue siendo una garantía del mantenimiento de los derechos laborales de los trabajadores que no pueden verse afectados por la simple transmisión de la empresa o de parte de ella, y que el juez de lo mercantil no puede alterar los derechos colectivos de los trabajadores, ni de los individuales, sino siguiendo los pasos dispuestos en el artículo 64 de la LC. Véase: STSJ de Catalunya, Sala de lo Social (secc. 1ª), núm. 2993/2012, de 20.4.2012 (Olympia Empleo ETT, S.L.U.; JUR 2012\215006); STSJ de Catalunya, Sala de lo Social (secc. 1ª), núm. 2196/2010, de 19.3.2010 (Twisttechnology S.L.; JUR 2010\175913)

⁴²⁹ El artículo 9 de la LC, se refiere a la extensión de la competencia del juez del concurso, indicando, en su apartado 1, que *«[l]a jurisdicción del juez se extiende a todas las cuestiones prejudiciales civiles, con excepción de las excluidas en el artículo 8, las administrativas o las sociales directamente relacionadas con el concurso o cuya resolución sea necesaria para el*

efectos de cosa juzgada fuera del concurso de modo que, junto con acordar la venta de la unidad productiva, el juez del concurso debía regular los efectos de la venta, incluyendo los relativos a la sucesión de empresa, considerando las prevenciones de los artículos 148 y 149.2 y 3 (hoy, art. 149.4 y 5 de la LC), y las facultades que la Directiva 2001/23/CE, del Consejo, de 12 de marzo, 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 actividad⁴³⁰.

Sobre esta discusión se ha pronunciado el Tribunal Supremo, en su sentencia de 29 de octubre de 2014, con ocasión del pleito que se origina por la demanda de cinco trabajadores en contra del adquirente de la unidad productiva para el pago del resto de las indemnizaciones por despido, no cubierta por el FOGASA. El Tribunal Supremo concluye que es de competencia de los tribunales con jurisdicción en lo social la calificación de la sucesión empresarial al amparo del artículo 44 del ET, incluso en los casos de venta de unidad productiva en sede concursal, al estimar que *«[e]n definitiva, sean cuales sean las circunstancias en las que se ha desarrollado la extinción colectiva de los contratos de los trabajadores en el marco de un concurso de acreedores de una empresa, así como la liquidación de los bienes de ésta, la cuestión de si posteriormente se ha producido o no una sucesión empresarial (art. 44 ET) es competencia de la jurisdicción social. Así pues, el motivo único -y con ello el recurso- es desestimado»*⁴³¹.

Esta interpretación del Tribunal Supremo viene a hacer más gravosas las consecuencias que traen consigo las recientes modificaciones legales que considerará la Ley 9/2015. La STSJ de Catalunya, de 16 de octubre de 2014, daba cabida, como dijimos, a entender que la regla del artículo 149.2 de la LC operaba a falta de aprobación de un plan de liquidación. Era posible, por tanto, un plan de liquidación acordar una venta de unidad productiva en condiciones distintas a las referidas por dicho precepto legal en cuanto a los créditos de la Seguridad Social, lo que, a su vez, podía ser aprobado y acordado por el juez del concurso según la competencia que se le venía reconociendo para regular con efecto de cosa juzgada los efectos

buen desarrollo del procedimiento concursal», pero agregando, por medio de apartado 2, que «[l]a decisión sobre las cuestiones a las que se refiere el apartado anterior no surtirán efecto fuera del proceso concursal en que se produzca».

⁴³⁰ Este criterio, seguido por los juzgados de lo mercantil de Barcelona, fue planteado tempranamente, como dijimos, en el auto núm. 391/2007, de 29.11.2007 (concurso Llamas, S.L.U.; Aranzadi: JUR 2008\127523), y el auto núm. 208/2009, de 16.12.2009 (concurso Bonar Plastics, S.A.U.; Aranzadi: JUR 2010\180618), ambos de la Audiencia Provincial de Barcelona (secc. 15ª).

⁴³¹ STS, Sala de lo Social (secc. 1ª), núm. 1573/2014, de 29.10.2014 (Roj: STS 5228/2014 - ECLI:ES:TS:2014:5228).

de aquella venta, y que ahora se ve limitada, conforme a la sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de octubre.

Recogiendo las consideraciones que contiene un reciente auto del Juzgado de lo Mercantil N° 9 de Barcelona, de 24 de julio de 2015,⁴³² y lo que en su momento se señaló en la enmienda al proyecto de ley, que formulara el Grupo Parlamentario Catalán *Convergència i Unió*⁴³³, la interpretación del Tribunal Supremo trae consigo las siguientes consecuencias para la venta de unidades productivas en sede concursal:

- i) compromete la seguridad jurídica que debe regir en las relaciones mercantiles. El adquirente de la unidad productiva debe conocer exactamente no sólo lo que compra, sino el alcance de los compromisos que asume en virtud de esa adquisición, a objeto de prestar su consentimiento libre y consciente;
- ii) no considera el criterio de que la venta de una unidad productiva, que tiene lugar en el ámbito concursal, queda regida por las normas de la propia Ley Concursal y no por reglas de la normativa sectorial, según la prevención, además, que recoge el ET, que dispone que «*[e]n caso de concurso, a los supuestos de (...) de sucesión de empresa, se aplicarán las especialidades previstas en la Ley Concursal*» (art. 57 bis ET);
- iii) No es totalmente concordante con el tenor de la reforma que hace el Real Decreto-ley 11/2014, y luego la Ley 9/2015. Si la sucesión de empresa opera a efectos laborales y de Seguridad Social, conforme al actual artículo 149.4 de la LC, debiera entenderse que ha venido a confirmar o reconocer, a lo menos, la competencia del juez del concurso para pronunciarse respecto de la sucesión de empresa, y que esa competencia no lo es sólo a efectos meramente prejudiciales, sino también para regular los efectos de la venta de unidades productivas, incluyendo los alcances de la sucesión de empresa, en concordancia también con las atribuciones que reconoce el artículo 5 de la aludida Directiva Comunitaria 2011/23/CE, de 12 de marzo⁴³⁴.

⁴³² AJM N° 9 de Barcelona, s/núm., de 24.7.2015 (concurso Delmo Empresarial, S.L.; Roj: AJM B 113/2015 - ECLI:ES:JMB:2015:113A).

⁴³³ Enmienda núm. 72, BOCG. Congreso de los Diputados núm. A-117-2, de 12.3.2015.

⁴³⁴ AJM N° 9 de Barcelona, s/núm., de 9.4.2015 (concurso Poly Klyn, S.L.; Roj: AJM B 47/2015 - ECLI:ES:JMB:2015:47A).

2.3.6. Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Sexta), de 28 de enero de 2015

Debe tenerse presente, en el desarrollo de la cuestión relativa a la subrogación de las deudas de concursado para con la Seguridad Social, el auto del Tribunal de Justicia de Unión Europea, de 28 de enero de 2015⁴³⁵, formulado por una petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil N° 3 de Barcelona, en el procedimiento concursal de la concursada Gimnasio Deportivo San Andrés S.L., respecto de la interpretación de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001⁴³⁶, y particularmente, sobre cuáles eran las deudas de la concursada que el adquirente debía legalmente asumir, a tenor del artículo 5 de la Directiva.

Mediante auto de 15 de octubre de 2013, el Juzgado de lo Mercantil N° 3 de Barcelona aprobó la adjudicación de la Escuela Laia a la *Institució Pedagògica Sant Andreu, S.L.*, sociedad constituida por un grupo de profesores del colegio, como oferta única sobre esa unidad productiva. La sociedad adquirente se comprometió a mantener la actividad de la concursada, Gimnasio Deportivo San Andrés, y a subrogarse en los contratos laborales de los trabajadores de esta última.

El auto del TJUE tiene presente que el Derecho español la sucesión de empresa, en general, se rige por el artículo 44.1 del ET, pero que conforme al artículo 57 bis del ET, en caso de concurso, a los supuestos de modificación, suspensión y extinción colectivas de los contratos de trabajo y de sucesión de empresa, son aplicables las especialidades previstas en la LC, ámbito en el cual deben considerarse disposiciones como los artículos 148 y 149 de la LC. Y entiende que el tema de la sucesión de empresa no es aplicable en el ámbito tributario, por norma expresa de la LGT. La duda se plantea, por ende, en la Seguridad Social, por las referencias que resultan de los artículos 15, 104 y 127.2 del TRLGSS.

El TJUE considera que *«en el supuesto de que, en el marco de una transmisión de empresa, el cedente sea objeto de un procedimiento de insolvencia que esté bajo la supervisión de una autoridad pública competente y el Estado miembro de que se trate haya optado por hacer uso del artículo 5, apartado 2, de la mencionada Directiva, ésta no se opone a que dicho 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*

⁴³⁵ Referencia: ECLI:EU:C:2015:46

⁴³⁶ DOUE L 082 de 22.03.2001, y que deroga la Directiva 77/187/CEE del Consejo (DOUE L 61 de 5.3.1977) y Directiva 98/50/CE del Consejo (DO L 201 de 17.7.1998).

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». De esta manera, el TJUE reconoce, por una parte, que la normativa interna de cada Estado miembro puede establecer exoneraciones para los casos de adquisición de unidades productivas que tenga lugar en el ámbito concursal, tanto a los efectos laborales como de Seguridad Social, como lo venía haciendo, en cuanto a la Seguridad Social, el artículo 149.2 de la LC, previo a la reforma del Real Decreto-ley 11/2014. Pero también entiende que no existe impedimento para que el «Estado miembro prevea que tales cargas deban ser soportadas por el cesionario aun en caso de insolvencia del cedente». Estas consideraciones permiten al TJUE llegar a la conclusión, no menor, aunque de modo bastante ecléctico, que la «Directiva no establece obligaciones en cuanto a las cargas del cedente resultantes de contratos o relaciones laborales que ya se hubieran extinguido antes de la fecha de la transmisión, pero no se opone a que la normativa de los Estados miembros permita la transferencia de tales cargas al cesionario».

2.3.7. Artículo 149.4 de la LC ex reforma efectuada por la Ley 9/2015, de 25 de mayo

Las modificaciones introducidas a la Ley Concursal por el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, fueron recogidas por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal. En virtud de esta ley el apartado 2 del artículo 149 de la LC pasa a ser el actual apartado 4 de dicho artículo. Además, se precisa, como hemos expresado, conforme a la nueva redacción que se da al encabezado de su apartado 1, que las reglas contenidas en él tienen el carácter de reglas legales supletorias. Con ello se distingue entre las reglas de liquidación contenidas en el apartado 1, aplicables con carácter supletorio a las operaciones de liquidación «*[d]e no aprobarse un plan de liquidación y, en su caso, en lo que no hubiere previsto el aprobado*», respecto del resto de reglas, que se contienen en los apartados 2 a 5, y que deben tener aplicación como reglas legales en todas las operaciones de liquidación, incluyendo las que tengan lugar conforme a un plan de liquidación. De esta manera, las prevenciones contenidas en los apartados 2 a 5 tienen aplicación imperativa, incluyendo aquella que dispone la sucesión de empresa a efectos de Seguridad Social, en el apartado 4 del artículo 149 de la LC.

La suma de estos cambios legales y de los criterios jurisprudenciales antes anotados hace que la situación de los créditos de la Seguridad Social en el ámbito concursal haya cambiado

radicalmente, primeramente, por el Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, y luego por la Ley 9/2015, de 25 de mayo⁴³⁷.

La norma concursal considera hoy, recogiendo el planteamiento sustentado por la jurisprudencia de lo social y por la TGSS, los créditos de la Seguridad Social dentro de las hipótesis expresas de sucesión de empresa, en caso de transmisión de la empresa de la concursada o de algunas de sus unidades productivas. No se trata, como pretendió en sus alegaciones más recientes la TGSS, al alero del artículo 149.2 de la LC (ex Real Decreto-ley 11/2014), que estemos ante una modificación que viene a confirmar la tesis sustentada por ella en la materia. La verdad es que, tal como expresa el Juzgado de lo Mercantil N° 1 de Vitoria-Gasteiz, es evidente que estamos ante un giro copernicano en el trato de los créditos de la Seguridad Social en el ámbito concursal⁴³⁸.

Tomando parte de la historia fidedigna de establecimiento de la Ley 9/2015, durante su tramitación legislativa se hizo presente mucha claridad los efectos adversos que tendría una reforma en comento. El Grupo Parlamentario Catalán *Convergència i Unió*, junto con manifestar los magros resultados que han obtenido las reformas a la LC, en el objetivo de posesionar al convenio como mecanismo de solución del concurso, puso de relieve que la venta de la unidad productiva, *«como fórmula para liquidar el haber concursal, sí ha resultado una fórmula extraordinariamente eficaz en la solución de la crisis empresariales»*, y que a través de ella se *«han conseguido conservar su puesto de trabajo y se la han salvado cientos de pequeñas, medianas y grandes empresas»*⁴³⁹. Esta justificación de la enmienda propuesta, tendiente a suprimir la referencia a la Seguridad Social en el proyectado apartado 2 (hoy, apartado 4) del artículo 149 de la LC,

⁴³⁷ La aplicación de las reformas introducidas por dichos cuerpos legales supone periodos de vacancia de las normas según las disposiciones legales transitorias que cada uno de ellos contempla. Ello incide, obviamente, la decisión que la materia se pueda adoptar en las resoluciones judiciales que se han ido dictado en la materia. Véase, *v.gr.*, APP de Mallorca (secc. 5ª), núm. 8/2015, de 11.5.2015 (concurso Inversiones Son Amonda, S.L.; Roj: AAP IB 10/2015 - ECLI:ES:APIB:2015:10A), que pondera que a pesar de poder encuadrar la situación de hecho planteada en la nueva normativa, ello no resulta procedente por dicho motivo. También, AAP de Álava (secc. 1ª), núm. 26/2015, de 26.3.2015 (concurso Celaya, Empanza y Galdós Internacional S.A.; JUR 2015\10780), que desestima la posición de la TGSS que entiende que si bien el Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, no otorga eficacia retroactiva a la reforma del artículo 149.2 de la LC (que hoy corresponde al apartado 4 de la LC, ex Ley 9/2015, de 25 de mayo), que incluye expresamente los créditos de Seguridad Social a efectos de sucesión de empresa, sí significaría una especie de interpretación auténtica de la norma que entiende revela el preámbulo del Real Decreto-ley citado al indicar que *«se arbitran los mecanismos de exención de responsabilidad por deudas previas, salvo en determinados casos especiales que por su singularidad siguen mereciendo una especial tutela, como es el caso de las deudas frente a la Seguridad Social o a los trabajadores»*; análisis que no es compartido por la Audiencia Provincial de Álava.

⁴³⁸ Auto núm. 265/2014, de 28.11.2014 (concurso ordinario núm. 183/2014, de Celaya, Empanza y Galdós Internacional, S.A.).

⁴³⁹ Enmienda núm. 72, BOCG. Congreso de los Diputados Núm. A-117-2 de 12.3.2015.

da cuenta de la sintonía que la venta de unidades productivas ha tenido hasta esa fecha, con las finalidades del concurso, por cuanto se satisface los créditos de los acreedores del concurso de la manera más eficiente posible y se da continuidad a la actividad empresarial conservando puestos de trabajo.

La falta de coherencia entre la reforma y las finalidades del concurso y el interés del mismo, no está en el discurso o planteamiento formal de las modificaciones legales que llevaron a cabo, ya que según se manifiesta en el preámbulo de la Ley 9/2015, y también en el Real Decreto-ley 11/2014, una de las premisas básicas para las medidas urgentes que se adoptan en materia concursal, está dada por el hecho de que *«continuidad de las empresas económicamente viables es beneficiosa no sólo para las propias empresas, sino para la economía en general y, muy en especial, para el mantenimiento del empleo»* (párr. I del preámbulo), y particularmente, en materia de liquidación, se modifican preceptos de la LC *«con el objeto de facilitar el desarrollo de esta fase de procedimiento concursal. 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»* (párr. IV del preámbulo). A ello se suma, igualmente, como pilares básicos de la reforma el querer *«acomodar el privilegio jurídico a la realidad económica subyacente»* y *«respetar en la mayor medida posible la naturaleza jurídica de las garantías reales, de acuerdo con su verdadero valor económico»* (párr. I del preámbulo). La contradicción se encuentra entre los propósitos declarados y los medios que se plantean para alcanzarlos. Al incorporar a la Seguridad Social, acreedor público, como un factor decisivo en la venta de unidades productivas, se priva a este medio o instrumentos de solución concursal, avalado por la práctica, de su inherente atractivo y se desconoce, como indica la justificación de la enmienda, los innumerables casos en que, en un contexto de crisis económica, *«inversores han puesto sus ojos en buenas empresas en dificultades y han invertido no sólo en su adquisición y en la subrogación de toda o parte de la plantilla, sino que además han potenciado su crecimiento y viabilidad generando riqueza»*.

El atractivo propio de la venta de unidades productivas, como bien indica destaca la enmienda, está en la seguridad jurídica que otorga al adquirente, quien al comprar la unidad productiva, únicamente se hacía cargo *«de los pasivos laborales de aquellos trabajadores que subrogaban en la nueva compañía»*, quedando el resto de pasivos en el concurso. El artículo 149.4 de la LC incrementa dicha carga, pues además de la carga laboral, el adquirente debe asumir la deuda pendiente de pago con la Seguridad Social, y al mismo tiempo, incorpora un

elemento de inseguridad jurídica en la adquisición, dados por la cuantía y extensión del crédito de la Seguridad Social. Como se manifiesta en la enmienda aludida, que se propuso para corregir este punto, la *«elevada cuantía que el crédito de dicho organismo supone en la mayoría de concursos y que hará inviable la mayoría de operaciones; no sólo porque en aquellos casos en los que se adquiera sólo alguna de las diversas unidades productivas de la concursada implicará la asunción del total pasivo con el organismo, lo que supone una grave injusticia; sino también por el elevado nivel de inseguridad jurídica que implica comprar una unidad productiva a la que va asociada esta contingencia»*.

Teniendo en cuenta lo antes señalado, cuesta entender que durante la tramitación legislativa no se hubiere reparado en las consideraciones expresadas en dicha enmienda y que, tampoco, se consideraran las alegaciones formuladas por el mismo grupo parlamentario en el Senado. En esta última instancia parlamentaria, además de hacer presente la urgencia que se le dio al proyecto de ley, contrastándola con la importancia que tiene la normativa concursal, especialmente en el contexto de dar continuidad a empresas en momentos de crisis, y los puestos de trabajo que ello ha supuesto, se puso de relieve la contradicción entre los propósitos y pilares básicos aludidos en el proyecto (continuidad de las empresas económicamente viables en beneficio de las propias empresas y la economía; acomodar el privilegio jurídico a la realidad subyacente; y respetar, en la medida de lo posible, la naturaleza jurídica de las garantías reales, siempre de acuerdo con su verdadero valor económico).

El único fundamento expuesto por el preámbulo de la Ley 9/2015, para explicar el nuevo estatus que se otorga a los créditos de la Seguridad Social es muy escueto y general. Se señala que la exención de responsabilidad por deudas previas que se establece a favor del adquirente de la unidad productiva tiene, como excepción, *«determinados casos especiales que por su singularidad siguen mereciendo una especial tutela, como es el caso de las deudas frente a la Seguridad Social o a los trabajadores»* (párr. IV del preámbulo). Con ello se pretende equiparar los créditos de la Seguridad Social con los créditos de los trabajadores bajo un concepto único de créditos que merecen *«especial tutela»*, sin señalar el fundamento de esta afirmación. Razones sobran para calificar de este modo a los créditos laborales, pero respecto de los créditos de la Seguridad Social dicho fundamento falla. La ley pretende irrogar a éstos cualidades o características propias de aquellos, que derivan de la idea básica de que el sistema de protección de los derechos laborales busca proteger finalmente al trabajador y a su familia de las contingencias y riesgos de la actividad empresarial. Lo que sí parece evidente, en definitiva, es que la aludida ley 9/2015, y su precedente, el Real Decreto-ley 11/2014, han privilegiado el interés

puramente económico del Estado que, por medio de la Seguridad Social, venía haciéndose cargo de un conjunto de prestaciones de las que a partir de ahora ya no deberá responder y que serán de cargo del adquirente de la unidad productiva, cuando los haya, por cierto.

El efecto disuasorio en la compra de unidades productivas, advertido por algunos durante la tramitación parlamentaria del proyecto, y que, lamentablemente, se ha convertido en una realidad, es la principal y esencial consecuencia que ha traído consigo el nuevo apartado 4 del artículo 149 de la LC.

2.3.8. Supuesto básico de la responsabilidad del adquirente y extensión de la misma

Sólo habrá sucesión de empresa en aquellos casos en que estemos ante una unidad productiva que como entidad económica mantiene su identidad, esto es, cuando lo que se transmite es un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesoria, como ha tenido ocasión de precisar la jurisprudencia⁴⁴⁰ y según exige el artículo 149.4 de la LC.

Aún a riesgo de ser reiterativos, debemos considerar que la noción de unidad productiva *«es una noción aparentemente imprecisa, pero que se puede identificar como un conjunto de medios organizados con el fin de llevar a cabo una actividad económica y 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»*⁴⁴¹, y en cuya construcción no solo convergen elementos de significación jurídica, sino también, y sobre todo, de carácter económico y social.

A partir de esas prevenciones, hemos expresado que un concepto de unidad económica como unidad de negocio con actividad productiva, susceptibles de ser gestionada y, en su caso, de ser transmitida de modo autónomo, y que debe ser omnicompreensiva de todos aquellos elementos que conforman una unidad de esta especie, haciendo referencia no sólo a los elementos puramente materiales, sino también a aquellos elementos inmateriales, como la clientela, expectativas de venta, etc., que permitan dicha continuidad a través del plan de negocios que pretenda desarrollar el titular o, en caso de transmisión, el adquirente de la unidad productiva. Es decir, la unidad productiva es una realidad que debe ser apreciada

⁴⁴⁰ AAP de Álava (secc. 1ª), núm. 136/2010, de 1.12.2010 (AC2011\913).

⁴⁴¹ AJM N° 1 de Donostia – San Sebastián, s/núm., de 3.6.2014 (concurso Fagor; s/ref.).

económicamente, en primer término por la administración concursal⁴⁴², y que comprende *«la totalidad de los bienes de cualquier naturaleza organizados alrededor de una actividad empresarial o profesional concreta, y unidos a la misma de un modo estable, inseparable y permanente, presentando cierta autonomía respecto al resto de los bienes del deudor; habiendo señalado recientemente los Tribunales que siendo un concepto impreciso puede identificar como un conjunto de medios organizados con el fin de llevar a cabo una actividad económica y 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»*⁴⁴³.

La ausencia en esos términos de una unidad productiva excluye la aplicación de las especiales previsiones que contempla la LC para la enajenación de dichas unidades, tanto a través del convenio, como de la liquidación. Criterio que ha orientado al Juzgado de lo Mercantil N° 10 de Barcelona, en sus autos de 6 y 10 de marzo de 2014, que puede servir de respuesta a los interrogantes planteados. En la última de esas resoluciones, el juez del concurso observa que: *«...dado que se produce la circunstancia de que la ofertante no se adjudica la unidad productiva de la concursada entendida como unidad de negocio, considero que la adjudicación que se autoriza en esta resolución no se refiere a una unidad productiva de la concursada en el sentido de venta de unidad de negocio, tal y como prevé el artículo 149.2 de la Ley Concursal, sino a la venta de una serie de activos de dicha concursada, por lo que dicha adjudicación no implica una sucesión de empresa y la adquirente no debe asumir las deudas generadas a la fecha de efectividad de la adjudicación que sean de naturaleza tributaria, laboral y de Seguridad Social, así como las deudas concursales, que sean anteriores a dicha fecha de efectos, adquiriendo los activos de la concursada libres de cargas diferentes a las que constituyan privilegio especial»*⁴⁴⁴. Esto significa, entre

⁴⁴² Corresponde a la administración concursal *«...formular los juicios de oportunidad económica a la hora de decidir la conveniencia de ventas en bloque o por unidades productivas en función de las características y circunstancias de la actividad de la concursada/s y, también, lo que es importante, del interés y prioridades que puedan tener posibles adquirentes»* (AJM N° 1 de Donostia – San Sebastián, s/núm., de 3.6.2014 [concurso Fagor; s/ref.]).

⁴⁴³ AJM N° 6 de Madrid, s/núm., de 22.5.2015 (concurso Neumáticos El Val; Roj: AJM M 67/2015 - ECLI:ES:JMM:2015:67A).

⁴⁴⁴ Fundamento de derecho quinto del AJM N° 10 de Barcelona, s/núm., de 6.3.2014 (concurso Grupo Inversor MC2, núm. 405/2012-RC), y s/núm., de 10.3.2014 (concurso Tecus Plásticos, S.L., núm. 956/2013). La referencia al apartado 2 del artículo 149 de la LC, debe entenderse hecha hoy a su apartado 4, tras la reforma efectuada a dicho artículo por la Ley 9/2015, de 25 de mayo.

Conforme al razonamiento realizado, el auto declara efectivamente que: *«[e]n el presente caso, dado que se produce la circunstancia de que la ofertante no se adjudica la unidad productiva de la concursada entendida como unidad de negocio, considero que la adjudicación que se autoriza en esta resolución no se refiere a una unidad productiva de la concursada en el sentido de venta de unidad de negocio, tal y como prevé el artículo 149.2 de la Ley Concursal, sino a la venta de una serie de activos de dicha concursada, por lo que dicha adjudicación no implica una sucesión de empresa y la adquirente no debe asumir las deudas generadas a la fecha de efectividad de la adjudicación que sean de naturaleza tributaria, laboral y de Seguridad Social, así como las deudas concursales, que sean anteriores a dicha fecha de efectos, adquiriendo los activos de la concursada libres de cargas diferentes a las que constituyan privilegio especial»* (fund. der. quinto)

otras cosas, que la venta de activos o unidades que no puedan ser conceptualizadas como unidades productivas no dará lugar a la sucesión de empresa ni, por tanto, a la transmisión de deudas generadas a la fecha de la adjudicación.

La idea de una entidad económica que mantenga su identidad, entendida, según el artículo 149.4 de la LC, como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesoria, no debiera ser obstáculo para definir en términos cuantitativos y cualitativos aquello que conforma la unidad productiva que se pretende vender, y que permitirá delimitar aquellos componentes del activo que forman la unidad productiva al tiempo de su venta⁴⁴⁵.

Definida la existencia en el concurso de una unidad productiva, ésta debe ser transmitida manteniendo su identidad a efecto de que sean aplicables las especiales prevenciones que la LC contempla para su venta, entre otras, la que considera que hay sucesión de empresa a los efectos laborales y de Seguridad Social (*ex art. 149.4 LC*).

Pero también es necesario precisar el alcance de tal hipótesis, es decir, la extensión de la responsabilidad que el adquirente debe asumir frente a las deudas laborales y de Seguridad Social del concurso, en cuanto si debe responder de toda la deuda del concursado o solo las deudas correspondientes a trabajadores en los que se subroga con relación a la unidad productiva que adquiere. Este interrogante fue planteada, mediante enmienda, durante la tramitación legislativa de la Ley 9/2015, con el objeto de precisar el alcance de los compromisos asumidos por el adquirente frente a las deudas de Seguridad Social. La propuesta, no acogida finalmente en el texto final del apartado, buscaba que el adquirente respondiera *«únicamente de las deudas derivadas de las relaciones laborales y de Seguridad Social en las que se subroga al adquirir la unidad productiva y que hayan sido reconocidas en el concurso como créditos concursales o contra la masa, en las condiciones que hayan sido aprobadas por el juez del concurso al autorizar la venta»*. Junto a ello, se proponía además una importante excepción a esa responsabilidad: *«[L]a sucesión de empresa a efectos de Seguridad Social no procederá, si la valoración de la unidad productiva realizada por el administrador concursal de acuerdo con el artículo 75 apartado 2.5.º de la LC es inferior a la deuda contraída y reconocida como crédito concursal o contra la masa, con la Seguridad Social»*⁴⁴⁶.

⁴⁴⁵ GARCÍA-CHAMÓN (2015), p. 83 y ss.

⁴⁴⁶ Enmienda núm. 73, BOCG. Congreso de los Diputados Núm. A-117-2 de 12.3.2015.

Teniendo presente la redacción final del artículo 149.4 de la LC, tres son los criterios o posturas que podemos considerar sobre el alcance de la responsabilidad del adquirente de la unidad productiva:

- i) En un primer extremo, restringiendo el alcance de la sucesión de empresa, se puede entender que hay dicha sucesión, a efectos laborales y de la Seguridad Social, únicamente respecto de los trabajadores subrogados.

Este es el criterio, como se dijo, desarrollado en su momento por la jurisdicción de lo mercantil, sustentado, entre otras, por la Audiencia Provincial de Barcelona⁴⁴⁷. A esta tesis adhirió el Juzgado de lo Mercantil N° 9 de Barcelona, en su auto, s/núm., de 9 de abril de 2015, para interpretar el artículo 149.2 de la LC, modificado por el Real Decreto-ley 11/2014, declarando que sólo había sucesión de empresa a efectos laborales y de la Seguridad Social con relación a los trabajadores subrogados por el adquirente de la unidad productiva, sobre la base de los siguientes razonamientos jurídicos, expuestos en el fundamento de derecho quinto:

La sucesión de empresa a efectos laborales y de la seguridad social *«solo es predicable respecto de los contratos de trabajo en vigor en los que se subroga el adquirente, no así respecto de las deudas laborales y de la seguridad social que la concursada pudiera tener frente al resto de trabajadores no subrogados»*. El sustento de esta afirmación lo encuentra en el artículo 5 de la Directiva 2001/23/CE, de 12 de marzo de 2001, y en el citado ATJUE, de 28 de enero de 2015, que le sirven para señalar que en ellos se *«parte de un principio general y básico y es que cuando se vende una unidad productiva en un proceso de insolvencia, el comprador adquiere dicha unidad libre de cargas y gravámenes. Solamente, si hay una norma nacional expresa, se puede imponer al comprador la asunción de determinadas deudas respecto de los trabajadores, pudiendo la norma nacional decir si solo es respecto de los que te quedas o también, de los restantes y lo mismo, de la deuda generada frente a la TGSS. Para ello, insisto, es necesario que existe una norma nacional que de manera expresa y clara, diga qué deuda laboral y de la seguridad social asume el adquirente. En caso contrario, no opera el principio de sucesión de empresas»*. Conforme a ello, en la Ley Concursal, el nuevo artículo 146 bis partiría del principio de que *«el*

⁴⁴⁷ APP de Barcelona (secc. 15ª), núm. 391/2007, de 29.11.2007 (concurso Llamas, S.L.U.; Aranzadi: JUR 2008\127523), y núm. 208/2009, de 16.12.2009 (concurso Bonar Plastics, S.A.U.; Aranzadi: JUR 2010\180618). También: AAP de Pontevedra (Secc. 1), núm. 137/2010, de 29.7.2010 (concurso Montes, Cuevas y Compañía SA.; Roj: AAP PO 715/2010 - ECLI: ES:APPO:2010:715A).

adquirente no asume deudas concursales y contra la masa salvo aquellas a cuyo pago se hubiera voluntariamente comprometido, salvo lo dispuesto en el artículo 149.2 de la LC».

La excepción a ese principio estaría, por ende, en el artículo 149.2 de la LC – hoy, artículo 149.4 de la LC-, que se limitaría a decir que en la venta de una unidad productiva hay sucesión de empresas a efectos laborales y de la seguridad social, sin precisar o distinguir si ello está referido a la deuda generada con todos los trabajadores o sólo con relación a los trabajadores subrogados. Esta imprecisión es resuelta por el mismo tribunal teniendo en cuenta que la citada Directiva 2001/23/CE alude a «"contrato de trabajos en vigor" al tiempo de la venta, por lo que lógicamente solo se está refiriendo a los contratos de trabajo en los que se subroga el adquirente, no de los restantes. Lo que no cabe es hacer una interpretación amplia del artículo 149.2 de la LC y decir que como no distingue, se refiere a todo (...), el TJUE lo que exige es que haya norma expresa cosa que en este caso, no la hay».

Lo anterior, permitió al Juzgado de lo Mercantil N° 9 de Barcelona, en dicha ocasión, concluir que «cuando la ley española dice "sucesión de empresas a efectos laborales y de la seguridad social", como no distingue, solo se puede entender referida a los contratos de trabajo en vigor al tiempo de la sucesión empresarial, esto es, aquellos en los que se subroga el adquirente, pero no de la deuda restante, pues para ello, sería necesario que la ley así lo dijera expresamente, esto es, que obligara al comprador a asumir todo el pasivo laboral y de la seguridad social tanto de los trabajadores subrogados como no subrogados, lo que no es el caso, por lo que debe aplicarse una interpretación restrictiva del precepto, acorde con los principios comunitarios»⁴⁴⁸.

⁴⁴⁸ AJM N° 9 de Barcelona, s/núm., de 9.4.2015 (Concurso Poly Klyn, S.L.; Roj: AJM B 47/2015 - ECLI:ES:JMB:2015:47A), en el que se estima que «[l]a sucesión de empresas "a efectos laborales y de la Seguridad Social" solo es predicable respecto de los contratos de trabajo en vigor en los que se subroga el adquirente, no así respecto de las deudas laborales y de la Seguridad Social que la concursada pudiera tener frente al resto de trabajadores no subrogados. La razón de ser es que el art. 5 de la Directiva 2001/23/CE y la interpretación que del mismo hace el reciente ATJUE de 28 de enero de 2015, parte de un principio general y básico y es que cuando se vende una unidad productiva en un proceso de insolvencia, el comprador adquiere dicha unidad libre de cargas y gravámenes. Solamente, si hay una norma nacional expresa, se puede imponer al comprador la asunción de determinadas deudas respecto de los trabajadores, pudiendo la norma nacional decir si solo es respecto de los que te quedas o también, de los restantes y lo mismo, de la deuda generada frente a la TGSS. Para ello, insisto, es necesario que existe una norma nacional que de manera expresa y clara, diga qué deuda laboral y de la Seguridad Social asume el adquirente. En caso contrario, no opera el principio de sucesión de empresas».

El JM de Barcelona N° 9 agrega que «[e]n el ordenamiento jurídico español, el artículo 146 bis de la LC, modificado por el Real Decreto-ley 11/2014, parte de un principio y es que el adquirente no asume deudas concursales y contra la masa salvo aquellas a cuyo pago se hubiera voluntariamente comprometido salvo lo dispuesto en el artículo 149.2 de la LC. Este último precepto, lo único que dice es que cuando se vende una unidad productiva, hay sucesión de empresas a efectos laborales y de la Seguridad Social, pero no distingue si se refiere a la deuda generada con los trabajadores que te quedas o también de los restantes. Como no distingue, tenemos que partir nuevamente de la directiva comunitaria que habla de "contrato de trabajos en vigor" al

Este razonamiento fue también compartido por el Juzgado de lo Mercantil N° 5 de Barcelona, en un auto de fecha 13 de abril de 2015, y según el cual *«la regla general en la adquisición de la unidad productiva es la exoneración del pasivo, sin que quepa interpretaciones extensivas de lo que no es más que una norma excepcional»*⁴⁴⁹. Junto a ello, este auto hace presente la importancia de que la norma concursal en comento sea interpretada de modo armónico y coherente con el interés del concurso y los principios en que descansa la normativa comunitaria citada, por lo que concluye que la sucesión de empresas a efectos laborales y de la seguridad social solo puede predicarse respecto *«de los contratos de trabajo en vigor en los que se subroga el adquirente; no así respecto de las deudas laborales y de la seguridad social que la concursada pudiera tener frente al resto de trabajadores no subrogados pues para ello sería necesario que la ley así lo dijera expresamente; esto es, que obligara al comprador a asumir todo el pasivo laboral y de la seguridad social tanto de los trabajadores subrogados como no subrogados, lo que no es el caso, por lo que debe aplicarse una interpretación restrictiva del precepto, acorde con los principios comunitarios»*.

El referido auto del Juzgado de lo Mercantil N° 5 de Barcelona, recoge consideraciones expuestas en un auto de 13 de marzo de 2105, del Juzgado de lo Mercantil N° 1 de Alicante, que bien sintetizan los argumentos expuestos para esta posición. Éste señala: *«[e]l artículo 44 del ET y los artículos 146 bis y 149.2 de la LC no establecen discriminación alguna, pero ello no significa que la subrogación deba ser por la totalidad del pasivo laboral, por las siguiente razones: i) la regla general en la adquisición de la unidad productiva es la exoneración del pasivo, sin que quepa interpretaciones extensivas de lo que no es más que una norma excepcional (art. 4 CC); ii) la imposición de una subrogación total e indiscriminada aparece como obstáculo de la transmisión de la unidad productiva, y en consecuencia, impeditivo de la supervivencia de la empresa en crisis, y el mantenimiento del empleo, debiendo huir de exégesis que frustren una de las finalidades de la Ley Concursal, en especial tras sus reforma de 2014, que no es otra que el salvamento de la empresa, según se declara en la exposición de motivos del Real Decreto-ley 11/2014. Por ello una subrogación delimitada por los contratos en vigor al tiempo del traspaso aparece como más ajustada a la exégesis teleológica; iii) el legislador ya ha previsto en el artículo 146 bis de la LC un correctivo para evitar eventuales situaciones abusivas, consistente*

tiempo de la venta, por lo que ilógicamente solo se está refiriendo a los contratos de trabajo en los que se subroga el adquirente, no de los restantes».

⁴⁴⁹ AJM N° 5 de Barcelona, s/núm., de 13.4.2015 (concurso Grup Dinamic; Roj: AJM B 55/2015 - ECLI:ES:JMB:2015:55A).

en la no exoneración del adquirente persona especialmente relacionada, por lo que generalizar la subrogación en el pasivo laboral de manera indiscriminada aparece como como mecanismo disuasorio desproporcionado».

- ii) Una segunda postura, de carácter intermedio, sobre la extensión de las obligaciones del adquirente, atenúa el alcance de la sucesión de empresa a efectos laborales y de Seguridad Social en el ámbito concursal, al aplicarla sólo respecto de los contratos de trabajo que están en vigor al tiempo de realizarse la oferta, se subroga o no el adquirente en los mismos.
- iii) Una tercera posición lleva a considerar el artículo 44 del ET en toda su extensión, tanto en las ventas de unidades productivas efectuadas en sede concursal, como fuera de ella, con la sola particularidad de que las ventas hechas en la liquidación concursal permiten al juez del concurso exonerar al adquirente de la deuda laboral en la parte que queda cubierta por el FOGASA con arreglo al artículo 33 del ET. Pero toda deuda laboral y de la Seguridad Social, de la que el adquirente no pueda ser exonerado, quedaría comprendida dentro de la sucesión de empresa.

Esta tesis es la que acoge la sentencia del TSJ de Catalunya, Sala Social, núm. 6847/2014, de 16 de octubre de 2014, examinada en un acápite anterior⁴⁵⁰. También es la posición que adopta el Juzgado de lo Mercantil N° 9 de Barcelona en un auto de 24 de julio de 2015, si bien se había manifestado antes a favor de la primera de las posturas señaladas, tal como se aprecia el auto de 9 de abril de 2015. Las razones para mudar de criterio son, por un lado, el predominio que adquiere la tesis de la jurisdicción laboral, que hace responsable al adquirente de manera amplia de toda deuda laboral y de Seguridad Social (*ex art. 44 ET*), de la cual el juez del concurso no pueda exonerarlo conforme a la legislación concursal, en virtud de la sentencia de la sala social del Tribunal Supremo, de 29 de octubre de 2014, también comentada; y por otro, una razón de seguridad jurídica: *«el adquirente tiene que saber qué compra y cuáles son los riesgos y es que la sucesión de empresa no sólo debe predicarse respecto de los trabajadores subrogados»*. La juez del concurso, en este auto, reconoce el efecto disuasorio de esta postura, que limitará el número de ventas de unidades productivas y producirá inevitablemente la pérdida de puestos de trabajo; pero sabe, también, que la

⁴⁵⁰ ATSJ de Catalunya, Sala Social, núm. 6847/2014, de 16.10.2014 (concurso Cubigel Compressors, S.A.U.; Roj: STSJ CAT 9541/2014 - ECLI:ES:TSJCAT:2014:9541).

jurisdicción social dará la razón a los trabajadores que recurran a ella en perjuicio del adquirente⁴⁵¹.

El predominio de este último criterio interpretativo sobre el alcance de la regla contemplada en el artículo 149.4 de la LC viene, creemos, a poner una lápida a un largo y exitoso camino recorrido en materia de venta de unidades productivas en el ámbito concursal, que no puede ser rehabilitado o reivindicado ni siquiera parcialmente por las excepciones a la sucesión de empresa, que considera el propio apartado 4 del artículo 149 de la LC, por su limitado alcance, según veremos.

2.4. Excepciones a la sucesión de empresa

La regla recogida en el nuevo artículo 149.4 de la LC, que dispone la sucesión de empresa en materia de créditos laborales y de Seguridad Social, no constituye un resguardo absoluto o total a favor de estos créditos, puesto que la norma considera que el juez del concurso está facultado para *«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»*⁴⁵². A ello se suma, además, que para asegurar la viabilidad futura de la actividad y el mantenimiento del empleo, *«el cesionario y los representantes de los trabajadores están facultados, por la misma norma, para suscribir acuerdos para la modificación de las condiciones colectivas de trabajo»*. La citada sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, de 16 de octubre de 2014, destaca que la regla del artículo 149 de la LC, contempla estas dos excepciones. No obstante, se trata de excepciones muy acotadas que alteran sustancialmente el efecto disuasorio para la venta de unidades productivas que importa el nuevo artículo 149.4 de la LC.

⁴⁵¹ AJM N° 9 de Barcelona, s/núm., de 24.7.2015 (concurso Delmo Empresarial, S.L.; Roj: AJM B 113/2015 - ECLI:ES:JMB:2015:113A).

⁴⁵² AAP de Barcelona (secc. 15ª), núm. 391/2007, de 29.11.2007 (Llamas, S.L.U.; JUR 2008\127523). Se hace constar que se excluyen los efectos de la sucesión empresarial y, en consecuencia, que el adquirente no se subrogará en los créditos salariales pendientes de pago a los trabajadores, en las indemnizaciones por extinción acordadas en cualquiera de los ERE y en las deudas con las TGSS, ni en la indemnización por traslado que tenían reconocida los trabajadores que no son subrogados por la empresa.

También: AJM N° 2 de Barcelona, s/núm., de 26.4.2007 (concurso Llamas, S.L.U.; Roj: AJM B 60/2007 - ECLI:ES:JMB:2007:60A); y AJM N° 1 de Donostia/San Sebastián, s/núm., de 28.7.2014 (Fagor Electrodomésticos S.Coop. y Edesa S. Coop.; Concurso ordinario 1009/2013-R).

2.4.1. Artículo 33 del ET: subrogación por parte del FOGASA

Una de esas excepciones consiste en que se faculte para que el adquirente no subrogarse, por acuerdo del juez del concurso, en los créditos salariales o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sean asumida por el FOGASA de acuerdo al artículo 33 del ET⁴⁵³.

El Fondo de Garantía Salarial, de acuerdo al artículo 33.1 del ET, ejerce una función de garantía en situaciones de insolvencia empresarial, abonando *«a los trabajadores el importe de los salarios pendientes de pago a causa de insolvencia o concurso del empresario»*. Por una parte, el FOGASA asume *ex lege*, en calidad de responsable subsidiario, las deudas salariales e indemnizaciones no satisfechas por los empresarios insolventes, y por otra, adquiere la calidad de acreedora frente a éstos, al subrogarse en la posición jurídica de los trabajadores a quienes ha satisfecho, en los correspondientes créditos.

La responsabilidad subsidiaria del FOGASA frente a los créditos de los trabajadores no satisfechos por el empresario declarado en concurso, se extiende a aquellos créditos laborales a que se refiere el artículo 33 del ET, que incluyen, por definición, los salarios, pero también indemnizaciones por extinciones contractuales y los llamados salarios de tramitación. Los salarios están referidos a *«la cantidad reconocida como tal en acto de conciliación o en resolución judicial por todos los conceptos a que se refiere el artículo 26.1»* del ET, es decir, *«la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los períodos de descanso computables como de trabajo* (art. 33.1.II con relación al artículo 26.1 del ET). Los salarios de tramitación, de naturaleza indemnizatoria, son aquellos que el trabajador deja de percibir desde el momento en que surte efecto el despido hasta la notificación de la sentencia. Al igual que los salarios, los títulos habilitantes de estas prestaciones son el acto de conciliación y la resolución judicial firme (art. 33.1.II ET).

Las indemnizaciones cubiertas por el FOGASA son aquellas *«reconocidas como consecuencia de sentencia, auto, acto de conciliación judicial o resolución administrativa a favor de los trabajadores a causa de despido o extinción de los contratos conforme a los artículos 50, 51 y 52»* del ET, *«y de extinción de contratos*

⁴⁵³ La norma citada precisa, también, que el FOGASA es un organismo autónomo adscrito al Ministerio de Empleo y Seguridad Social, con personalidad jurídica y capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines (art. 33.1 ET), financiado con las aportaciones que deben realizar los empresarios, tanto públicos como privados, de acuerdo al artículo 1.2 del ET (art. 33.5.I ET).

conforme al artículo 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, así como las indemnizaciones por extinción de contratos temporales o de duración determinada en los casos que legalmente procedan». De acuerdo a ello, se trata de indemnizaciones reconocidas como consecuencia de la extinción del contrato de trabajo por despido disciplinario, colectivo o causas objetivos, e incluso si se debe a la voluntad resolutoria del trabajador frente a incumplimientos empresariales graves⁴⁵⁴.

La responsabilidad subsidiaria del FOGASA, por los créditos laborales antes señalados, no es necesariamente por la totalidad de los mismos, sino en los términos que el propio artículo 33 del ET señala. Tratándose de los salarios y de los salarios de tramitación, el FOGASA no puede pagar, *«por uno u otro concepto, conjunta o separadamente, un importe superior a la cantidad resultante de multiplicar el doble del salario mínimo interprofesional diario, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias, por el número de días de salario pendiente de pago, con un máximo de ciento veinte días»* (art. 33.1.II ET). En cuanto a las indemnizaciones, el pago que asume el FOGASA se hará *«con el límite máximo de una anualidad, sin que el salario diario, base del cálculo, pueda exceder del doble del salario mínimo interprofesional, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias»*. (art. 33.2.I ET). Para los casos de despido o extinción de los contratos conforme al artículo 50 de esta Ley, las indemnizaciones se calcularán *«sobre la base de treinta días por año de servicio, con el límite fijado en el párrafo anterior»* (art. 33.2.II ET).

En caso de concurso, el ET ha dispuesto, en el apartado 3 su artículo 33, tres reglas aplicables al abono que el FOGASA debe efectuar de las cantidades que resulten reconocidas a favor de los trabajadores. Con carácter general el encabezado de dicho apartado señala que el juez del concurso debe, de oficio o a instancia de parte, citar al FOGASA desde el momento en que se tenga conocimiento de la existencia de créditos laborales o se presuma la posibilidad de su existencia, como requisito básico e indispensable para que el Fondo asuma las obligaciones señaladas anteriormente. Citado, el FOGASA debe personarse como responsable legal subsidiario del pago de los créditos laborales, pudiendo instar lo que a su derecho convenga. Además, tras la citación y pago de los créditos, el FOGASA continúa en el concurso como acreedor en virtud de la subrogación.

⁴⁵⁴ A diferencia de lo que ocurre con los salarios y los denominados salarios de tramitación, cuya reconocimiento puede venir de un acto de conciliación judicial o extrajudicial, pues la norma no distingue, tratándose de las indemnización sólo son consideradas, para efectos de su pago por el FOGASA, aquellas reconocidas por acto de conciliación de carácter judicial.

Las reglas especiales que prevé el artículo 33.3 del ET, consideran importantes límites a la responsabilidad subsidiaria del FOGASA, y avalan nuestra opinión sobre el restringido alcance de esta excepción respecto del artículo 149.4 de la LC:

- i) En primer lugar el artículo 33,3 del ET exige que los créditos de los trabajadores aparezcan incluidos en la lista de acreedores o, en su caso, reconocidos como deudas de la masa por el órgano del concurso competente para ello en cuantía igual o superior a la que se solicita del FOGASA. Esto significa que las prestaciones salariales o las indemnizaciones que se adeudan a los trabajadores estén, por un lado, reconocidas por sentencias, autos, actos de conciliación, autos resolutorios de procedimientos extintivos de acuerdo al artículo 64 de la LC, y por otro, que estén incluidos en la lista de acreedores concursales o, en su caso, se hallen reconocidos como deudas contra la masa, en una cuantía que debe ser igual o superior a la que se requiere del FOGASA. Si el monto es inferior lo que procede es reducir dicha solicitud o de reembolsar al FOGASA la cantidad que corresponda cuando la cuantía reconocida en la lista definitiva fuese inferior a la solicitada o a la ya percibida (art. 33, regla primera).
- ii) La segunda regla establece un criterio para calcular el monto de las indemnizaciones a abonar a cargo del FOGASA. Ella se calculan *«sobre la base de veinte días por año de servicio, con el límite máximo de una anualidad, sin que el salario diario, base del cálculo, pueda exceder del doble del salario mínimo interprofesional, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias»*. Se excluyen las indemnizaciones que superen ese límite y que han podido ser pactadas en el proceso concursal, en alusión a las indemnizaciones superiores que hubieren podido pactar durante el periodo de consultas, los representantes de los trabajadores y la administración concursal (*ex art. 64.6.IV LC*)⁴⁵⁵.
- iii) Finalmente, como regla tercera, se dispone que en *«el supuesto de que los trabajadores perceptores de estas indemnizaciones solicitaran del FOGASA el abono de la parte de indemnización no satisfecha por el empresario, el límite de la prestación indemnizatoria a cargo del Fondo se reducirá en la cantidad ya percibida por aquellos»*. Por razones obvias, la

⁴⁵⁵ El artículo 64.6 de la LC señala: *«Durante el período de consultas, los representantes de los trabajadores y la administración concursal deberán negociar de buena fe para la consecución de un acuerdo»,* agregando en su párrafo cuarto: *«En el acuerdo se recogerá la identidad de los trabajadores afectados y se fijarán las indemnizaciones, que se ajustarán a lo establecido en la legislación laboral, salvo que, ponderando los intereses afectados por el concurso, se pacten de forma expresa otras superiores»*.

responsabilidad del FOGASA se extiende al pago de las indemnizaciones que el empresario no hubiere pagado.

Cuando el FOGASA efectúa el pago de las prestaciones adeudadas queda subrogado sustantiva y procesalmente en la posición del trabajador beneficiario frente al empresario, deudor principal, por los derechos de los trabajadores con los privilegios de carácter general o especial que a estos créditos correspondan, e incluso en igualdad y a prorrata con otros créditos de igual categoría que pudieran seguir perteneciendo a los trabajadores (art. 33.4.II ET y art. 97.4.1º LC).

Teniendo en cuenta dicha subrogación, en el caso de venta de unidades productivas, y la hipótesis de sucesión de empresa a efectos laborales y de Seguridad que trae consigo, conforme al nuevo apartado 4 del artículo 149 de la LC, la norma concursal contempla, como una forma de mitigar dichos efectos, que *«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»*. Esto significa que habiendo efectuado el pago de créditos laborales por parte del FOGASA, en los términos antes señalados, de acuerdo a la norma laboral, no podrá dirigirse en contra del adquirente si el juez del concurso así lo acuerda, exonerando al comprador de la unidad productiva de la carga de la subrogación en la deuda laboral del cedente. En este punto conviene hacer presente que, a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, con las deudas de carácter tributario, la exoneración de responsabilidad que considera el artículo 149.4 de la LC depende de la decisión judicial. Corresponde, por tanto, al juez del concurso, tanto al aprobar el plan de liquidación, como al dictar los autos de adjudicación correspondientes al activo realizado en las operaciones de liquidación, pronunciarse sobre este extremo.

La norma concursal en este aspecto viene también a recoger la excepción que se prevé en la Directiva 2001/23/CE, del Consejo, de 12 de marzo. La normativa comunitaria establece el principio general de responsabilidad solidaria entre el cedente y el cesionario por las deudas laborales pendientes. Pero en la hipótesis de concurso reduce el nivel de dicha exigencia en pro de la continuidad empresarial y la conservación de la mayor parte de los puestos de trabajo, tal como se ha reconocido también en la jurisprudencia a nivel comunitario e

interno⁴⁵⁶. El artículo 5.2.a) de la Directiva permite excepcionar o mitigar dicho principio dentro de los procedimientos de insolvencia, en caso de liquidación de los bienes del concursado y ello esté supervisado por una autoridad pública, acá el juez del concurso, y se pretenda la continuidad de la empresa y el mantenimiento de la mayor parte de los puestos de trabajo, permitiendo que no se transmitan al cesionario las obligaciones laborales pendientes de pago.

Por otra parte, la inclusión de esta norma (art. 149.4 LC) en una regla que es posterior a aquella que regula la enajenación mediante subasta o venta directa, en su caso (art. 149.1.1ª.II LC), plantea el desafío de coordinar adecuadamente ambas normas, a fin de que los interesados en la adquisición puedan tener en cuenta las implicancias y posibilidades reales y concretas sobre este punto con relación a la empresa o unidades productivas ofertadas, y a lo menos, el poder presentar ofertas condicionadas a la autorización judicial que exonere al adquirente de la responsabilidad que el artículo 44.3.I del ET dispone⁴⁵⁷.

Finalmente, como hemos observado, esta válvula de escape que prevé el nuevo artículo 149.4 de la LC, para descomprimir la responsabilidad del adquirente de la unidad productiva, derivada de la sucesión de empresa, es bastante acotada, tanto en cuanto a los conceptos que son cubiertos por el responsabilidad subsidiaria FOGASA, como respecto de los montos a que se puede extender dado los límites fijados, conforme al Estatuto de los Trabajadores⁴⁵⁸.

2.4.2. Acuerdos de modificación de las condiciones colectivas de trabajo

El artículo 149.4 de la LC contempla, igualmente, la posibilidad de que el cesionario y los representantes de los trabajadores puedan suscribir *«acuerdos para la modificación de las condiciones colectivas de trabajo»* para *«asegurar la viabilidad futura de la actividad y el mantenimiento del empleo»*.

⁴⁵⁶ STJCE de 15 de junio de 1988, en el caso Bork International y Otros, y STJCE de 12.3.1998, caso Jules Dethier Equipement S.A. contra Jules Dassy y Otros, recogidos en la STSJ de Catalunya, sala social, núm. 6847/2014, de 16.10.2014. Criterio también en: STJCE de 16.10.2008 (caso Kirtruna), recogido en un AJM N° 8 de Barcelona, de 1.1. 2011.

⁴⁵⁷ GARCÍA-CRUCES (2011), p. 286.

⁴⁵⁸ Junto a la responsabilidad subsidiaria del FOGASA, el Estatuto de los Trabajadores consideraba algunas hipótesis de responsabilidad directa, que fueron suprimidas. La Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014, suprimió el apartado 8 del artículo 33 del ET, que contemplaba una hipótesis de responsabilidad directa del FOGASA respecto de los contratos de carácter indefinido celebrados por empresas de menos de veinticinco trabajadores, cuando el contrato se extinguía en virtud del artículo 64 de la LC, por la indemnización en cantidad equivalente a ocho días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores al año.

La venta de la unidad productiva no afecta, debido a los efectos de la sucesión de empresa, el convenio laboral en vigor al momento de la transmisión, al cual continúan sujetos los trabajadores y el adquirente (arts. 44.4 y 57 bis, ambos del ET). La excepción que contempla el artículo 149.4 de la LC, ha sido vista como una reducción de los estándares de protección de los trabajadores en sede concursal, cuya justificación está dada por el objetivo de permitir la continuidad de la empresa, y por tanto de los puestos de trabajo⁴⁵⁹, y que parece estar inspirada en el artículo 5.2.b) de la Directiva 2011/23/CE, del Consejo, de 12 de marzo⁴⁶⁰. La vigencia de las relaciones laborales es un presupuesto *sine qua non* para la sucesión de empresa, y la posibilidad de llevar a cabo una modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, incluidos los traslados colectivos y la suspensión o extinción colectivas de las relaciones laborales, puede ser un factor no menor al momento de decidir la adquisición de una unidad productiva.

El artículo 149.4 *in fine* de la LC hace referencia a acuerdos para la modificación de las condiciones colectivas de trabajo, sin considerar posibles acuerdos para la suspensión o extinción colectiva. Esta redacción acotada contrasta con la que considera el apartado 4 del artículo 148 de la LC, para el plan de liquidación, y que hace referencia a «*la suspensión o extinción colectivas de las relaciones laborales*»⁴⁶¹. Tal vez la intención del artículo 149.4 de la LC fue recoger la expresión «*cambios en las condiciones contractuales de empleo de los trabajadores*», que emplea el art. 5.2.b) de la Directiva citada.

Tras la reforma de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, la prevención legal del artículo 149.4 de la LC, y las posibilidades de excepcionar al adquirente frente a los efectos laborales de la sucesión de empresa, que hemos examinado, son de aplicación a todas las operaciones de liquidación, tengan lugar o no dentro de un plan de liquidación. Con anterioridad a dicha reforma, se entendía que el concepto de sucesión de empresa, en que descansa el ET (art.

⁴⁵⁹ HERNÁNDEZ (2011), p. 217.

⁴⁶⁰ El citado artículo 5.2.b) permite «*el cesionario, el cedente, o la persona o personas que ejerzan las funciones del cedente, por un lado, y los representantes de los trabajadores, por otro lado, puedan pactar, en la medida en que la normativa o la práctica en vigor lo permitan, cambios en las condiciones contractuales de empleo de los trabajadores, con la finalidad de mantener las oportunidades de empleo al garantizar la supervivencia de la empresa o del centro de actividad o de la parte de la empresa o del centro de actividad*». Se hace presente, no obstante, que el apartado 3 del artículo 5, dispone un límite a la aplicación de aquel precepto, al señalar que: «*Un Estado miembro podrá aplicar la letra b) del apartado 2 a los traspasos cuando el cedente se encuentre en una situación de crisis económica grave, definida por la legislación nacional, siempre que la situación sea declarada por una autoridad pública competente y sea posible su control judicial, siempre que dicha disposición ya existiese en su ordenamiento jurídico el 17 de julio de 1998*».

⁴⁶¹ Sin pasar por alto, que la regla de liquidación hable de «*acuerdos para la modificación de las condiciones colectivas de trabajo*» y no de «*modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo*».

44.1 ET), se configura más allá de la causa de la transmisión, como una garantía a favor de los trabajadores de estabilidad en el empleo frente a los cambios de titularidad de la empresa, con independencia de su expresa o no referencia en la norma concursal, y por ende, de aplicación en todo los supuestos de venta de unidad productiva. La jurisprudencia hacía extensible la regla a todas las hipótesis de liquidación unitaria, tanto en la fase de liquidación como en aquella que tiene lugar en la fase común conforme al artículo 43.2 de la LC⁴⁶². Hoy, la aplicación del contenido del apartado 4 del artículo 149 de la LC, a toda operación de liquidación no está en duda. O sea, en toda de venta de unidad productiva será posible que el juez del concurso acuerde de la exoneración del adquirente en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por el FOGASA conforme al artículo 33 del ET, o que, 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. Pero también es cierto, que la sucesión de empresa, a que se refiere el nuevo artículo 149.4 de LC, no se entiende sólo a efectos laborales sino igualmente a la Seguridad Social.

2.5. Transmisión libre de cargas: situación de los créditos con privilegio especial

Con carácter general, podemos afirmar que la enajenación de la empresa o de la unidad productiva dentro del proceso de liquidación se hace libre de cargas, conforme al artículo 149.5 de la LC que dispone:

«5. En el auto de aprobación del remate o de la transmisión de los bienes o derechos realizados ya sea de forma separada, por lotes o formando parte de una empresa o unidad productiva, el juez acordará la cancelación de todas las cargas anteriores al concurso constituidas a favor de créditos concursales, salvo las que gocen de privilegio especial conforme al artículo 90 y se hayan transmitido al adquirente con subsistencia del gravamen».

⁴⁶² STSJ de Cantabria, sala de lo social (secc.1ª), núm. 258/2014, de 4.4.2014 (Candemat, S.A.; Roj: STSJ CANT 354/2014 - ECLI:ES:TSJCANT:2014:354).

La parte sustancial de este apartado fue incorporada originalmente en la LC por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, como un nuevo apartado 3 al artículo 149 de la LC⁴⁶³. Su texto fue modificado por el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, para añadir la siguiente frase o inciso final: «...y se hayan transmitido al adquirente con subsistencia del gravamen», manteniéndolo como apartado 3 del artículo 149 de la LC. Finalmente, la Ley 9/2015, de 25 de mayo, ubica el numeral 3 como un nuevo apartado 5, con la redacción dada por el Real Decreto-ley citado, que considera el inciso final antes transcrito.

Conforme al tenor de dicha disposición, queda consagrada de manera amplia la regla de liberación del adquirente de toda carga anterior al concurso, constituida a favor de créditos concursales, y que abarca, inclusive, las cargas a favor de créditos concursales que gocen de privilegio especial conforme al artículo 90 de la LC. Dicha regla sólo reconoce como excepción las cargas anteriores al concurso constituidas a favor de créditos concursales que gocen de privilegio especial conforme al artículo 90 de la LC que «se hayan sido transmitidas al adquirente con subsistencia del gravamen».

Dicha regla obedece a que en la liquidación concursal la enajenación unitaria de la empresa es una forma más de realización del patrimonio del deudor y, salvo que la LC establezca algo diferente, el adquirente asume como única obligación la de pagar el precio de adquisición de la empresa o de la unidad productiva adquirida. Esta prevención, que no era parte del texto original de la Ley Concursal, en vigor a partir de septiembre de 2004, fue agregada, como se dijo, por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, que recogió muchos de los planteamientos que la doctrina y la jurisprudencia había desarrollado, en este y otros tópicos de la LC, y que vino a constituir un incentivo de especial importancia al momento de proceder a la transmisión de la empresa en sede concursal, a instancias de una liquidación.

Los comentarios particulares en esta materia deben ir dirigidos a la situación de los créditos con privilegio especial, aludidos por el artículo 149.5 de la LC, en su referencia al artículo 90 de la misma ley.

⁴⁶³ Con el siguiente tenor: «3. El auto de aprobación del remate o de la transmisión de los bienes o derechos realizados ya sea de forma separada, por lotes o formando parte de una empresa o unidad productiva, acordará la cancelación de todas las cargas anteriores al concurso constituidas a favor de créditos concursales que no gocen de privilegio especial conforme al artículo 90».

2.5.1. La posición del crédito con privilegio especial en el concurso

Basta con hacer una simple lectura del referido artículo 90 de la LC para darnos cuenta que estos créditos recaen comúnmente sobre bienes estratégicos y de la mayor importancia para la empresa, por lo que la pervivencia o no del crédito tras la liquidación es un elemento gravitante para quienes deseen adquirir la empresa o alguna de sus unidades productivas.

El titular de un crédito con privilegio especial goza de una preferencia frente a los demás acreedores concurrentes para satisfacer su importe a través de la realización del bien afecto (arts. 56.1, 154 y 155 de la LC):

- i) En primer lugar, los acreedores con garantía real están facultados para instar a la ejecución o realización forzosa de la garantía para el pago de sus créditos (*ius distrabendi*). Esto significa el derecho a una ejecución o realización forzosa de la garantía, separada o colectivamente, y el derecho a un pago preferente del crédito garantizado, que será satisfecho con la ejecución del bien sujeto a dicha garantía, conforme aparece en el artículo 155.1 de la LC, al disponer que «[e]l pago de los créditos con privilegio especial se hará con cargo a los bienes y derechos afectos, ya sean objeto de ejecución separada o colectiva»⁴⁶⁴, y en la prevención del artículo 154.II de la LC, que indica que «[l]as deducciones para atender al pago de los créditos contra la masa se harán con cargo a los bienes y derechos no afectos al pago de créditos con privilegio especial».
- ii) Ese derecho a una ejecución o realización separada de la garantía está sujeto a limitaciones:
 - a) Por una parte, el artículo 56 de la LC se refiere a la paralización de las ejecuciones de garantías reales, sobre la base de dos hipótesis. El apartado 1 de dicho artículo, en lo pertinente, dispone que cuando las garantías reales recaigan sobre bienes del concursado que resulten «necesarios para la continuidad de su actividad profesional o empresaria», los acreedores «no podrán iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o

⁴⁶⁴ Aunque el apartado 1 del artículo 155 de la LC, con respecto a la regla general de ejecución de un crédito con privilegio especial, hable de ejecución separada o colectiva, no se trata de una ejecución propiamente tal de la garantía, sino del pago del crédito dentro del concurso con cargo a los bienes y derechos afectos.

trascorra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación»⁴⁶⁵.

La segunda hipótesis está recogida en el apartado 2 del artículo 56 de la LC, que contempla la suspensión de las ejecuciones o realizaciones ya iniciadas al tiempo de la apertura del concurso, desde el momento en conste en el correspondiente procedimiento de ejecución, la declaración del concurso y hasta que se incorpore al procedimiento testimonio de la resolución del juez del concurso que declare que los bienes o derechos no son necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.

Ambas hipótesis son recogidas por el artículo 155.2 de la LC, reconociendo a la administración concursal, mientras dura la paralización de las ejecuciones de garantías reales, la facultad de optar por atender al pago de los créditos con privilegio especial con cargo a la masa y sin realización de los bienes y derechos afectos. La administración concursal debe ejercer esta facultad, dentro de la oportunidad señalada, atendiendo a un juicio económico de oportunidad, conforme a lo que mejor resulte para el interés del concurso⁴⁶⁶.

Comunicada esta opción a los titulares de esos créditos, la administración concursal deberá satisfacer de inmediato la totalidad de los plazos de amortización e intereses vencidos y asumirá la obligación de atender los sucesivos como créditos contra la masa y en cuantía que no exceda del valor de la garantía, calculado de conformidad con lo dispuesto por el artículo 94 de la LC⁴⁶⁷.

El artículo 155.2 de la LC contempla, además, que en caso de incumplimiento de esas obligaciones, los bienes y derechos afectos para satisfacer los créditos con privilegio especial se realizarán conforme a lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 155 de la LC, que analizaremos.

⁴⁶⁵ El apartado 1 del artículo 56 de la LC, fue modificado por el Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, eliminando la referencia a bienes del concursado afectos a una unidad productiva de titularidad del concursado.

⁴⁶⁶ CERDÁ (2014), págs. 497-498.

⁴⁶⁷ El artículo 94 de la LC fue modificado por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, y antes, por el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, y por el Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero. Se incorpora en él, entre otras modificaciones, una clasificación de los acreedores privilegiados en cuatro categorías (laborales, públicos, financieros y el resto de acreedores), y la obligación de expresar en la lista de acreedores el valor de las garantías constituidas en aseguramiento de los créditos que gocen de privilegio especial

- b) Por otra parte, una vez que tenga lugar la apertura de la fase de liquidación, según el artículo 57.3 de la LC, en su primer inciso, *«los acreedores que antes de la declaración de concurso no hubieran ejercitado estas acciones perderán el derecho de hacerlo en procedimiento separado»*.
- iii) Además, el artículo 155.3.I de la LC, dispone: *«Cuando haya de procederse dentro del concurso, incluso antes de la fase de liquidación, a la enajenación de bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial, el juez, a solicitud de la administración concursal y previa audiencia de los interesados, podrá autorizarla con subsistencia del gravamen y con subrogación del adquirente en la obligación del deudor, que quedará excluida de la masa pasiva»*. El juez del concurso también puede optar por autorizar la enajenación, pero sin subsistencia del gravamen, y en tal caso *«el precio obtenido en la enajenación se destinará al pago del crédito con privilegio especial conforme a lo dispuesto en el apartado 5 y, de quedar remanente, al pago de los demás créditos»*.

La Ley 9/2015, de 25 de mayo, modificó el apartado citado para hacer referencia en él al apartado 5 del artículo 155 de la LC, respecto del destino del precio obtenido de la enajenación, cuando ella tenga lugar sin subsistencia del gravamen. El aludido apartado 5, incorporado también por la Ley 9/2015, dispone que el acreedor privilegiado hará suyo el montante resultante de la realización de bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial, que ha tenido lugar conforme al artículo 155, *«en cantidad que no exceda de la deuda originaria, correspondiendo el resto, si lo hubiere, a la masa activa del concurso»*.

La norma del artículo 155.3.I de la LC contiene, por tanto, dos opciones: una enajenación del bien o derecho afecto al crédito con garantía especial con subrogación del adquirente en la obligación garantizada y con subsistencia del gravamen, y una enajenación ordinaria de dicho bien o derecho y pago del crédito, con la consiguiente cancelación de la garantía. La aplicación de las reglas previstas en el artículo 155.3.I de la LC tiene lugar tanto si la enajenación del bien o derecho afecto tiene lugar antes de la fase de liquidación o durante ella, pero si estos bienes o derechos estuviesen incluidos en liquidación mediante venta unitaria de la empresa o de alguna de sus unidades productivas, serán de aplicación las reglas especiales previstas para ello en el artículo 149.2.II de la LC, que consideraremos luego.

- iv) El artículo 155.4 de la LC contiene normas sobre el procedimiento de realización de los bienes y derechos afectos a estos créditos. *«La realización en cualquier estado del*

concurso de los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial», dispone su apartado 4.I, «se hará en subasta, salvo que, a solicitud de la administración concursal o del acreedor con privilegio especial dentro del convenio, el juez autorice la venta directa o la cesión en pago o para el pago al acreedor privilegiado o a la persona que él designe, siempre que con ello quede completamente satisfecho el privilegio especial, o, en su caso, quede el resto del crédito reconocido dentro del concurso con la calificación que corresponda».

Frente a la regla de una realización mediante subasta, la LC permite que el juez autorice la venta directa del bien o la cesión en pago o para el pago al acreedor privilegiado o a la persona que él designe, a petición de la administración concursal o del propio acreedor con privilegio especial dentro del convenio. La autorización judicial procede siempre que a través de estas formas de realización se satisfaga completamente el crédito o, eventualmente, quede el resto del crédito reconocido dentro del concurso con la calificación que corresponde.

Las condiciones de la realización varían si ella tiene lugar fuera del convenio concursal. En este caso, *«el oferente deberá satisfacer un precio superior al mínimo que se hubiese pactado y con pago al contado, salvo que el concursado y el acreedor con privilegio especial manifestasen de forma expresa la aceptación por un precio inferior, siempre y cuando dichas realizaciones se efectúen a valor de mercado según tasación oficial actualizada por entidad homologada para el caso de bienes inmuebles y valoración por entidad especializada para bienes muebles»* (art. 155.4.II LC).

2.5.2. Los créditos con privilegio especial en la venta de unidades productivas

Cuando los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial están incluidos en la unidad productiva, la suerte de dichos créditos queda sujeta a la normas y reglas previstas para la liquidación de la masa activa, cuando se ha dispuesto la transmisión de la unidad por esa vía (arts. 57.3 y 148 y 149 LC). De acuerdo a estas especiales prevenciones:

- i) Abierta la fase de liquidación, según dispone el apartado 3 del artículo 57 de la LC, los acreedores que antes de la declaración de concurso no hubieran ejercitado sus acciones para ejecuciones separadas de sus garantías reales *«perderán el derecho de hacerlo en procedimiento separado»*.

A partir de ese momento, la realización de los bienes o derechos afectos a una garantía real se hará dentro de la liquidación, ya sea conforme a un plan de liquidación aprobado con sujeción a las reglas dispuestas en el artículo 148 de la LC, ya sea con arreglo a las reglas legales de liquidación previstas en el artículo 149 también de la LC⁴⁶⁸.

- ii) Conforme a lo anterior, y de acuerdo a lo previsto en el artículo 149.2.II de la LC, si los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial *«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»*, contempladas en dicho apartado. Según esas reglas la transmisión a favor del adquirente de la unidad productiva, puede tener lugar con o sin subsistencia de la garantía.

Estas reglas especiales de realización de los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial, que son de aplicación en los casos de transmisión unitaria de la empresa o de unidades productivas, fueron incluidas, como se dijo, por el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, que las incluyó como tercera regla supletoria, y luego por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, que las situó como apartado 2 de artículo 149 de la LC.

Las reglas dispuestas al respecto son:

- a) Que la transmisión se haga sin subsistencia de la garantía. En este primer 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 transmitida⁴⁶⁹.

⁴⁶⁸ STS (Sala Civil), núm. 491/2013, de 22.7.2013 (Roj: STS 4079/2013), comentada en: CERDÁ (2014), p. 485 y ss.

⁴⁶⁹ AJM N° 5 de Barcelona, s/núm., de 13.4.2015 (Concurso Grup Dinamic; Roj: AJM B 55/2015 - ECLI:ES:JMB:2015:55A). En este auto, teniendo especialmente a la vista lo dispuesto en los artículos 146 bis y 149, apartado 2 y 3, de la LC, acuerda prestar su autorización para la venta de las unidades productivas del Grupo Dinamic a favor de Vanderlande Industries BV y Vandderlande Industries Sant Pedor, S.L., *«...por ser la misma beneficiosa para los intereses del concurso, contar con la conformidad de los acreedores privilegiados y el visto bueno de la administración concursal»*. La oferta de adquisición de la unidad productiva consideró tres inmuebles afectos a créditos con privilegio especial a favor de los Banco de Sabadell, S.A. y Banco de Santander, S.A., y que se ofrecieron pagar por el adquirente. Las entidades bancarias, por su parte, prestaron su conformidad a la transmisión de las referidas fincas con cancelación de las cargas hipotecarias existentes, contra el pago de la cantidad señalada en la oferta (fund. der. primero y segundo). Conforme a ello, se resuelve que: *«4º.- De*

Cuando el precio a percibir fuese inferior el valor de la garantía, calculado conforme a lo dispuesto en el artículo 94 de la LC, «*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 de la LC. En este caso, agrega la norma, «la parte del valor de la garantía que no quedase satisfecha tendrá la calificación crediticia que le corresponda según su naturaleza»* (art. 149.2.II.a).II de la LC).

La prevención legal exige en este extremo que se cuente con el consentimiento de los acreedores que gocen del privilegio especial de que se trata. Como la transmisión se hace sin subsistencia de la garantía, el gravamen se cancelará. Pero, como ha señalado por la doctrina, se trataría de un consentimiento debilitado, porque basta con que acepten el pago parcial los acreedores que represente el setenta por ciento de esos acreedores con créditos afectos para que opere la transmisión de la unidad productiva sin subsistencia de la garantía⁴⁷⁰.

En cambio, 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) Que la transmisión se haga con subsistencia de la garantía. En esta segunda hipótesis, el adquirente se subroga en la obligación del deudor, sin que sea necesario el consentimiento del acreedor privilegiado, quedando excluido el crédito de la masa pasiva. En atención a lo anterior, se impone al juez del concurso la obligación de velar por el hecho que el adquirente tenga la solvencia

conformidad con el art. 149.3 LC, la transmisión de los bienes que integra el perímetro de la unidad productiva se efectúa libre de todo gravamen, decretándose la cancelación de todas las cargas y gravámenes existentes sobre los bienes muebles e inmuebles y derechos que se transmiten dentro del referido perímetro y que se detallan en los anexos indicados» (fund. der. cuarto).

En igual sentido, otro reciente auto del JM N° 6 de Barcelona: «*La venta se realiza libre de cargas, conforme a lo dispuesto en el art. 149-3 de la Ley Concursal, y procédase a la cancelación de los embargos constituidos a favor de FOGASA, que gravan los vehículo objeto de la transmisión,. Se declara, asimismo, que conforme a lo establecido en el art. 149-1-3ª a) de dicho texto legal, corresponderá a los acreedores con privilegio especial, TGSS y Banco Espíritu Santo, titulares a la fecha de la presente resolución de créditos de 162.832'53 euros y de 6.236'40 euros, respectivamente, la parte proporcional del precio equivalente al valor de los bienes sobre los que se ha constituido la garantía suponga respecto del valor global de la empresa o unidad productiva transmitida, que en el presente caso asciende a 275.505'65 euros, equivalente al 13 % del total precio que se obtendrá por la venta de los activos relacionados de la concursada, por lo que es superior a la cuantía a que ascienden los referidos créditos, que será la que se deberá de satisfacer para amortizar los mismos»* (AJM N° 6 de Barcelona, s/núm., de 23.7.2015 [concurso Alco Grupo Empresarial, S.L., núm. 1047/2014-B).

⁴⁷⁰ PAU (2014), p. 15. El autor hace presente, además, que la norma no considera la hipótesis en que el acreedor hipotecario es uno solo, debiendo entender que él es quién es llamado a prestar o no su consentimiento.

económica y medios necesarios para asumir la obligación que se transmite (art. 149.2.II.b) LC). Como interrogante se ha planteado si el juez del concurso podría exigir garantías adicionales al adquirente con ese propósito⁴⁷¹. El hecho de que la transmisión se haga con subsistencia de la garantía no justificaría nuevas garantías. Más bien la norma pretendería evitar una futura nueva situación de insolvencia respecto de este crédito, que afecte la continuidad de la unidad productiva en manos del adquirente.

En este caso, tras la venta de la unidad productiva incluyendo el bien afecto al crédito con garantía especial, el crédito queda excluido de la masa pasiva. Al subsistir la carga, ésta continuará garantizando el pago del crédito que deberá ser efectuado, a partir de la venta, por el adquirente. Los criterios que forman parte del nuevo artículo 149.2 de la LC, sobre los créditos con privilegio especial en la venta de unidades productivas acaecida en la liquidación concursal, fueron anticipados en la sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de julio de 2013, teniendo como referente el citado artículo 155.3 de la LC, con ocasión de la enajenación conjunta de la empresa perteneciente a la concursada que incluía bienes hipotecados, con subrogación del adquirente en la obligación del concursado y con subsistencia de los gravámenes. La subrogación del adquirente en la deuda garantizada significa, por una parte, que el crédito queda excluido de la masa pasiva, y por otro, que gravamen subsista sin que pueda decretarse su cancelación. El adquirente se subroga en el crédito con la garantía⁴⁷².

Por último, se hace presente que la norma concursal consagrada en el artículo 149.2.b) de la LC considera una excepción a lo señalado precedentemente sobre la subsistencia de la garantía y la subrogación del adquirente. El párrafo final del

⁴⁷¹ CORDÓN (2015), p. 100.

⁴⁷² STS (Sala Civil), núm. 491/2013, de 22.7.2013 (Roj: STS 4079/2013). Esta sentencia, cuyo ponente fue el Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo, es comentada en: CERDÁ (2014), p. 485 y ss. Comentarios que, por cierto, recogemos en esta parte del trabajo, referida a los créditos con privilegio especial.

La sentencia del Tribunal Supremo acoge los recursos de casación interpuestos por acreedores hipotecarios en contra de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Lugo (secc. 1ª), de 29.4.2011, que había estimado un recurso de apelación deducido por el adquirente de la empresa en contra de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia N° 2 y Mercantil de Lugo, de 18.11.2010, tras haberle sido rechazada, en esta última, su solicitud de que se declarase procedente la cancelación de la inscripciones hipotecarias que gravaban la finca integrada en la unidad productiva. La adjudicación se había hecho con subsistencia de los gravámenes subrogándose el adquirente en los créditos hipotecarios garantizados con las hipotecas.

apartado 2.b) del artículo 149 de la LC contempla que: «*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*».

- iii) Una vez determinada la no subsistencia de la garantía, el auto de aprobación de la transmisión de los bienes o derechos formando parte de una unidad productiva, el juez acordará la cancelación de las cargas que gocen de privilegio especial que no se hayan transmitido al adquirente con subsistencia del gravamen, manteniéndose solo aquellas que se hayan transmitido al adquirente con subsistencia del gravamen (art. 149.5 LC).

En general, las soluciones que las recientes modificaciones legales han introducido a la Ley Concursal, en lo que es hoy el apartado 2 del artículo 149 de la LC, reflejan en parte el camino interpretativo iniciado por la jurisprudencia y la doctrina, tendiente a flexibilizar y adaptar las soluciones concursales en pro de una transmisión en bloque de la empresa o de alguna de las unidades productivas del concursado. En este sentido, se recoge el criterio de los jueces de lo mercantil en cuanto que el juez del concurso estaba autorizado para materializar la enajenación de los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial, con o sin subrogación para el adquirente, sin necesidad de contar con el consentimiento del acreedor privilegiado, que un caso mantendría el privilegio sobre el bien o derecho, ahora en manos del tercero que adquiere, u obtendría el pago del crédito con cargo al precio de venta. El fundamento de dicha posición, que pretendía hacer una excepción a la prevención del artículo 1205 del CC, estaba dado por la idea de que en la enajenación de la empresa o de unidad productiva en el contexto del concurso de acreedores, el acreedor de un crédito singularmente privilegiado si bien disponía de los resguardos necesarios para asegurar el pago de su crédito especialmente protegido, no disponía de las atribuciones o privilegios que la LEC reconocen a todo ejecutante. En el concurso, en cuanto procedimiento de carácter colectivo y universal, regido por el principio de trato igualitario entre los acreedores o *par condicio creditorum*, ninguno de los acreedores puede ser considerado ejecutante en el mismo⁴⁷³.

Por último, el entramado de normas concursales que concurren en la venta de unidades productivas que incluyen bienes y derechos en garantía de un crédito con privilegio especial, como el crédito hipotecario (art. 90.1.1º LC) o crédito derivado de un arrendamiento

⁴⁷³ CABANAS (2013), p. 84.

financiero (art. 90.1.4º LC), por ejemplo, no ha logrado sortear del todo las dificultades que supone la transmisión de estos bienes o derechos que forman parte de la unidad productiva que se enajena, ni las críticas que supone la especial posición que tienen estos acreedores dentro del concurso y «*la anteposición de los intereses de unos específicos acreedores respecto a los meramente teóricos propósitos legislativos de mantenimiento del tejido productivo nacional y de los puestos de trabajo*»⁴⁷⁴. Ejemplo de ellos, son los reclamos que habitualmente vienen a propósito de la venta de unidades productivas que incluyen bienes, como maquinarias, objeto de arrendamiento financiero o *leasing*, afectos a un privilegio especial *ex* artículo 90.1.4º de la LC⁴⁷⁵. Sobre ellos, aprovechamos la ocasión para precisar, como lo destacan algunos fallos, que tales bienes, en poder del deudor en virtud de un contrato de *leasing*, *renting* u otro de título de mera tenencia, al momento de declararse el concurso, no deben figurar como parte del activo de la masa en el inventario que confecciona al respecto la administración concursal, conforme a lo que dispone el artículo 82.5 de la LC, que señala que «*los bienes de propiedad ajena en poder del concursado y sobre los que éste tenga derecho de uso no serán incluidos en el inventario, ni será necesario su avalúo, debiendo figurar únicamente el derecho de uso sobre el mismo del arrendatario financiero concursado*». Una cosa es, por tanto, el derecho de uso que detenta el concursado sobre el bien afecto, y sobre el cual ejerce una mera tenencia, y otra, el bien afecto mismo que sigue perteneciendo arrendador⁴⁷⁶.

⁴⁷⁴ AJM N° 6 de Barcelona, s/núm., de 22.5.2015 (Concurso Neumáticos El Val, S.L., y Serdisval, S.L.; Roj: AJM M 67/2015 - ECLI:ES:JMM:2015:67A).

⁴⁷⁵ CERDÁ (2013b), págs. 1205-1206.

⁴⁷⁶ Cuestión que fue planteada y resuelta por la Audiencia Provincial de Barcelona (AAP [secc. 15ª], núm. 165/2015, de 19.6.2015 [Concurso Rost Serv., S.L.; Roj: SAP B 5490/2015 - ECLI:ES: APB:2015:5490]), conociendo de la apelación en un procedimiento incidental deducido por el Banco Santander en contra de un auto dictado por el Juzgado de lo Mercantil N° 9 de Barcelona (autos 818/2013), por la incorporación al inventario confeccionado por la administración concursal de un bien de propiedad del Banco dado en *leasing* al concursado, la Audiencia Provincial de Barcelona analiza la venta anticipada y urgente de una unidad productiva de la concursada al alero del artículo 43 de la LC, que incluyó el referido bien dado en *leasing* y la no subrogación de la garantía al adquirente, quien adquirió el bien libre de cargas y gravámenes, debiendo ser pagado el crédito con privilegio especial con el importe del valor proporcional que el bien afecto representaba en la unidad productiva. Si bien se desestima el recurso y se recogen las consideraciones tenidas a la vista para la venta de la unidad productiva, la Audiencia Provincial de Barcelona hace presente que la venta de la unidad productiva incluyera la autorización del bien afecto a un tercero como elemento integrante de la unidad productiva y no el derecho de uso que conlleva el *leasing* (fund. der. segundo).

En igual sentido, APP de Barcelona (secc. 15ª), núm. 153/2015, de 9.6.2015 (Concurso Rost Serv., S.L.; Roj: SAP B 4954/2015 - ECLI:ES:APB:2015:4954), pero sobre el recurso deducido por el Banco Popular Español S.A. respecto de una maquinaria de su propiedad que estaba dada en arrendamiento financiero a la concursada Rost Serv. y que formó parte también de la venta de la unidad productiva.

2.6. Sistema de protección a los derechos de los trabajadores

La protección de los derechos de los trabajadores es considerada en la LC en una doble dimensión. Por una parte, podemos considerar todas aquellas normas que hacen referencia particular a los trabajadores y sus derechos (*v.gr.* arts. 64, 148, 149 LC), y que tienen por objeto cautelar, en el contexto de insolvencia del empresario, los derechos laborales. Dentro de las normas sobre la liquidación concursal, el artículo 148 de la LC dispone que «*el plan de liquidación se someterá a informe de los representantes de los trabajadores, a efectos de que puedan formular observaciones o propuestas de modificación, aplicándose lo dispuesto en el apartado anterior, según que se formulen o no dichas observaciones o propuestas*» (art. 148.3 LC). A lo que se agrega, que cuando «*las operaciones previstas en el plan de liquidación supongan la modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, incluidos los traslados colectivos, o la suspensión o extinción colectivas de las relaciones laborales, previamente a la aprobación del plan, deberá darse cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 64 de la LC*» (art. 148.4 LC). En el mismo sentido, las reglas legales de liquidación consagradas en el artículo 149 de la LC indican que las «*resoluciones que el juez adopte en estos casos deberán ser dictadas previa audiencia, por plazo de quince días, de los representantes de los trabajadores y cumpliendo, en su caso, lo previsto en el apartado 4 del artículo 148 de la LC*» (art. 149.1.1ª *in fine* de la LC).

Junto a esa dimensión, se abre una segunda, referida a la finalidad del concurso de conservar, en la medida que ello sea factible y económicamente viable, la empresa y los puestos de trabajo. Dentro de las finalidades que justifican la venta de unidades productivas, y no la realización disgregada o fragmentaria de los elementos que la conforman, se encuentra el que la conservación de la actividad empresarial permita la conservación del mayor número de empleos y aplicación de las normas protectoras basadas en la sucesión de empresa, ya vistas. Ambas dimensiones deben ser conjugadas atendiendo a los principios informadores y la finalidad de pago que orientan al concurso, en general, y a las operaciones de liquidación concursal, en particular⁴⁷⁷. Estos criterios orientan también a la legislación concursal comparada⁴⁷⁸.

⁴⁷⁷ La conservación de la empresa y de los puestos de trabajo enfrentados a la necesidad de atender a la finalidad esencial del concurso de proveer al pago más satisfactorio, posible y ordenado, de los créditos de los acreedores del concursado, ha generado, como señala la doctrina (MERCADER [2014], p. 93), una permanente tensión dialéctica entre ambas finalidades.

⁴⁷⁸ Por ejemplo, el artículo 105.III de la LF prevé la participación de los representantes de los trabajadores en la cesión de la empresa o rama de producción en orden a alcanzar un acuerdo colectivo de traspaso parcial de las relaciones laborales (III. *Nell'ambito delle consultazioni sindacali relative al trasferimento d'azienda, il curatore, l'acquirente e i rappresentanti dei lavoratori possono convenire il trasferimento solo parziale dei lavoratori alle dipendenze dell'acquirente e le ulteriori modifiche del rapporto di lavoro consentite dalle norme vigenti*).

2.6.1. Audiencia de los representantes de los trabajadores

Recogiendo algunas de las observaciones y comentarios formulados en cuanto a la situación de los trabajadores en el ámbito concursal, que suma a lo señalado previamente en cuanto a la sucesión de empresa a efectos laborales, podemos decir, en primer lugar, en aplicación a la transmisión de la unidad productiva, que una primera instancia de intervención o participación de los trabajadores en la liquidación de la masa activa está causada por la necesidad de someter la propuesta de enajenación presentada por la administración concursal en un plan de liquidación, a un informe previo de los representantes de los trabajadores (art. 148.3 LC), y por la exigencia de que las decisiones que el juez del concurso adopte sobre la forma de llevar a cabo dicha liquidación, en caso de no aprobarse dicho plan o en lo que no hubiere éste previsto, sean dictadas previa audiencia de esos representantes (art. 149.1.1ª *in fine* LC).

Lo anterior significa, por un lado, que para aprobar el plan de liquidación éste deberá someterse a informe de los representantes de los trabajadores, a objeto de que éstos formulen observaciones o propuestas de modificación a la propuesta de plan presentada (art. 148.3 LC). De no existir observaciones o propuestas de parte de los representantes de los trabajadores –ni tampoco de parte del deudor o de los acreedores–, el juez del concurso deberá proceder a aprobar el plan propuesto por la administración concursal y a él deberán atenerse las operaciones de liquidación de la masa activa. Por otro lado, si se formulan tales observaciones o se presentan propuestas modificatorias, el juez deberá resolverlas previa solicitud de informe a la administración concursal y tras lo cual aquel podrá optar por confirmar íntegramente el plan propuesto, introducir modificaciones en él o, incluso, rechazarlo, acordando en tal caso que la liquidación se verifique conforme a las reglas legales supletorias previstas en el artículo 149 de la LC, según el parecer del juez de lo que resulta más conveniente para la realización de los bienes y los derechos integrados en la masa activa del concurso.

Si el plan de liquidación no es aprobado, las operaciones de liquidación se ajustarán a las reglas supletorias previstas en el artículo 149.1 de la LC, que serán aplicada igualmente, en caso de haber un plan de liquidación aprobado, en lo que éste no hubiere previsto. Dentro de esas reglas supletorias de liquidación, la prevención de la regla 1ª del artículo 149.1 de la LC, dispone que el juez del concurso al resolver sobre la enajenación de los establecimientos,

explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de concursado, deba hacerlo previa audiencia de los representantes de los trabajadores, por un plazo de quince días (art. 149.1.1ª.III LC).

El hecho de que la norma concursal otorgue un tratamiento diferenciado a favor de los trabajadores, que integran en conjunto con otros acreedores la colectividad crediticia del concurso, ha sido puesto en evidencia de cara a la condición o trato igualitario que orienta a la norma concursal; situación que es especialmente cierta tratándose de las reglas legales, en que las decisiones del juez respecto de la enajenación de los bienes del concursado no requieren oír a los restantes acreedores. Salvo, que los demás acreedores hayan formulado observaciones o propuestas al plan de liquidación, que finalmente no se aprobó o resultó insuficiente, las reglas legales de liquidación no consideran una consulta a los acreedores para definir la suerte de los bienes del concursado⁴⁷⁹.

La exigencia de oír a los trabajadores es un reflejo de la indisoluble relación que se da en el binomio continuidad de la empresa, como medio para alcanzar el fin del concurso, y la conservación de los puestos de trabajo. Pero ello en caso alguno significa una participación de los trabajadores en la decisión final que tome el juez en la materia, pues ello supondría trastocar sustancialmente el trato igualitario que se debe dar a los acreedores, colocando a los trabajadores en una situación distinta respecto de los demás acreedores⁴⁸⁰.

2.6.2. Cumplimiento de las exigencias impuestas por el artículo 64 de la LC

En segundo término, también con carácter de prevención general la norma concursal establece con relación a los trabajadores de la concursada que en el caso de que las operaciones de liquidación previstas supongan la modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, incluidos los traslados colectivos, o la suspensión o extinción

⁴⁷⁹ GARCÍA-CRUCES (2011), p. 273.

⁴⁸⁰ En cuanto a la apreciación que debe hacerse de las observaciones que puedan formular los trabajadores sobre las ofertas, el AJM N° 9 de Barcelona, s/núm., de 9.4.2015 (concurso Poly Klyn, S.L.; Roj: AJM B 47/2015 - ECLI:ES:JMB:2015:47A), estima que «cierto es que es un elemento a valorar y a tener en cuenta, pero no hasta el punto de convertirlo en vinculante como parece hacer la administración concursal». Agregando que [s]on los parámetros objetivos y racionales los que deben primar como el precio, fundamentalmente, siendo el ofrecido por Toi Toi notoriamente superior al resto, y garantiza también la conservación de la casi totalidad de la plantilla (34 de 38), con lo que su oferta permitirá satisfacer en mejor medida, a los acreedores. Por último, no comparto el argumento de la administración concursal de que como ninguna de las tres ofertas constituye una solución para el concurso, que el precio pase a un segundo plano y que debe atenderse al número de puestos de trabajo que se conservan, primero, porque no fue ese el criterio que se aprobó en el plan de liquidación a efectos de valoración y segundo, porque va en contra del artículo 149.1.5 LC. El precio sí es relevante y prioritario pues evidentemente, a mayor importe, mayor satisfacción de los acreedores». (fund. der. segundo).

colectivas de las relaciones laborales, previamente a la aprobación del plan, deberá darse cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 64 de la LC.

Esta exigencia, dada por el apartado 4, del artículo 148 de la LC, y la regla 2ª, del artículo 149.1 de la LC, sin duda tiene especial trascendencia al momento de considerar las posibilidades de transmitir viablemente la empresa del concursado⁴⁸¹. En el caso de que la administración concursal haya formulado una propuesta de plan de liquidación su aprobación exigirá, previamente, llevar a cabo un proceso de negociación colectiva con la participación de la administración concursal y los representantes de los trabajadores.

El primer interrogante que surge es cómo conciliar los tiempos relativos a la formulación y aprobación del plan, y los propios de un expediente de regulación del empleo. A fin de evitar dilataciones que puedan frustrar la consecución de los objetivos perseguidos, se ha estimado, por ejemplo, la posibilidad de una aprobación provisional del plan de liquidación, de modo que una vez concluida la negociación colectiva se proceda a su aprobación definitiva con las modificaciones que se hayan generado durante la tramitación de la negociación colectiva⁴⁸².

Pero el tiempo no es el único factor a considerar. El aumento de los costos en el procedimiento de liquidación también es una variante a tener en cuenta. O el hecho de que para la aprobación judicial del plan de liquidación, que suponga la suspensión, extinción o modificación de los contratos de trabajos, someterlo previamente a un expediente de regulación de empleo que se llevará a cabo, según tal exigencia, pero sin certeza de la aprobación futura del plan de liquidación que lo motivó, por cuanto la aprobación, modificación o rechazo del mismo depende también de otras consideraciones de hecho y de derecho, como las observaciones o propuestas formuladas por los acreedores o el cumplimiento de las reglas de liquidación previstas en el artículo 149 de la LC, apartado 2 y siguientes.

⁴⁸¹ El artículo 148.4 de la LC dispone: «4. En el caso de que las operaciones previstas en el plan de liquidación supongan la modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, incluidos los traslados colectivos, o la suspensión o extinción colectivas de las relaciones laborales, previamente a la aprobación del plan, deberá darse cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 64».

De manera semejante, dicha prevención se reitera en el artículo 149.1.2ª de la LC: «En el caso de que las operaciones de liquidación supongan la modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, incluidos los traslados colectivos y la suspensión o extinción colectivas de las relaciones laborales, se estará a lo dispuesto en el artículo 64».

⁴⁸² ZUBIRI (2011), p. 204. La autora es contraria a la idea de prorrogar el plazo para la aprobación del plan de liquidación, a la espera de los resultados de la negociación colectiva.

2.6.3. Acuerdos de modificación de las condiciones colectivas de trabajo

En tercer término, aunque relacionada con la hipótesis anterior, pero ya con carácter particular respecto de la enajenación de unidades productivas, se estima que el cesionario y los representantes de los trabajadores puedan suscribir acuerdos para la modificación de las condiciones colectivas de trabajo (art. 149.4 LC)⁴⁸³. Esta prevención de la Ley Concursal dada en el ámbito de las reglas legales de liquidación descansa en el evento precisamente de que la enajenación permita que una entidad económica mantenga su identidad, con el fin de asegurar la viabilidad futura de la actividad y el mantenimiento del empleo. Este esfuerzo de facilitar la enajenación de la empresa y continuidad de la misma, que el apartado 4 *in fine* considera, al que nos hemos referido anteriormente, viene a ser la recepción del artículo 5.2.b), de la Directiva 2001/23/CE, del Consejo, de 12 de marzo.

2.6.4. La continuidad de los puestos de trabajo como criterio para valorar las ofertas

Dentro de los criterios o parámetros que la LC considera, y a los que el juez del concurso, debe atender, a los efectos de determinar cuál es la oferta de compra de una unidad producto que debe ser aceptada, se encuentra el que aseguren, en mejor medida, la continuidad de los puestos de trabajo.

Cuando la liquidación se lleve a cabo a través del expediente de la enajenación del conjunto de la empresa o de determinadas unidades productivas la misma, la regla legal supletoria 3ª, del apartado 1 del artículo 149 de la LC, considera, dentro de los criterios que se deben ponderar para preferir unas ofertas de compra sobre otras, la circunstancia de que se garanticen la continuidad de los puestos de trabajo, además, de que se garantice la continuidad de la empresa o de las unidades productivas de que se trata y se trate de la mejor oferta en orden a alcanzar la mejor satisfacción de los créditos de los acreedores, también⁴⁸⁴.

⁴⁸³ Que en lo pertinente indica: «4. Cuando, como consecuencia de la enajenación a que se refiere la regla 1.ª del apartado 1, una entidad económica mantenga su identidad (...) 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» (art. 149.4 LC).

⁴⁸⁴ El tenor de la regla 3ª del artículo 149.1 de la LC es el siguiente: «No obstante lo previsto en la regla 1.ª, entre ofertas cuyo precio no difiera en más del 15 por ciento de la inferior, podrá el juez acordar la adjudicación a esta cuando considere que garantiza en mayor medida la continuidad de la empresa, o en su caso de las unidades productivas, y de los puestos de trabajo, así como la mejor satisfacción de los créditos de los acreedores».

Como criterio de valoración, en concordancia con la regla del artículo 149.1.3ª de la LC, antes referida, el apartado 3 del mismo artículo exige que en caso de venta de unidades productivas, tanto si ellas tienen lugar mediante subasta, como a través de una enajenación directa, las ofertas de compra deban incluir como información, entre otros aspectos, la «[i]ncidencia de la oferta sobre los trabajadores» (art. 149.3.d] LC)⁴⁸⁵.

2.6.5. Sucesión de empresa a efectos laborales

A este tratamiento *diferenciado* que la Ley Concursal ofrece a los trabajadores, en pro de alcanzar el mayor grado de conservación de los puestos de trabajo y de las condiciones laborales, se agrega el dato no menor de que de manera excepcional sólo para afectos laborales y de Seguridad Social se considere que existe sucesión de empresa, conforme al artículo 149.4 de la LC. De lo cual nos hemos referido en los acápites anteriores.

La subrogación del adquirente frente a los derechos de los trabajadores, a consecuencia de la sucesión de empresa, es el reflejo de esa finalidad de la LC de dar continuidad a la empresa y a los puestos de trabajo. No obstante, la Ley Concursal no impone expresamente al adquirente de la empresa o de algunas de las unidades productivas de la concursada la obligación de actividad empresarial. La LC no prevé que el juez del concurso pueda condicionar la exoneración de responsabilidad del cesionario respecto de los créditos laborales previos a la transmisión, en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por el FOGASA de acuerdo con el artículo 33 del ET, a la continuidad efectiva de la actividad empresarial en manos de adquirente y la conservación de los puestos de trabajo. La valoración del juez sobre las ofertas de compra que se formulen, y que debe tener en consideración esa continuidad, como dijimos, ha de considerar, entre otros antecedentes, la «[i]dentificación del oferente, información sobre su solvencia económica y sobre los medios humanos y técnicos a su disposición» (art. 149.3.a) LC). Este parámetro será un referente para el juez del concurso acerca de esa continuidad futura de la actividad empresarial. Ello, sin perjuicio, como sugieren algunos autores, en cuanto

⁴⁸⁵ El texto original de la regla 3ª, reiteraba la exigencia de que el juez oyera a los representantes de los trabajadores. Al requerimiento de considerar la opinión de los trabajadores como un insumo a las resoluciones que el juez adopte decidiendo entre una liquidación unitaria o una fragmentaria de los bienes de la masa activa, conforme a la regla 1ª, se sumaba aquí la exigencia de considerar dicho parecer para valorar judicialmente las ofertas destinadas a adquirir el conjunto de la empresa o a alguna de sus unidades productivas. Hoy, este requerimiento queda subsumido en la exigencia que impone la regla 1ª del artículo 149.1 de la LC.

aplicar como criterio mínimo el adoptado por los tribunales del orden social en cuanto negar lugar a exoneración señalada cuando existen indicios de actuación defraudatoria⁴⁸⁶.

Por último, la referencia a la sucesión de empresa a efectos laborales no implica que deban cumplirse en sede concursal los requisitos procesales que establece el artículo 44 del ET en cuanto a audiencia e información previa, en los términos que se exige en dicha disposición legal. La remisión que el artículo 149.4 de la LC hace a ese precepto *«es a los únicos efectos sustantivos, esto es, qué debe entenderse por sucesión de empresas, no así a nivel procesal, debiendo estar al respecto a lo que dicen los artículos 148 y 149 de la LC, esto es, a lo previsto en el plan de liquidación y antes de aprobar la venta, dar simplemente por parte del juzgado un trámite de "audiencia" a los legales representantes de los trabajadores»*⁴⁸⁷.

2.7. Valoración de las ofertas y procedimiento de adjudicación del activo

Una vez definido dentro de un concurso que la venta de una unidad productiva como tal es lo más conveniente para el interés del concurso y la continuidad productiva de la misma y la mantención de los puestos de trabajo, los referentes sobre los que la LC hace gravitar la adjudicación de la unidad productiva siguen siendo el interés del concurso, reflejado en el valor o precio ofrecido por la unidad, y los puestos de trabajo que finalmente se mantendrán en manos del adquirente. La ponderación de estos factores, como se ha dicho, obedece a un juicio de hecho en que debe converger el análisis económico financiero que debe hacer la administración concursal en su informe, en las observaciones de los representantes de los trabajadores y del resto de los acreedores, según el caso, y los criterios o parámetros que el

⁴⁸⁶ ROQUETA (2010), p. 36.

Sobre esta cuestión de hecho se ha pronunciado también la jurisprudencia mercantil. Recientemente, el AAP de Álava (secc. 1ª), de 26.3.2015 (núm. 26/2015; concurso de Celaya, Emparanza y Galdós Internacional, S.A.; Roj: AAP VI 2/2015 - ECLI:ES:APVI:2015:2A), que haciéndose cargo de la alegación de los recurrentes en orden a la falta de garantías de que la adquirente mantenga la actividad, conserve los puestos de trabajo y garantice la satisfacción de los acreedores, entiende que los elementos y datos involucrados en la oferta son indicios claros de ese compromiso. Se considera el hecho de que la adquirente afronte créditos contra la masa por importe de 6.300.000 euro, derivados de indemnizaciones surgidas como consecuencia del expediente de regulación de empleo, otros 7.000.000 euros para financiación, y 2.500.000 euros en efectivo, además de lo que proceda si la cifra de negocio alcanza ciertos umbrales; el compromiso de no acometer otro ERE al menos durante doce meses; la ausencia de otras ofertas, que hace presumir que el adquirente satisfará más a los acreedores que nada; la aprobación de la administración concursal, y el hecho de que la adquirente Sherpa haya realizado ya ocho operaciones semejantes sin posterior desinversión.

⁴⁸⁷ AJM N° 9 de Barcelona, s/núm., de 24.7.2015 (concurso Delmo Empresarial, S.L.; Roj: AJM B 113/2015 - ECLI:ES:JMB:2015:113A).

juez del concurso utilice para definir esta cuestión; todo ello no exento de una casuística a la que es difícil de escapar.

En el tratamiento de este tema tendremos en cuenta los criterios acordados por los jueces de lo mercantil y secretarios judiciales de Catalunya, con fecha 3 de julio de 2014, y que, entre otras materias, acuerdan ciertas reglas básicas para la venta de unidades productivas en un procedimiento concursal.

2.7.1. Valoración de las ofertas

Dentro del contenido de las ofertas que se formulen, de acuerdo al nuevo apartado 3 del artículo 149 de la LC, la normativa concursal exige expresar, entre otros, el precio ofrecido, modalidades de pago y garantías aportadas, y que 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, y la incidencia de la oferta sobre los trabajadores. Esta exigencia fue incorporada, en primer término, por el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de diciembre, como una nueva regla supletoria 4ª, y luego, como apartado 3 del artículo 149 de la LC, por la Ley 9/2015, de 25 de mayo. El tenor de la norma citada es:

«3. 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 este apartado».

A partir de esa información, que obligatoriamente deben contener las ofertas, conforme a la norma transcrita, los procesos concursales dan cuenta de cuáles son los parámetros sobre los cuales informa las administraciones concursales y que tienen en cuenta los jueces para resolver la adjudicación de las respectivas unidades productivas. Precisamente, la segunda regla acordada por los jueces de lo mercantil y secretarios de Catalunya, en el año 2014, considera los siguientes parámetros para valorar las ofertas de compra:

- i) En primer lugar, el precio ofrecido (art. 149.3 c] LC). Dada la finalidad esencial del concurso de propender al mayor pago posible de los créditos, este elemento es el primer parámetro a considerar de una oferta⁴⁸⁸, y en tal sentido, se deben establecer claramente las condiciones de pago, y que de preferencia debe ser formulado de contado, salvo que se den garantías bancarias suficientes que avalen un pago aplazado.

Al respecto se puntualiza que la administración concursal debe fijar un precio mínimo para la adquisición, bajo el cual no procederá la adjudicación de la unidad productiva.

- ii) El número de trabajadores que asume el adquirente (art. 149.3.d] LC). No sólo el número de trabajadores, sino también las condiciones laborales que se ofrece.

⁴⁸⁸ AJM N° 9 de Barcelona, s/núm., de 9.4.2015 (concurso Poly Klyn, S.L.; Roj: AJM B 47/2015 - ECLI: ES:JMB:2015:47A). Los parámetros considerados para valorar las ofertas y adjudicar la unidad productiva, que fueron considerados en el plan de liquidación, según consigna el referido auto, fueron, por orden de prioridad: 1) Precio ofrecido, en el que se incluirá, en su caso, el ahorro de costes para el concurso de las indemnizaciones por despido en función del número de trabajadores subrogados; 2) Número de trabajadores subrogados; 3) Informe de los representantes de los trabajadores; 4) Apoyo financiero prestado por la interesada durante el concurso; y 5) Privilegio del mejor postor (fund. der. Primero). De estos parámetros, el auto da prioridad al precio ofrecido. De acuerdo a ello, se acuerda adjudicar la unidad productiva a Toi Toi, en consideración de la oferta de mayor precio, y a pesar de que no considerase la subrogación de la totalidad de los contratos de trabajo, como sí lo hacía la oferta de Iberische Land, S.L.U. Para el tribunal «[s]on los parámetros objetivos y racionales los que deben primar como el precio, fundamentalmente, siendo el ofrecido por Toi Toi notoriamente superior al resto, y garantiza también la conservación de la casi totalidad de la plantilla (34 de 38), con lo que su oferta permitirá satisfacer en mejor medida, a los acreedores». No comparte, por ello, el argumento de la administración concursal de que «como ninguna de las tres ofertas constituye una solución para el concurso, que el precio pase a un segundo plano y que debe atenderse al número de puestos de trabajo que se conservan, primero, porque no fue ese el criterio que se aprobó en el plan de liquidación a efectos de valoración y segundo, porque va en contra del artículo 149.1.5 de la LC. El precio sí es relevante y prioritario pues evidentemente, a mayor importe, mayor satisfacción de los acreedores. En cuanto a la manifestación de que como Toi Toi no se subroga en algunos contratos y que ello puede generar penalizaciones, reclamaciones, etc. contra el concurso, se trata de manifestaciones genéricas, poco precisas, que ni identifica ni cuantifica por lo que no es un elemento que se pueda tener en cuenta a la hora de valorar una u otra oferta».

Sobre el particular se señala que la administración concursal debe construir una fórmula económica que le permita valorar los distintos puestos de trabajo y poder efectuar una comparación adecuada entre las distintas ofertas, en este punto.

La incidencia de la oferta sobre los trabajadores no es un tema sólo cuantitativo que deba ser resuelto por una simple comparación del número de trabajadores que cada oferta incorpora. Es necesario apreciar las ofertas en términos cualitativos, diferenciando entre las ofertas según las características de los puestos de trabajo que se ofrece mantener⁴⁸⁹.

Sin duda, estos dos primeros parámetros recogen lo que son las finalidades propias que orientan al concurso.

- iii) El plan de negocios. Se pretende evitar que se lleve a cabo venta de unidades productivas económicamente inviables o no rentables, que pueda acabar en una nueva situación de insolvencia, y en tal sentido un plan de negocios razonables es visto como un factor determinante para aceptar o, en su caso, rechazar una oferta. Se espera que el oferente de cuenta de ese plan respaldado por la información sobre su solvencia económica, experiencia en el sector y los medios humanos y técnicos a su disposición (art. 149.3.a] LC).
- iv) Apoyo financiero a la empresa. Con un carácter subsidiario, respecto de lo dicho anteriormente, se considera el apoyo financiero a la empresa durante la tramitación de la venta para evitar el cierre efectivo, además de garantizar la devolución del aporte.
- v) Privilegio del mejor postor. Este parámetro pretende dar un valor diferenciador a aquella oferta que se ha realizado sobre la base de un estudio complejo y previo de la empresa del concursado, incluso realizado en ocasiones a través de una *due diligence*, y que se formula de manera pública a la cual pueden acceder las partes y otros

⁴⁸⁹ AJM N° 1 de Barcelona, s/núm., de 22.9.2014 (concurso Establiments Miró, S.L.; 378/2011-C). En él se analizan las ofertas formuladas por Springwater e Ideal Success, destacando que aunque pueda «...parecer que la oferta de Ideal Success es más beneficiosa, pues incorpora a 506 trabajadores frente a los 476 de Springwater», es necesario considerar el informe favorable de los propios representantes a favor de ésta última y valor «...que los trabajadores seleccionados por Ideal Success para continuar la actividad son los de menor antigüedad en la empresa, por lo que el ahorro en concepto de indemnizaciones por despido a cargo de la masa de la concursada podría ser menor que el valor medio promediado por la administración concursal (9.000 euros), que asumiría Springwater. Ello hace que no sólo deba valorarse el número de puestos de trabajo mantenidos sino también las características de los mismos, siendo así que la oferta de Springwater, que no discrimina en función de la antigüedad de los trabajadores, sea más beneficiosa al interés del concurso». En igual sentido, pero menos explícito, AJM N° 2 de Barcelona, s/núm., de 19.6.2014 (concurso Pervafil, S.L., núm. 911/2009).

interesados. Ello sería fundamento para reconocerle, en las condiciones de venta, un derecho a igualar la mejor oferta formulada.

Ello, sin perjuicio de que se estima que la administración concursal debe establecer la posibilidad de que las tres mejores ofertas puedan ser incluidas en un proceso de mejora de las mismas, fijando un plazo para ello tras el cual las ofertas deben ser abiertas por el tribunal en audiencia pública en el juzgado.

De estos parámetros, el precio ofrecido y las condiciones laborales ofrecidas son las que adquieren finalmente mayor incidencia y que pueden inclinar la balanza, como hemos observado, a favor de una y otra oferta, o de adjudicar a una única oferta a pesar de no ser totalmente satisfactoria según las expectativas esperadas o de aquella que se presenta con carácter vinculante en el plan de liquidación presentado en la fase común. En caso de que las ofertas sean semejantes en estos aspectos o no sean sustancialmente diferentes, serán los otros parámetros los que adquirirán un papel diferenciador que decida la preferencia a favor de una de las ofertas formuladas⁴⁹⁰.

Además, con respecto a la valoración y elección de la oferta ganadora, la LC ha introducido una regla que otorga al juez del concurso un elemento de discrecionalidad para abordar adecuadamente la casuística que supone dicha elección. Si bien, en principio, se debe estar a la oferta que considere un mayor precio por la unidad productiva que se pretende enajenar, el juez del concurso puede acordar la adjudicación a una segunda de menor valor si ésta se considera garantiza en mayor medida la continuidad de la unidad productiva, y de los puestos de trabajo, así como la mejor satisfacción de los créditos de los acreedores, siempre que la segunda oferta no difiera de la primera en más de un 15 por ciento del precio (art. 149.1.3^a

⁴⁹⁰ Por ejemplo, en el AJM N° 6 de Barcelona, s/núm., de 31.3.2014 (concurso Bodegas Mur Barcelona, S.L., núm. 283/2010): «Apreciando, de forma ponderada, el alcance de las ofertas de adquisición, vinculantes, realizadas tanto por Invergilo, S.L. como por Josep Masachs, tras la valoración de las mismas, conforme a los parámetros antes reseñados, se estima procedente adjudicar los bienes y derechos comprendidos en la unidad productiva, de la compañía Bodegas Mur, a la sociedad Invergilo, S.L., por entender que ha realizado la oferta más beneficiosa para el interés del concurso, atendiendo básicamente al precio ofrecido por la misma, ligeramente superior al ofrecido por Josep Masachs, y si bien resulta similar la partida atinente al mantenimiento de los contratos de trabajo de los trabajadores de las compañías concursadas, no puede obviarse, como enfatizan los representantes de los mismos, que presenta una manifiesta y palpable garantía de cumplimiento del plan de negocio y explotación, pues acompaña un acuerdo con los clientes que representan el 94% de las ventas de la concursada, siendo el principal *Vid Vica S.L.*, que incluso ha presentado escrito mostrando su apoyo a continuar como cliente de aquella, para el caso de Invergilo resulte ser adjudicatario» (fund. der. segundo).

Otros ejemplo de este proceso de valorización por parte de los jueces concursales, a la hora de decidir a favor de una de oferta de compra, puede apreciarse en: AJM N° 4 de Barcelona, s/núm. de 19.12.2014 (concurso voluntarios de Neoelectra Dos Hermanas, S.L.U., núm. 650/14, y otros); AJM N° 10 de Barcelona, s/núm., de 22.10.2014 (concurso voluntario de Rivolta Ibérica, Auto Moto y Ciclo, S.A.U., núm. 54/2014-C).

LC). De esta manera se evita que el juez del concurso quede automáticamente amarrado por el factor precio o que lo abandone en perjuicio el interés del concurso.

Finalmente, agregamos que en cuanto a la operatoria de la transmisión, ésta se lleva a cabo a través de una compraventa, en que el adquirente paga un precio a cambio de la entrega de la empresa. Esta transmisión de la empresa o de alguna de sus unidades productivas, a diferencia de lo que ocurre con la figura del convenio de asunción, es una enajenación judicial del activo del concurso. Con ello queremos destacar, el que estamos ante una enajenación del activo del concursado y no de pasivo, salvo de aquellas deudas que por mandato legal, como consecuencia de la sucesión de empresa, deban ser asumidas por el tercero adquirente en esta liquidación judicial.

2.7.2. Procedimiento de realización del activo

La administración concursal debe pronunciarse, dentro de su propuesta de plan de liquidación, sobre el procedimiento de realización de los bienes, con un margen de flexibilidad y discrecionalidad que le permiten considerar y elegir la alternativa que considere más idónea para llevar a cabo la realización de los bienes. Criterios, como la maximización del valor del activo, publicidad, transparencia o seguridad jurídica, pueden llevar a la administración concursal a considerar la opción de la subasta pública como la más adecuada a los intereses del concurso, con las particularidades que estime convenientes con relación a los parámetros consignados en la LEC, pero también es posible que por razones de celeridad u otros, opte por la realización mediante una venta directa.

El criterio general para la enajenación de la o las unidades productivas, que dan las reglas legales supletorias de liquidación, es la subasta pública. Pero bien puede, el juez del concurso, *«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»* (art. 149 1.1ª LC). De esta manera, las alternativas de una venta directa o de una enajenación a través de persona o entidad especializada son procedentes no sólo cuando la subasta pública fuese declarada desierta, sino también cuando el juez estime que dichas opciones son las que de mejor forma salvaguardan los intereses del concurso, considerando lo informado al respecto por la administración concursal. La LC contiene prevenciones sobre la venta en pública subasta y la venta directa, pero nada agrega sobre la opción de una enajenación por medio de persona

o entidad especializada, salvo que ella tendrá lugar con cargo a las retribuciones de la administración concursal (art. 149.1.1ª.II *in fine* LC)⁴⁹¹.

Sobre el particular, los acuerdos de los jueces de lo mercantil y secretarios judiciales de Catalunya, del año 2014, consideran un *iter* que asegura una transparencia y publicidad mínimos en el proceso de adjudicación:

- i) Publicidad de la venta de la unidad productiva y de sus condiciones. El objetivo es dar a conocer la venta y sus condiciones a todos aquellos que pudieran estar interesados en su adquisición (competidores, fondos de inversión e inversionistas en general o sus mediadores, el propio empresario, que cree una nueva compañía, solo o con otros inversores, los trabajadores a través de cooperativas o sociedades laborales, etc.). En tal sentido, se considera que la administración concursal debe identificar a los posibles interesados e invitarlos a participar.

Los canales de difusión considerados son múltiples, como la web la *Direcció General d'Indústria de la Generalitat de Catalunya* (www20.gencat.cat), o el gabinete de prensa del TSJ de Catalunya, para su difusión a medios de prensa, entre otros. También debemos considerar el Registro Público Concursal que incorporó la Ley 9/2015, de 25 de mayo, a través del artículo 148.7 de la LC. A ellos deberá dirigirse un extracto con la información relevante acerca de la venta.

- ii) Periodo de examen de los datos por los interesados, previo a aquel fijado para presentar las ofertas. El objeto de garantizar la igualdad de oportunidades entre todos los interesados, permitiéndoles el examen de la situación de la empresa y verificar la información ofrecida en las condiciones de venta, previa suscripción de un documento que asegure la confidencialidad de la información y evitar perjuicio al futuro adquirente.

Esta fase debiera servir, igualmente, para que los interesados tengan la oportunidad de establecer negociaciones con los representantes de los trabajadores, cuya participación en esta etapa debiera ser efectiva y no puramente formal.

- iii) Etapa de recepción de ofertas adaptadas a los parámetros objetivos previamente identificados. Una vez que los interesados hayan podido tener acceso a la información

⁴⁹¹ La Ley de Enjuiciamiento Civil contempla la enajenación mediante persona o entidad especialidad, a falta de convenio de realización (arts. 636.2.1º, 641, entre otros, LEC).

necesaria para formular sus ofertas, el tribunal debe fijar en la resolución que apruebe el proceso de venta, el plazo para la formulación y recepción de la ofertas.

- iv) Apertura de los sobres que contienen las ofertas. El día y hora señalados, el tribunal debe proceder a la apertura de los sobres que contienen las ofertas que se hubieren formulado dentro de plazo. La apertura debe tener lugar en audiencia pública dando lectura de las mismas y haciendo entregado de dichas ofertas a la administración concursal, para que proceda a su valoración económica, y en su caso a los representantes de los trabajadores.
- v) Etapa de valoración de las ofertas. Se considera imprescindible aquí contar con un análisis realizado por la administración concursal y los representantes de los trabajadores respecto de las ofertas formuladas.
- vi) Mejoras de las ofertas. Esta fase o etapa tiene un carácter eventual, pero siempre ha debido considerarse en las condiciones iniciales del llamado a ofertar. Será la administración concursal, cuando las circunstancias lo aconsejen, la llamada a solicitar al juez del concurso la apertura de esta fase, teniendo en consideración las características de las ofertas presentadas. El juez concederá el plazo preestablecido a los mejores oferentes para presentar ofertas mejoradas, que serán abiertas también en el juzgado en audiencia pública por el tribunal.
- vii) Adjudicación. Teniendo presente los parámetros para valorar las ofertas, como asimismo, los informes de la administración concursal y las alegaciones que hayan efectuado los representantes de los trabajadores, el juez del concurso deberá proceder a adjudicar la unidad productiva a la mejor oferta.

Corresponderá a la administración concursal formalizar la venta de la unidad productiva, a cuyos efectos el juzgado librará los mandamientos que sean oportunos para cancelar las cargas o inscribir las nuevas titularidades.

- viii) Incumplimiento y resolución de la compraventa. Las condiciones de venta, a instancia de la administración concursal, deben prever hipótesis de incumplimiento de las obligaciones que la venta de la unidad productiva impone al adquirente.

Al respecto, en caso de incumplimiento, la administración concursal debería presentar la demanda incidental, con la petición de las medidas cautelares procedentes, tendiente a recuperar la propiedad de la unidad productiva, según sea el

caso, esto es, si el incumplimiento se produce con anterioridad a la formalización de la venta o después que el adquirente ha tomado posesión de la unidad productiva. En el primer caso, el adjudicatario debería perder el depósito, y en el segundo caso, además de perder lo pagado hasta ese momento, el adquirente debería responder de los demás daños y perjuicios ocasionados, no cubiertos por esa garantía.

2.8. Posición procesal del adquirente de la unidad productiva

La transmisión de unidades productivas en el ámbito concursal plantea un cúmulo de otras cuestiones derivadas de las especiales características que presenta la enajenación judicial de dichas unidades como parte de las operaciones de liquidación. Respecto de estos otros interrogantes, podemos considerar la posición que ocupa el adquirente durante el proceso de adjudicación de las unidades productivas, específicamente en su condición procesal.

Desde el punto de vista del procedimiento, el concurso es una instancia cerrada, en la que tienen legitimación para intervenir, además del concursado, sus acreedores y la administración concursal, y los trabajadores, si deseamos considerarlos en una dimensión diferente a su calidad de acreedores del concursado.

El hecho de que los potenciales adquirentes de la unidad productiva o interesados en su adquisición, en consideración a lo dicho, no se encuentren legitimados de modo alguno en dicha condición para formular observaciones al plan de liquidación, como sí se le reconoce, por ejemplo, a los trabajadores de la misma, podría afectar la eficiencia o legitimidad del sistema de transmisiones de unidades productivas. No pueden, por ejemplo, recurrir en contra del auto del juez del concurso mediante el cual éste aprueba el mencionado plan de liquidación, quedando al margen de cualquier discusión acerca de la valoración del activo, a pesar de que de acuerdo al apartado 3 del artículo 149 de la LC, está obligado a informar, al tiempo de formular su oferta, sobre ciertos extremos, como los bienes, derechos, contratos y licencias o autorizaciones incluidos en la oferta; en caso de que existan bienes o derechos afectos a créditos con privilegio especial, el precio ofrece con subsistencia o sin subsistencia de las garantías, o la incidencia de su oferta sobre los trabajadores.

De allí la importancia de que el proceso de adjudicación mitigue aunque sea parcialmente dichas carencias, permitiendo que todos los posibles interesados en adquirir la unidad

productiva puedan conocer las características y estados de la empresa, dando para ello un tiempo razonable.

También, a fin de contrarrestar esa situación, la posición procesal del potencial adquirente podría quedar encuadrada en la prevención del apartado 4 del artículo 184 de la LC, que dispone que «*[c]ualesquiera otros que tengan interés legítimo en el concurso podrán comparecer siempre que lo hagan representados por procurador y asistidos de letrado*». A partir de ahí, se considera por algunos que el interesado, invocando el interés legítimo que supone su intención de adquirir la unidad productiva, podría personarse, por ejemplo, en la fase común y en la fase de calificación (art. 168.1 LC)⁴⁹², en la impugnación del inventario y la lista de acreedores (art. 96.1 LC)⁴⁹³. Las dificultades estarán dadas, en este caso, por la indefinición de lo que se entiende por «*interesado*» o «*interés legítimo*», en dichas disposiciones legales y en otras de la propia Ley Concursal. Como bien se ha observado, toca al juez del concurso definir en concreto y sin muchos parámetros o referencias de texto, acerca de dichos conceptos⁴⁹⁴.

2.9. Afectación de la competencia

Un segundo tema es el de las implicancias que la venta de una unidad productiva puede tener en el ámbito de la competencia, tanto por las condiciones de posición dominante o monopólica que pudiera traer aparejado la adquisición (libre competencia), como respecto de ciertos deberes que particularmente se deben entre sí quienes concurren a competir con bienes y servicios a un determinado mercado (competencia desleal).

En el primer aspecto, surgen consideraciones acerca la neutralidad que se entiende tendría desde el punto de vista de la libre competencia una transmisión o enajenación de una empresa en situación de insolvencia, y sobre el dato no menor de que una ponderación de esta especie

⁴⁹² El precepto citado dispone, en su apartado 1, que «*[d]entro de los diez días siguientes a la última publicación que se hubiera dado a la resolución que acuerde la formación de la sección sexta, cualquier acreedor o persona que acredite interés legítimo podrá personarse y ser parte en la sección, alegando por escrito cuanto considere relevante para la calificación del concurso como culpable*». Y agrega, en su apartado 2, «*[e]n los casos a que se refiere el apartado 2 del artículo precedente, los interesados podrán personarse y ser parte en la sección o en la pieza separada dentro del mismo plazo contado desde la última publicación que se hubiera dado a la resolución que acuerde la reapertura de la sección de calificación, pero sus escritos se limitarán a determinar si el concurso debe ser calificado como culpable en razón de incumplimiento del convenio por causa imputable al concursado*».

⁴⁹³ El apartado 1 del artículo 96 de la LC, referente a la impugnación del inventario y de la lista de acreedores, dispone: «*[l]as partes personadas podrán impugnar el inventario y la lista de acreedores, dentro del plazo de diez días a contar desde la notificación a que se refiere el apartado 2 del artículo anterior, a cuyo fin podrá obtener copia a su costa. Para los demás interesados el plazo de diez días se computará desde la última publicación de las previstas en el artículo anterior*».

⁴⁹⁴ TAGLIAVINI (2014), págs. 10 y ss.

escapa de los elementos de juicio a disposición del juez del concurso. El riesgo de concentración económica y abuso de la misma, ha sido considerado, como se tuvo ocasión de señalar, en el artículo 226.1 del TRLCSP, en caso de que la transmisión de contratos administrativos pueda suponer *«una restricción efectiva de la competencia en el mercado»*, y que podría impedir la cesión de dichos contratos al adquirente de la unidad productiva, conforme al artículo 146 bis.1 de la LC.

Sobre el particular, también, es necesario traer a colación el artículo 3.5.b) del Reglamento (CE) 139/2004, del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre control de las concentraciones de empresas, que excluye de las hipótesis de concentración los casos en que el control de la empresa *«lo adquiera una persona en virtud de un mandato conferido por la autoridad pública con arreglo a la normativa de un Estado miembro relativa a la liquidación, quiebra, insolvencia, suspensión de pagos, convenio de acreedores u otro procedimiento análogo»*, recogiendo un criterio de neutralidad concurrencial o excepción de empresa en crisis (*«failing firm defense»*) respecto de la cesión de la empresa que tiene lugar en sede concursal.

La segunda cuestión estaría referida a un cierto deber de no competencia que pesaría sobre el concursado cedente. Podemos traer a colación algunas observaciones generales que en su momento formulamos sobre la venta de empresa, y que dicen relación con ciertos deberes u obligaciones que asumiría el transmitente de una empresa o una unidad productiva. Nos referimos a ciertos deberes tanto de carácter activo, como las obligaciones de información precontractual y de colaboración post-contractual, y otros de tipo pasivo, como la obligaciones de confidencialidad y un deber de no competencia. El contenido y alcance de estos deberes no está exento de discusión, pero su exigencia derivaría de la buena fe que debe orientar la celebración del contrato y su cumplimiento, en consideración a lo dispuesto en el artículo 1258 del CC y artículo 57 del CCOM.

Particularmente, sobre un deber de no competencia, su análisis obliga a un pronunciamiento acerca de si debe o no subentenderse como parte del contenido del contrato, atendido a que la transmisión de la clientela tendría carácter esencial en la venta, o si debe, en todo caso, incluirse mediante una cláusula expresa en tal sentido, que fije, asimismo, el plazo de duración de este pacto de no concurrencia.

Una supuesta prohibición de competencia impuesta al transmitente, va más allá de los confines del Derecho concursal y, por tanto, no podría derivar de una particular norma o principio concursal, sino que debería, como se dijo, venir impuesta por el principio de la

buena fe en materia de ejecución contractual, que no considera como excepción la venta de una empresa o unidad productiva que tiene lugar a consecuencia de una operación de liquidación concursal. Tal vez, precisamente, por tratarse de un principio general no haya sido considerada en sede concursal y que la continuidad o conservación empresarial que se espera, no nos llevaría a otra conclusión de que tal prohibición puede ser impuesta a pesar de que las reglas legales no lo han considerado explícitamente.

Una recepción de este planteamiento viene siendo hecho por el artículo 132-11, del Anteproyecto de Ley del Código Mercantil, que impone y regula esta obligación de no competencia, expresando que:

«1. Las partes podrán pactar que el vendedor de una empresa quede obligado a no desarrollar por sí o por persona interpuesta una actividad que, por su objeto, localización u otras circunstancias, dificulte la conservación de la integridad del valor de la empresa transmitida. 2. La obligación de no competencia tendrá una duración de dos años. No obstante, las partes podrán acordar un período de tiempo mayor siempre que sea conforme con las normas de defensa de la competencia. 3. El incumplimiento de la obligación de no competencia dará al comprador derecho a exigir la cesación inmediata de la actividad lesiva, el abono por el infractor de la ganancia obtenida y el pago de una indemnización de daños y perjuicios».

Ahora bien, la discusión debe ser reconducida sólo a los casos en que estemos ante un deudor común o a los administradores y liquidadores de una persona jurídica, pues sólo ellos pueden incursionar posteriormente en una actuación concursal no querida.

Si el concursado es una persona jurídica, la apertura de la liquidación conlleva la disolución social, que no se hubiera producido (art. 145.3 LC), de modo que al término de las operaciones de liquidación, la resolución judicial que acuerde la conclusión del concurso ordenará también la cancelación registral de la concursada.

Las personas físicas y los administradores y liquidadores de una persona jurídica quedarían afectados por la prohibición, sin perjuicio de la inhabilidad que trae consigo una calificación culpable (art. 172.2.2º LC)⁴⁹⁵.

⁴⁹⁵ Hasta la fecha, según los resultados de las pesquisas jurisprudenciales efectuadas, ello no ha sido al parecer planteado en tribunales. La venta de unidades productivas en el ámbito de la liquidación concursal, sí ha

originado una controversia judicial en torno al uso de patentes y modelos, que involucró al adquirente de una unidad productiva y a terceros que habían tenido relación con el concursada y que alegaban vulneración de ciertos derechos en los procesos productivos a que se refería la unidad transmitida, según da cuenta una sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (SAP de Barcelona [secc. 15ª], núm. 54/2015, de 18.3.2015 [concurso Aismalibar S.A.; Roj:SAP B 605/2015 - ECLI:ES:APB:2015:605]).

CONCLUSIONES

1. La introducción a este trabajo comenzó, a modo de premisa, con un reconocimiento al valor e importancia que en la práctica concursal ha adquirido la liquidación concursal materializada por medio de la venta de unidades productivas. Ello contra todo pronóstico inicial al momento de entrar en vigor la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que apostaba por hacer del convenio la solución normal del concurso. En particular, se hizo presente el atractivo y la eficiencia de aquella solución, consistente en la venta de unidades productivas, y su desarrollo por parte de la jurisprudencia a partir de unas cuantas normas concursales al interior de la liquidación concursal. En este contexto, también, observamos el efecto desincentivador que nos parecería podían llegar a tener algunas de las recientes reformas a la Ley Concursal, efectuadas por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, procedente del Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre.
2. Para sustentar ese planteamiento, el desarrollo de este trabajo consideró dos objetivos. Uno de ellos fue poner de manifiesto que el convenio y la liquidación, institutos solutorios de la Ley Concursal, están provistos por ella para alcanzar, sobre la base de determinados principios, ciertas finalidades que dirigen el concurso de acreedores. Los principios aludidos son el de universalidad y el de *par condicio creditorum*, y las finalidades están conformadas por la finalidad esencial y primordial de pago de los acreedores concursales y la finalidad de continuidad, en todo o en parte, de la empresa y de los puestos de trabajo asociados a ella, cuando ello es factible. Un segundo objetivo consistió en exponer de qué forma la transmisión de la empresa y de unidades productivas puede tener lugar por medio de un convenio concursal o a través de operaciones de liquidación de la masa activa del concurso, en las distintas oportunidades que prevé la Ley Concursal para ello, teniendo en cuenta esos principios y la consecución de las finalidades señaladas.
3. Estimamos que esos objetivos han podido ser materializados por medio de los tres capítulos en que se estructura este trabajo, y que permitieron exponer y conceptualizar los principios y finalidades concursales, el convenio concursal y, en particular, las figuras del convenio con asunción y el convenio con modificaciones estructurales de sociedades, y también, con especial detalle, la venta de empresa y unidades productivas a través de la liquidación concursal.

4. El examen efectuado y los elementos de análisis que aportan la doctrina y la jurisprudencia, y, en cierto modo, las referencias al derecho comparado, nos permiten arribar a ciertas conclusiones, que exponemos a continuación, respecto de lo que ha sido la aplicación y desarrollo de las soluciones concursales, y en particular, la transmisión de la empresa o de unidades productivas.

4.1. Es claro que la solución al concurso de acreedores mediante el convenio concursal no es la alternativa a la que comúnmente se recurre en los procedimientos concursales, a pesar de que la normativa concursal contempla un amplio margen para la autonomía privada y considera expresamente un convenio de asunción y un convenio con modificaciones estructurales a través de los cuales puede canalizarse la transmisión unitaria de la empresa y de sus unidades productivas, para alcanzar, de ese modo, las finalidades de pago y continuidad pretendidas. Son pocas las propuestas de convenio en ese sentido y menos aun las que son aprobadas por los acreedores que contienen aquella forma de transmisión.

El convenio concursal regulado en la LC presenta características que, desde el punto de vista del Derecho comparado, pueden calificarlo como un modelo a seguir. La referencia a las modificaciones concursales, por ejemplo, es una de esas características, que puede ser reforzada mediante una coordinación efectiva entre las normas concursales y la normas de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales. En este sentido, a modo de ejemplo, aunque sea de manera excepcional, podemos traer a colación los concursos de Pescanova S.A. o los de Fiesta S.A. y Fiestasa S.L., solucionados por medio de convenios con modificaciones estructurales.

Las medidas urgentes en materia concursal adoptadas por el Real Decreto-ley 11/2014 y la Ley 9/2015, han venido a reformar, entre otras materias, el posible contenido de una propuesta de convenio, el sistema de mayorías necesarias para que se entienda aceptado por los acreedores y la forma en que los acreedores privilegiados pueden quedar vinculados al mismo. A ello se une, con aplicación general a todas las ventas de unidades productivas que tienen lugar en el concurso de acreedores, la aplicación de un estatuto jurídico que regula las especialidades de la transmisión de dichas unidades productivas a través del artículo 146 bis de la LC. Se trata de modificaciones que, sin perjuicio de las observaciones que a cada una de ellas se ha podido formular, tienen por objeto incentivar y facilitar la adopción de convenios

concursoales. A pesar de ello, la tendencia respecto del uso de este instrumento no se ha revertido, según muestran los datos disponibles a la fecha.

Más allá de las dificultades que supone alcanzar un acuerdo con los acreedores en la situación de insolvencia que afecta al deudor común, y que dichas medidas pretenden mitigar, las precarias condiciones financieras en que llegan los deudores al concurso parece ser un elemento detonante al momento de impedir un convenio concursal. Los datos estadísticos indican que la proporción de sociedades concursadas con resultado neto negativo es superior al setenta y siete por ciento, por lo menos en el año 2014, y que, por ende, no se encuentran en condiciones de atender a la totalidad de sus deudas en un plazo inferior a veinticinco años, y un sesenta y cuatro por ciento de las sociedades en concurso no cuenta con ingresos suficientes para atender siquiera a su pasivo exigible.

- 4.2. En cuanto a la venta de unidades productivas en la liquidación concursal, el análisis efectuado permite distinguir un *antes y después* a su respecto, en atención a la incidencia de las reformas que han tenido lugar al alero de los cuerpos legales citados. En *antes*, representado por concursos como el de Cacaolat, se identifica claramente con la alternativa de llevar a cabo la venta de unidad productivas, que resultaba muy atractiva para potenciales interesados en su adquisición, al permitir su compra a un precio ventajoso, libre de deudas y cargas, como régimen general, y que, al mismo tiempo, maximizaba el valor del activo en beneficio de la colectividad de acreedores y permitía, por ser ello factible, la continuidad de la unidad productiva transmitida conservando los puestos de trabajo subrogados con ella. El *después* viene dado por el efecto disuasorio o de desincentivo que han tenido las últimas reformas legales a la Ley Concursal, en materia de venta de unidades productivas, tal como viene apuntando la jurisprudencia más reciente de los juzgados de lo mercantil.
- 4.3. Retomando aquel juicio de valor que formulamos en la introducción de este trabajo, podemos afirmar que las reformas efectuadas a la Ley Concursal, impulsadas por el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, y por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, proveen a la liquidación concursal y al convenio de una normativa que pretende hacerse cargo de sus aspectos fundamentales, y de las especialidades, como se dijo, que presenta la transmisión de unidades productivas, lo que sin duda puede ser considerado de manera positiva, pero también es cierto que dichas reformas han

generado un efecto disuasorio en la materia, contrastando con los esfuerzos que anteriores modificaciones legales, como la que tuvo lugar en su momento a través de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, hicieron para recoger las avances y requerimientos formuladas por la práctica concursal.

Estimamos que han tenido una especial incidencia para producir ese efecto, por un lado, el hecho de que se distinga al interior el artículo 149 de la LC entre aquellas reglas legales *supletorias*, a que se refiere el apartado 1 de este artículo, y aquellas reglas previstas en sus apartados 2, 3, 4 y 5, que son de aplicación imperativa en todas las operaciones de liquidación y de especial trascendencia para la venta de unidades productivas, y por otro, que el artículo 149.4 de la LC, dentro de esta última categoría de reglas, haya venido a considerar que la sucesión de empresa, en la venta de unidades productivas, se extiende no sólo a los efectos laborales, sino también de la Seguridad Social.

4.4. En particular, estimamos que la introducción de aquellas modificaciones legales ha traído consigo que se reconozca a un acreedor público, la Tesorería General de la Seguridad Social, un privilegio que no es coherente con los principios que inspiran a la Ley Concursal, que le permite cobrar su crédito con el patrimonio del adquirente de la unidad productiva. Al respecto podemos indicar que:

- i) La venta de una unidad productiva tiene un carácter judicial y está inserta en un juicio de carácter universal orientado por el principio de trato igualitario entre los acreedores o *par condicio creditorum*. En atención a ello, la transmisión no debe ser ocasión para generar tratamientos diferenciadores o desiguales entre acreedores de la colectividad crediticia que se encuentran en situación idéntica. La reforma legal permite que la TGSS obtenga un privilegio o beneficio en dos aspectos: al poder cobrar sus créditos sobre el patrimonio del adquirente, que por definición es solvente, y al verse alteradas las reglas de prelación de créditos, cobrando sus créditos en forma íntegra y no proporcional.

Es evidente que la liquidación concursal está encaminada a la realización de la masa activa para, por esta vía y con lo obtenido, pagar a los acreedores de acuerdo con el orden derivado de la clasificación de sus créditos, conforme a ese principio de trato igualitario. Por tanto, no resulta procedente que se reconozca a La TGSS el derecho a pagarse de otra manera o con otros recursos que no sean aquellos

obtenidos mediante esa realización, cualquiera que sea la forma en que ésta se lleve a cabo, ni aún a pretexto de identificarlos con los créditos de los trabajadores, como expresa el preámbulo de la Ley 9/2015, al referirse a ambos tipos de créditos como aquellos que por singularidad *«siguen mereciendo una especial tutela»*.

- ii) Este especial tratamiento a favor de la TGSS no recoge una de las premisas a partir de las cuales se elaboró dogmáticamente la Ley Concursal. Según su exposición de motivos, la legislación precedente a la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, se caracterizaba, entre otras cosas, por el *«predominio de determinados intereses particulares en detrimento de otros generales y del principio de igualdad de tratamiento de los acreedores»* (EM, I, i). Con ello, también se desconoce un postulado de la LC, de que *«el principio de igualdad de tratamiento de los acreedores ha de constituir la regla general del concurso, y que sus excepciones han de ser muy contadas y siempre justificadas»* (EM, V, ii).

4.5. Con ello, se priva de su atractivo a la venta de unidades productivas que tiene lugar a través de la liquidación concursal. En efecto:

- i) Se altera la regla de que, en la venta de unidades productivas, la transmisión se hace, por regla general, libre de deudas.
- ii) Se afecta el principio de seguridad jurídica que debe regir las relaciones mercantiles, tal como ya ha sido reconocido por algunos juzgados de lo mercantil, por cuanto el comprador debe conocer con exactitud todos los extremos de la operación, esto es, qué compra y cuáles son las condiciones y responsabilidad que debe asumir. La falta de certeza sobre esos extremos impide u obstaculiza que el adquirente pueda prestar un consentimiento libre y consciente al momento de proponer su oferta.

4.6. La reforma, en este punto, no parece totalmente concordante con las finalidades de las normas concursales ni contribuye en esa medida a su obtención.

- i) La finalidad esencial del concurso es la satisfacción colectiva de los créditos de los acreedores concursales, de la mejor manera posible, teniendo presente la situación de insolvencia que afecta al deudor común. Si la práctica ha venido demostrando que el convenio no es la solución normal del concurso y que la venta de unidades productivas en la liquidación concursal ha ocupado eficientemente gran parte del lugar de aquel, al desincentivar estas ventas afecta la obtención de dicha finalidad.

- ii) La venta de unidades productivas ha permitido, de un modo muy equilibrado, y conforme a los criterios legales y jurisprudenciales existentes, que la finalidad esencial de pago pueda obtenerse sin detrimento de la finalidad de dar continuidad a la empresa, total o parcialmente, y conservar la mayor cantidad de puestos de trabajo que es posible y factible, especialmente en momentos de profunda crisis económica.
- iii) El Real Decreto-ley 11/2014 y la Ley 9/2015, en este sentido, no resultan del todo consistentes o coherentes con sus propias premisas, y que son recogidas del Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, sobre medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial. Estas premisas son: i) considerar que la continuidad de las empresas económicamente viables es beneficiosa no sólo para las propias empresas, sino para la economía en general y, muy en especial, para el mantenimiento del empleo; ii) la necesidad de acomodar el privilegio jurídico a la realidad económica subyacente, pues muchas veces el reconocimiento de privilegios carentes de fundamento viene a ser el obstáculo principal de los acuerdos concursales, y iii) la necesidad de respetar en la mayor medida posible la naturaleza jurídica de las garantías reales, de acuerdo con su verdadero valor económico.

4.7. Al escenario poco propicio que resulta para la venta de unidades productivas en el ámbito de la liquidación concursal, a consecuencia del tratamiento que se da a los créditos de la Seguridad Social, se suma el cambio o la consolidación de ciertos criterios que resultan poco favorables a la labor que los juzgados de lo mercantil han venido desarrollando en la materia. Por una parte, debemos considerar el criterio interpretativo sobre la competencia del juez del concurso, entendiéndose que aquella se agota en la aprobación de la venta de la unidad productiva, sin que la competencia objetiva del juez le permita pronunciarse sobre los efectos que derivan de esa venta. Como han puntualizado los juzgados de lo mercantil en sus más recientes autos de adjudicación de unidades productivas, los efectos sustantivos de la venta podrán ser revisados posteriormente por la jurisdicción en lo social, en atención a la hipótesis de sucesión de empresa a efectos laborales y de Seguridad Social que trae consigo la venta de unidades productivas. Por otro, el que se considere, en el ámbito de la venta de unidades productivas, el artículo 44 del ET en toda su extensión, de modo que

toda deuda laboral y de la Seguridad Social, de la que el adquirente no pueda ser exonerado legalmente, quedaría comprendida dentro de la sucesión de empresa.

5. Como cierre de estas conclusiones podemos decir, por tanto, que si bien las reformas impulsadas por el Real Decreto-ley 11/2014 y por la Ley 9/2015, en diversos aspectos deben ser positivamente valoradas, es igualmente necesario evidenciar que no todas ellas son concordantes con la experiencia acumulada durante una década de aplicación de la Ley Concursal, a la cual han contribuido la doctrina, la jurisprudencia mercantil y textos legales como la Ley 38/2011. Nuevos derroteros jurisprudenciales y doctrinales servirán para revertir o corregir el efecto disuasorio que algunas de las recientes modificaciones legales han producido, devolviendo a la venta de unidades concursales de los elementos que le proporcionaban certeza jurídica y de un régimen favorable para su adquisición, o para construir sobre la base de las normas legales en vigor soluciones concursales que recogiendo los principios que orientan al concurso, permitan alcanzar las finalidades que conforman el interés del mismo.

BIBLIOGRAFÍA

- ADLER, Barry E. *et al.* (2007): *Cases, problems, and materials on Bankruptcy*, Foundation Press, Nueva York.
- ALONSO ESPINOSA, Francisco J. (2010): «Los obligacionistas como acreedores concursales», en *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, N° 13/2010, La Ley, págs. 53-86.
- ALONSO LEDESMA, Carmen (2015): «El contenido del convenio», en *Anuario de derecho concursal*, N° 34, enero-abril 2015, Thomson-Reuters, págs. 33-41.
- (2010): «La transmisión de la empresa o de unidades productivas del empresario insolvente como contenido concursal», en *Transmisiones de empresas y modificaciones estructurales de sociedades*, Bosch, Barcelona, págs. 569-599.
- ALVAREZ ARJONA, José María *et al.* (2004): «La adquisición de empresas como objeto de negociación», en *Fusiones y adquisiciones de empresas*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), págs. 45-86.
- ARANGUREN URRIZA, Francisco José (2013): «Modificaciones estructurales y concurso de acreedores», en *Las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Tirant Lo Blanch, Valencia, págs. 423-507.
- (2012): «Modificaciones estructurales y concurso de acreedores, tras la reforma de la ley concursal por ley 38/2011, de 10 de octubre», en *Modificaciones estructurales y reestructuración empresarial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, págs. 233-325.
- ARMOUR, John (2005): «La reforma de los procedimientos de recuperación de empresas en crisis en el Reino Unido», en *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, N° 3/2005, La Ley, págs. 403-410.
- AZOFRA VEGAS, Fernando (2012): «La agilización de la reestructuración del activo: “pre-pack” y procedimiento abreviado en la reforma de la ley concursal», en *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, N° 11/2012, La Ley, págs. 131-143.

- BEIGVEDER MONTERO, Alejandro (2009): «Fusión apalancada, rescisión concursal y proyecto de ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles», en *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, N° 10/2009, La Ley, págs. 361-367.
- BELTRAN SÁNCHEZ, Emilio M. (2010): «Modificaciones estructurales y concurso de acreedores», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo 50, págs. 157-183.
- (2006): «Integración de la masa pasiva», en *Comentario de la Ley Concursal*, Thomson-Civitas, V. 2, Madrid, págs. 989-996.
- BENEYTO PÉREZ, José María *et al.* (2010): *Transmisión de empresas y modificaciones estructurales de sociedades*, Bosch, Barcelona.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.) (2004): *Comentario a la Ley Concursal*, Volumen II, Tecnos, Madrid.
- (1997): «La fusión de sociedades», en *La reforma del derecho español de sociedades de capital*, Civitas, Madrid, págs. 631-661.
- BUCCINO, Gerald P. (1999): «Reflecting on business bankruptcies from pre-code era into the new millennium», en *American Bankruptcy Institute Law Journal*, 18-10 ABIJ 36, December 1999/January 2000, disponible en hipervínculo [1].
- BUIL ALDANA, Ignacio (2012): «Section 363 sales: una aproximación al régimen norteamericano de venta de activos y unidades productivas en sede concursal», en *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, N° 17/2012, La Ley, págs. 337-351.
- BULNES, Antonio *et al.* (2009): «Algunas cuestiones sobre la problemática suscitada en la adquisición de acciones o participaciones o activos de sociedades concursadas», en *Revista de derecho de sociedades*, Thomson-Reuters, N° 33, año 2009, págs. 203-218.
- CABANAS TREJO, Ricardo (2013): «Transmisión de bienes hipotecados en el concurso de acreedores», en *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, N° 19/2013, La Ley, págs. 81-98.

- CABANAS TREJO, Ricardo y BONARDELL LENZANO, Rafael (2013): «Modificaciones estructurales en el concurso de acreedores», en *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, N° 18/2013, La Ley, págs. 93-106.
- CAIAFA, Antonio (2015): «“Fresh money” y posición de los trabajadores en el derecho italiano», en *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, N° 22/2015, La Ley, págs. 329-342.
- CAMACHO DE LOS RÍOS, Javier (2004): *La cesión global de activo y pasivo como mecanismo de liquidación y como supuesto de modificación estructural*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios, Madrid.
- CANDELARIO MACIAS, Isabel (1999): *El convenio de continuación como medio de protección del crédito en los procedimientos concursales*, Editorial Comares, Granada.
- CEBRIÁ, Luis Hernando (2005): *La empresa como objeto de negocios jurídicos*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- CERDÁ ALBERO, Fernando (2014): «[36] STS (1ª) 491/2013, de 23 de julio RJ 2013, 5203 Roj: STS 4079/2013 Ponente: Ignacio Sancho Gargallo», en *Jurisprudencia civil y mercantil del Tribunal Supremo*, Thomson Reuters, Civitas, Cizur Menor (Navarra), págs. 485-506.
- (2013a): «Derechos de propiedad industrial y concurso de acreedores», en *Problemas actuales de derecho de la propiedad industrial, III jornadas de Barcelona de derecho de la propiedad industrial*, Thomson-Reuters, Civitas, Cizur Menor (Navarra), págs. 71-121.
- (2013b): «El contrato de leasing en el concurso de acreedores», en *Estudios de derecho mercantil*”, Marcial Pons, Madrid, págs. 1191-1218.
- (2010): «Modificaciones estructurales societarias y concurso de acreedores: acciones de impugnación y convenio concursal», en *El derecho mercantil en el umbral del siglo XXI. Libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Nóvoa con motivo de su octogésimo cumpleaños*, Marcial Pons, Madrid, págs. 713-729.

- (1998): «Fusión y escisión de sociedades en liquidación y de sociedades en situaciones concursales», en *Revista general de derecho*, año LIV, núm. 646-647, julio-agosto 1998, págs. 9331-9354.
- CERDÁ ALBERO, Fernando y SANCHO GARGALLO, Ignacio (2001): «Quiebras y suspensiones de pagos: claves para la reforma concursal», en *Servicios de estudios La Caixa, Colección estudios económicos* N° 25, noviembre de 2001, Barcelona.
- CONDE TEJÓN, Antonio (2014): «La rescindibilidad concursal de operaciones de modificación estructural ejecutadas e inscritas», en *Anuario de derecho concursal*, N° 33, septiembre-diciembre 2014, Thomson-Reuters, Civitas, págs. 453-500.
- (2010/12): «Las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles como subtipo de operaciones de reestructuración empresarial caracterizadas por la sucesión universal (solución al régimen aplicable a la aportación de rama de actividad y a la cesión parcial de activo y pasivo)», en *Revista de derecho de sociedades*, Thomson Reuters, N° 35, año 2010-2012, págs. 65-90.
- CONTADOR ROSALES, Nelson *et al.* (2015): *Procedimientos concursales*, Legal Publishing Chile, Santiago de Chile.
- CORDÓN, Faustino (2015): «La enajenación de unidad productiva de la que formen parte bienes o derechos afectos a créditos con privilegio especial», en *Anuario de derecho concursal*, N° 34, enero-abril 2014, Thomson-Reuters, Civitas, págs. 91-100.
- CORTÉS, Luis Javier *et al.* (2002): «El derecho de oposición de los acreedores a la fusión de sociedades (artículo 243 LSA)», en *Derecho de sociedades. Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, Mc Graw-Hill, Madrid, tomo V, págs. 4981-5026.
- CROSS, Frank B. *et al.* (2004): *West's legal environment of business*, Thomson South-Western, Ohio.
- DASSO, Ariel A. (2010): *Derecho concursal comparado*, tomo I y II, Legis, Buenos Aires.

- DE LA CUESTA RUTE, José María (2004): *El convenio concursal. Comentarios a los artículos 98 a 141 de la Ley Concursal*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).
- DE MELLO FRANCO, Vera Helena *et al.* (2008): *Falência e recuperação da empresa em crise. Comparação com as posições do direito europeu*, Campus Jurídico, Río de Janeiro.
- DÍAZ MORENO, Alberto (2015), «Las mayorías necesarias para la aceptación del convenio tras el Real Decreto-ley 11/2014», en *Anuario de derecho concursal*, N° 34, Thomson-Reuters, Civitas, págs. 43-62.
- (2006a): «Oposición a la aprobación del convenio», en *Comentario de la Ley Concursal*, Thomson-Civitas, V. 2, Madrid, págs. 2139-2168.
- (2006b): «La articulación de las fases de convenio y liquidación en el concurso de acreedores», *Anuario de derecho concursal*, N° 8, Thomson-Reuters, Civitas, págs. 7-47.
- DÍEZ-PICAZO, Luis (2003): *Sistema de derecho civil*, volumen I, Editorial Tecnos, Madrid.
- (1993): *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, volumen I, cuarta edición, Civitas, Madrid.
- ESPINÓS BORRÁS DE QUADRAS, Álvaro (2007): *Impugnación de acuerdos sociales*, Bosch, Barcelona.
- ESTEBAN RAMOS, Luisa María (2007): *Los acreedores sociales ante los procesos de fusión y escisión de sociedades anónimas: instrumentos de protección*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).
- FARÍAS BATLLE, Mercedes (2004): «La calificación del concurso: presupuestos objetivos, sanciones y presupuestos legales», en *Revista de derecho mercantil*, N° 251, 2004, págs. 67-138.
- FERNÁNDEZ SEIJO, José María (2012): «La liquidación en el concurso», en *Tratado Judicial de la Insolvencia*, Thomson Aranzadi, Pamplona, tomo II, págs. 497-594.
- (2010): «Los posibles escenarios concursales de la Ley de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles», disponible en hipervínculo [2].

- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Antonio (2012): «Reflexiones sobre las soluciones preconcursales», en *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, N° 16/2012, La Ley, págs. 115-125.
- FRAILE BARTOLOMÉ, Gregorio (*et al.*) (2001): *Fusiones y escisiones en las sociedades anónimas*, Cisspraxis, Valencia.
- FLORES DOÑA, María de la Sierra (2006): «Convenio concursal y reorganización de la sociedad anónima (temario para un debate)», en *Gobierno corporativo y crisis empresariales*, Marcial Pons, Barcelona, págs. 337-364.
- FREEMAN, R. EDWARD (2010): *Strategic Management: A Stakeholder Approach*, Cambridge University Press, Cambridge.
- GALÁN CORONA, Eduardo (2005): «El Convenio», en *Las claves de la Ley Concursal*, Aranzadi, Pamplona, págs. 477-507.
- GALGANO, Francesco (2000): *Atlas de Derecho privado comparado*, Fundación Cultural del Notariado, Madrid.
- GARCÍA-CRUCES, José Antonio (2011): «Las operaciones de liquidación (III): la enajenación global de la empresa», en *La liquidación concursal*, Estudios de Derecho concursal, Thomson-Civitas, Editorial Aranzadi, Pamplona, págs. 207-245.
- GARCÍA-CHAMÓN CERVERA, Enrique (2015): «Las especialidades de la transmisión de unidades productivas en la fase común o en la fase de liquidación», en *Anuario de derecho concursal*, N° 34, enero-abril, Thomson-Reuters, Civitas, págs. 81-89.
- GARCÍA MARRERO, Javier (2011): «Apertura y publicidad de la liquidación concursal», en *La liquidación concursal*, Estudios de Derecho concursal, Thomson-Civitas, Editorial Aranzadi, Pamplona, págs. 27-71.
- GARCÍA VICENTE, José-Ramón (2011): «Pago de los créditos con privilegio, especial y general», en *La liquidación concursal*, Estudios de Derecho concursal, Thomson-Civitas, Editorial Aranzadi, Pamplona, págs. 331-364.
- GARNACHO CABANILLAS, Lourdes (2013): «Transmisión total o parcial de empresa como contenido del convenio concursal», en *Conservación de empresas en*

crisis. Estudios jurídicos y económicos. Monografías, N° 17/2013, *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, págs. 243-271.

(2009): «La pretendida finalidad conservativa del convenio en el derecho concursal italiano reformado y en el derecho español vigente», en *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, N° 10/2009, La Ley, págs. 409-424.

GARRIGUEZ, Joaquín (1955): *Curso de derecho mercantil*, Aguirre, Madrid.

GILSON, STUART (2001): *Creating value through corporate restructuring: cases studies in bankruptcies, buyouts, and breakups*, Ed. John Wiley & Sons, Nueva York, en *Revista de derecho concursal*.

(1998): “Course Overview: creating value through corporate restructuring. Harvard Business School”, Julio, 1998, disponible en [hipervínculo \[3\]](#).

GIRBAU PEDRAGOSA, Ramón (2009): «Cuestiones sobre la fusión societaria en la Ley de modificaciones estructurales», en *Revista de derecho de sociedades*, Thomson Reuters, N° 33, año 2009, págs. 159-171.

GÓMEZ PORRÚA, Juan Manuel (1991): *La fusión de sociedades anónimas en el derecho español y comunitario*, La Ley, Madrid.

GÓMEZ SEGADE, José A. (2002): «Algunas notas preliminares (y elementales) sobre la fusión», en *Derecho de sociedades. Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, McGraw-Hill, Madrid, tomo II, págs. 5027-5039.

GOODE, Roy (2011), *Principles of corporate insolvency law*, Thomson Reuters, London.

GRANATA, Enrico (2006): «La posición de los acreedores en la reforma de la Legge Fallimentare italiana», en *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, N° 4/2006, La Ley, págs. 381-397 (traducción de Andrés Gutiérrez Gilsanz).

GUTIÉRREZ GILSANZ, Andrés (2015): «La conservación del convenio concursal», en *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, N° 22/2015, La Ley, págs. 163-181.

(2014): «Modificación y refinanciación del convenio concursal», en *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, N° 20/2014, La Ley, págs. 309-321.

(2013): «La enajenación unitaria de empresa en la liquidación concursal», en *Conservación de empresa en crisis. Estudios jurídicos y económicos*, Monografías Revista de derecho Concursal y paraconcursal N° 17, La Ley, págs. 273-307.

(2011a): «Cesión global de activo y pasivo y concurso de acreedores», en *Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil*, 2011/35 (marzo) 2011, Universidad Complutense, págs. 1-50, disponible en hipervínculo [4].

(2011b): «La reforma del convenio concursal», en *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, N° 15, La Ley, págs. 79-90.

(2007): «La nulidad del convenio concursal», en *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, N° 6/2007, La Ley, págs. 83-118.

HERNÁNDEZ MARTÍN, Tomasa (2011): «Las operaciones de liquidación (II): el régimen legal supletorio», en *La liquidación concursal*, Estudios de Derecho concursal, Thomson-Civitas, Editorial Aranzadi, Pamplona, págs. 207-245.

HERRERA CUEVAS, Edorta E. (2008): «La reorganización traslativa en concurso y sucesión de empresa», en *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, N° 9/2008, La Ley, págs. 147-165.

HIERRO ANIBARRO, Santiago (2006): «Los problemas de constitucionalidad de la jurisdicción concursal de los Estados Unidos», en *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, N° 4/2006, La Ley, págs. 415-434.

HÖLDERL FRAU, Horst Antonio (2005): *El Convenio en la Quiebra y en la Ley Concursal*, Tirant lo Blanch, Valencia.

INE (2015): «Estadística del procedimiento concursal (EPC). Tercer trimestre de 2015. Datos provisionales», Instituto Nacional de Estadísticas de España, en hipervínculo [5].

JACQUET YESTE, Teodora (2013): «La propuesta anticipada de convenio en las reformas de la ley concursal», en *Conservación de empresas en crisis*, en Monografías

- Revista de derecho concursal y paraconcursal N° 17/2013, La Ley, págs. 213-241.
- (2012): «La propuesta anticipada de convenio», en *Monografías, Revista de derecho concursal y paraconcursal*, N° 16/2012, La Ley, págs. 33-353.
- LARA, Rafael (2014): «Modificación del convenio vs. liquidación», en *Anuario de derecho concursal* N° 31, La Ley, enero-abril 2014, págs. 439-451.
- LARGO GIL, Rita (2008): «El convenio concursal mediante la modificación estructural de la sociedad concursada (algunas consideraciones a los cuatro años de la entrada en vigor de la Ley Concursal)», en *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, N° 9/2008, La Ley, págs. 87-116.
- LAZO GONZÁLEZ, Patricio (2011): «El contexto dogmático de la par conditio creditorum en el Derecho romano», en *Estudios de derecho comercial. Primeras jornadas chilenas de derecho comercial*, 2010, Abelardo Perrot, Talca, págs. 453-471.
- LEÓN SANZ, Francisco José (2013): «La reestructuración empresarial como solución de la insolvencia», en *Anuario de derecho concursal*, N° 30, septiembre-diciembre 2013, págs. 73-96.
- (2008): «Comentario al proyecto de Ley sobre Modificaciones Estructurales de las sociedades mercantiles: I. Transformación», en *Revista de derecho de sociedades*, N° 31, págs. 19-31.
- LETE DEL RIO, José Manuel (2003): «Reflexiones sobre la analogía», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Thomson-Civitas, Navarra, tomo I, págs. 641-660.
- LÓPEZ CURBELO, Jorge (2005): «El convenio en la ley concursal especial referencia a su contenido», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Marcial Pons, Madrid, págs. 4601-4630.
- LÓPEZ FERNÁNDEZ, Diego (2010): *La empresa como unidad económica*, Legal Publishing, Santiago de Chile.
- LÓPEZ SANCHEZ, Javier (2011): «La liquidación anticipada», en *La Liquidación Concursal, Estudios de Derecho concursal*, Thomson-Civitas, Editorial Aranzadi, Pamplona, págs. 97-157.

- LOPUCKI, LYNN A. *et al.* (2007): «Bankruptcy fire sales», en *Law & Economics Research Paper Series*, de la UCLA School of Law, Research Paper N° 07-07, de 23 de Agosto, disponible en hipervínculo [6].
- LOZANO ROMERAL, Diego *et al.* (2011): «La oposición de acreedores en las fusiones de sociedades mercantiles», en *2010 Anuario mercantil para abogados. Los casos más relevantes en 2009 de los grandes despachos*, N° 1, mayo, La Ley, págs. 587-610.
- MARTÍNEZ ROSADO, Javier (2010): «Fusiones y otros medios de reestructuración como medio de evitar el concurso de una entidad de crédito», en *Documentos de trabajo del Departamento de derecho mercantil de la Universidad Complutense*, 2010/31, diciembre 2010, disponible en hipervínculo [7].
- MERCADER, Jesús (2014): «Asimetrías, dudas e inconsistencias en los aspectos laborales del concurso», en *Anuario de derecho concursal*, N° 31, enero-abril 2014, Thomson Reuters – Civitas, págs. 91-121.
- MONTOYA MELGAR, Alfredo (2013): *Derecho laboral concursal*, Thomson-Reuters, Civitas, Cizur Menor.
- MORENO SERRANO, Enrique (2011): «Liquidación concursal y liquidación societaria: la necesidad solución de un antiguo problema (1)», en *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, N° 15/2011, La Ley, págs. 337-347.
- MORILLAS JARILLO, María José (2004): *El concurso de las sociedades*, Iustel, Madrid.
- (2003): «La reforma del Derecho concursal español: el proyecto de Ley Concursal de 5 de julio de 2002», en *Derecho de los negocios*, febrero, año 14, N° 149, Wolters Kluwer, págs. 1-40.
- MUÑOZ DE BENAVIDES, Carmen (2011): «La finalidad del concurso de acreedores. Reformas introducidas por la Ley 38/2011», en *Actualidad Civil*, N° 21-22, Sección A Fondo, Diciembre 2011, La Ley, tomo 2, págs. 21-50.
- MUÑOZ PAREDES, ALFONSO (2013): «Convenio de Asunción», en *La aplicación práctica dela nueva Ley Concursal tras un año de vida*, Dykinson, Madrid.
- NAVARRO MARTÍNEZ-AVIAL, Gonzalo (2010): «Adquisición de negocio mediante segregación en los términos de la vigente Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre

- modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles versus aportaciones no dinerarias de rama de actividad. Importancia de la calificación de unidad económica de lo aportado e implicaciones de la existencia de sucesión universal», en *2010 Anuario mercantil para abogados. Los casos más relevantes en 2009 de los grandes despachos*, N° 1, La Ley, mayo, págs. 35-65.
- OLIVENCIA RUIZ, Manuel (2006): *La terminología jurídica de la reforma concursal*, Iustel, Madrid.
- ORELLANA CANO, Ana María (2011): «La incidencia en el concurso de la reforma laboral operada por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre», en *Anuario de derecho concursal*, Thomson-Aranzadi, N° 22, de 2011-1, págs. 241-288.
- ORELLANA CANO, Nuria Auxiliadora (2012): «Aspectos laborales: contratos de trabajo y expedientes de regulación de empleo», en *Tratado Judicial de la Insolvencia*, Aranzadi, Pamplona, tomo I, págs. 987-1090.
- PALOMAR OLMEDA, Alberto (coord.) (2003): *Comentarios a la legislación concursal*, Dykinson, Madrid.
- PAU, Antonio (2015): «El régimen del crédito hipotecario tras el Real Decreto Ley 11/2014, de 5 de septiembre», en *Anuario de derecho concursal*, N° 34, enero-abril 2015, Thomson-Reuters, Civitas, págs. 11-20.
- PAYNE, Jennifer (2015), «Schemes of arrangement y reestructuración de deuda en el Derecho inglés», en *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, N° 22/2015, La Ley, págs. 315-328.
- PEINADO GRACIA, Juan Ignacio (2005): «La distribución del riesgo de insolvencia», en *Estudios sobre la Ley Concursal*, Marcial Pons, Barcelona, págs. 427-466.
- PERDICES, Antonio (2015): «La no responsabilidad del adquirente por las deudas anteriores a la transmisión», en *Anuario de derecho concursal*, N° 34, enero-abril 2015, Thomson-Reuters, Civitas, págs. 101-112.
- POTTOW, John A. E. (2005): «Un primer estudio de los cambios de la Ley concursal estadounidense de 2005», en *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, N° 3/2005, La Ley, págs. 355-363 (traducción por Elena Rodríguez P.).

- PULGAR EZQUERRA, Juana (2009a): «Modificaciones estructurales de sociedades en liquidación y en situación concursal», en *Modificación estructural de las sociedades mercantiles*, Cizur Menor (Navarra), volumen II, págs. 729-711.
- (2009b): «Modificaciones estructurales y concurso de acreedores en el marco de la Ley 3/2009, de 3 de abril», en *Diario La Ley*, N° 7265, sección doctrina, año XXX, págs. 323-355.
- (2007): «Los convenio con asunción de pasivo en el marco de la transmisión concursal de empresa», en *Revista de derecho mercantil*, N° 266, págs. 889-940.
- (2004): «Algunas consideraciones en torno a la entrada en vigor de la nueva legislación concursal (Ley 22/2003 y LORC 8/2003, de 9 de julio)», en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, N° 4, págs. 1832-1844.
- (2003): «Las soluciones al concurso de acreedores: el convenio y la liquidación», en *Derecho concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la reforma concursal*, Editorial Dilex, Madrid, págs. 435-485.
- (1994): *La reforma del derecho concursal español y comparado*, Madrid.
- REGISTRADORES DE ESPAÑA (2014): «Estadística concursal. Anuario 2014», Colegio de Registradores de la Propiedad, Bienes Muebles y Mercantiles de España, en hipervínculo [8].
- RIPOL CARULLA, Ignacio (2014): «Venta de unidad productiva y consecución de la finalidad del concurso», en *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, N° 20/2014, La Ley, págs. 359-374.
- ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Ángel (2007): «La reforma del Derecho concursal italiano y el Derecho concursal español (Un apunte de Derecho comparado desde una perspectiva española)», en *Anuario de derecho concursal*, Thomson-Civitas, N° 10, 2007-1, págs. 315-341.
- (2006): «Contenido de la propuesta de convenio», en *Comentario de la Ley Concursal*, Thomson-Civitas, V. 2, Madrid, págs. 1864-1899.

- (2005): «La adhesión de los acreedores», en *Estudios sobre la Ley Concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, Marcial Pons, Madrid, volumen 4, págs. 4671-4704, y también disponible en hipervínculo [9].
- (2004): «El contenido del convenio», en *Revista del Poder Judicial*, número especial XVIII, Madrid, págs. 357-408.
- (1987): «La escisión de sociedades», en *La reforma del derecho español de sociedades de capital*, Civitas, Madrid, págs. 663-709.
- RODRÍGUEZ PANIAGUA, José María (1976): *Ley y Derecho. Interpretación e integración de la ley*, Tecnos, Madrid.
- ROQUETA BUJ, Remedios (2010): «La insolvencia concursal y el Fondo de Garantía Salarial», en *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, La Ley, Estudios, N° 12/2010, pág. 19-36.
- RUBIO VICENTE, Pedro (2015): «Reestructuración empresarial y enajenaciones de unidades productivas», en *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, N° 22/2015, La Ley, págs. 149-162.
- (2011): «Luces y sombras de la fase de liquidación en el proyecto de ley de reforma de 2011», en *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, N° 15/2011, La Ley, págs. 113-132.
- SAGRERA TIZÓN, José M^a (1974): *Comentarios a la Ley de Suspensión de Pagos*, Bosch, tomo I, II y III, Barcelona.
- SEQUEIRA MARTÍN, Adolfo, (2008): «Comentario al Proyecto de Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles: II. Fusión y fusiones transfronterizas intracomunitarias», en *Revista de derecho de sociedades*, N° 31, Thomson Reuters, págs. 33-54.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan (2011): «Fusiones apalancadas, asistencia financiera y concurso (oportunidad y acierto del art. 35 LME)», en *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, Thomson-Civitas, N° 14/2011, La Ley, págs. 109-133, y también en *Documentos de trabajo del Departamento de derecho mercantil* de la Universidad Complutense, 2011/38, abril 2011, disponible en hipervínculo [10].

- (2010): «La igualdad de trato de los accionistas ¿un principio general?», en *Revista de derecho de sociedades*, N° 35, Thomson Reuters, año 2010-2012, págs. 19-32.
- SÁNCHEZ PAREDES, María Luisa (2014): «En torno a la propuesta de convenio condicionada. (Reflexiones sobre el AJM 2 La Coruña, 11 de octubre de 2013)», en *Anuario de derecho concursal*, N° 31, enero-abril 2014, págs. 489-505.
- SCHMIDT, Karsten (2015): «¿Desbanca el derecho concursal al derecho de sociedades? Disputas societarias, debt-to-quitly-swap y take over», en *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, N° 22/2015, La Ley, págs. 303-313.
- (2007): «La reforma del Derecho concursal italiano y el Derecho concursal alemán. (Un apunte de Derecho comparado desde una perspectiva alemana)», en *Anuario de derecho concursal*, Thomson-Civitas, N° 10, 2007-1, págs. 303-314.
- SCHOTTE, Wilhelm (1976): «Principios generales de la ley de concursos en la República Federal Alemana», *Revista La Ley*, Madrid.
- STANGHELLINI, Lorenzo (2007): *Le crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, Il Mulino, Milán.
- SIERRA NOGUERO, Eliseo (2015): «La enajenación de unidad productiva en la fase común del concurso (a propósito del auto del Juzgado de lo Mercantil N° 8 de Madrid, de 20 de diciembre de 2013)», en *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, N° 21/2014, La Ley, págs. 193-218.
- (2011): «La liquidación (unitaria o fragmentaria) de la empresa en concurso», en *Anuario de derecho concursal*, Thomson-Civitas, N° 24, 2011, págs. 49-95.
- TABB, C.J. (1995): «The history of the bankruptcy laws in the United States», en *American Bankruptcy Institute Law Review*, Vol. 3, 1995, Spring.
- TAGLIAVINI SANSA, Ramón *et al.* (2014): «La posición procesal del adquirente de unidades productivas en concurso de acreedores», disponible en [hipervínculo \[11\]](#).

- TAPIA LÓPEZ, José María (2012): «El convenio», en *Tratado judicial de la insolvencia*, Aranzadi, Pamplona, tomo II, págs. 405-495.
- TAPIA SÁNCHEZ, María Rosa (2011): «Transmisión de créditos y deudas en la compraventa de empresa en el marco de la crisis», en *Documentos de trabajo del Departamento de derecho mercantil* de la Universidad Complutense, 2011/34, enero 2011, disponible en hipervínculo [12].
- TELLES, Janaína (2010): *Breve estudio comparativo del Derecho concursal español y brasileño*, disponible en Biblioteca Digital de la Universidad de Alcalá, disponible en hipervínculo [13].
- THERY MARTÍ, Adrián (2013): «Primera exclusión concursal del derecho individual de oposición de acreedores (convenio de fusión de “Fiesta”)», en *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, N° 19/2013, La Ley, págs. 273-280.
- TIRADO MARTÍ, Ignacio (2009): «Reflexiones sobre el concurso de «interés concursal», en *Anuario de derecho concursal*, Thomson-Civitas, tomo LXII, fasc. III, págs. 1055-1107.
- TORRES DE CRUELLES, Joaquín *et al.* (1995): *La suspensión de pagos*, Bosch, Barcelona.
- TRIAS, Miguel (2001): «La fusión y operaciones de similar alcance», en *Las operaciones societarias de modificación estructural*, Tirant lo Blanch, Valencia, España, págs. 71-91.
- ULHOA COELHO, Fábio (2010): *Comentários à Lei de Falências e de recuperação de empresas*, Editora Saraiva, São Paulo.
- UNCITRAL (2006): *Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia*, en hipervínculo [14].
- UREBA, Alberto Alonso (2009): «La cesión global de activo y pasivo: elementos de caracterización, clases y régimen», en *Revista de derecho de sociedades*, Thomson Reuters, N° 33, año 2009-2, págs. 19-43.
- URÍA, Rodrigo (2001): *Derecho mercantil*, Marcial Pons, Barcelona, vigésimo octava edición.
et al. (1999): *Curso de derecho mercantil*, Civitas, Madrid, tomo II.

- VALLAURI, María Luisa (2015): «Derechos de los trabajadores y mantenimiento de los puestos de trabajo en el derecho concursal italiano», en *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, N° 21/2014, La Ley, págs. 313-329.
- VARA DE PAZ, Nemesio (2005): «Cumplimiento e incumplimiento del Convenio (arts. 137 a 141 de la Ley Concursal)», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Marcial Pons, Madrid, págs. 4753-4780.
- VÁSQUEZ PIZARRO, María Teresa (2012): «El procedimiento abreviado», en *Tratado judicial de la insolvencia*, Aranzadi, Pamplona, tomo II, págs. 895-944.
- VÁSQUEZ IRUZUBIETA, Carlos (2010a): «Caracteres del concurso», en *Revista de derecho*, VLex, N° 82, Julio 2010, disponible en hipervínculo [15].
- (2010b) “La finalidad de todo proceso concursal”, en *Revista de Derecho Vlex*, N° 83, Agosto, disponible en hipervínculo [16].
- VICENT CHULIÁ, Francisco (2012): *Introducción al derecho mercantil*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 23ª edición, Tomos I y II.
- VILARRUBIAS GUILLAMET, Felio (2005): «La eficacia del convenio concursal», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Marcial Pons, Madrid, págs. 4781-4802.
- VILATA MENADAS, Salvador (2012): «Operaciones de reestructuración societaria ante la crisis empresarial. Las modificaciones estructurales», en *Tratado judicial de la insolvencia*, Aranzadi, Pamplona, tomo I, págs. 159-189.
- (2008): «El tratamiento de las sucesión empresarial en el traspaso de unidades empresariales: una visión jurisprudencial», en *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, N° 8/2008, La Ley, págs. 491-508.
- VILLORIA RIVERA, Iñigo (2008): «El mito de la *par conditio creditorum*», en *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, La Ley, Estudios, N° 09/2008, pág. 319-332.
- ZABALETA DÍAZ, Marta (2013): «El derecho concursal de la crisis: tendencias de reforma de las normativas concursales», en *Anuario de derecho concursal*, N° 30, septiembre – diciembre 2013, págs. 193-232.

ZUBIRI DE SALINAS, Mercedes (2011): «Las operaciones de liquidación (I): el plan de liquidación», en *La liquidación concursal*, Estudios de Derecho concursal, Thomson-Civitas, Editorial Aranzadi, Pamplona, págs. 177-206.

Hipervínculos:

- [1] <http://www.abi.org/abi-journal/reflecting-on-business-bankruptcies-from-the-pre-code-era-into-the-new-millennium>
- [2] http://www.elderecho.com/mercantil/Ley-Modificaciones-Estructurales-Sociedades-Mercantiles_11_184555009.html
- [3] http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=110368
- [4] http://eprints.ucm.es/9412/1/GUTIERREZ_GILSANZ.pdf 1-50
- [5] <http://www.ine.es/daco/daco42/epc/epc0315.pdf>
- [6] http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=980585
- [7] http://eprints.ucm.es/11877/1/COMUNICACION_HARVARD_2010_javier_martinez_rosado.pdf
- [8] http://www.registradores.org/wp-content/estadisticas/mercantil/concursal/Anuario_Concursal_2014.pdf
- [9] http://portal.uam.es/portal/page/portal/UAM_ORGANIZATIVO/Departamentos/AreasDerecho/AreaDerechoMercantil/Investigacion/Trabajos%20y%20WP/Trabajos%20y%20Working%20Papers/arfr%20-%20acreedores.pdf
- [10] http://eprints.ucm.es/12628/1/Fusion_apalancada-DT_38-2011.pdf
- [11] <http://www.indret.com/pdf/1088.pdf>
- [12] http://eprints.ucm.es/11769/1/transmision_cr%C3%A9ditos_y_deudas_Eprint_ROSA_TAPIA.pdf
- [13] http://dspace.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/7984/breve_telles_AFDUA_2010.pdf?sequence=1&isAllowed=y

[14] http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/insolven/05-80725_Ebook.pdf

[15] <http://app.vlex.com/#vid/209668797>

[16]:<http://app.vlex.com/#/vid/finalidad-proceso-concursal-209663653>

TABLA DE JURISPRUDENCIA

Del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)

Sentencia

Núm.	Sala	Fecha	Magistrado Ponente	Concurso	Referencia
	Sexta	28.1.2015	F. Biltgen	Gimnasio Deportivo San Andrés, S.L.	ECLI:EU:C:2015:46

Del Tribunal Supremo (TS)

Autos

Núm.	Sala/Secc.	Fecha	Magistrado Ponente	Concurso	Referencia
1573/ 2014	Social/1ª	29.10.2014	Excmo. Sr. D. Manuel Ramón Alarcón Caracuel	Arte y Forja Jaén, S.L.	Roj: STS 5228/2014 - ECLI:ES:TS:2014:52 28A
	Civil/1ª	22.12.2011	Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayon Cobos	Cacaolat, S.A.	Roj: ATTS 13232/2011 - ECLI:ES:TS:2011:13 232A
	Civil/1ª	4.10.2011	Excmo. Sra. Dª Encarnación Roca Trías	Cacaolat, S.A.	Roj: ATTS 10019/2011 - ECLI:ES:TS:2011:10 019A

Sentencias

Núm.	Sala/Secc.	Fecha	Magistrado Ponente	Concurso	Referencia
0124/ 2015	Civil/1ª	17.3.2015	Excmo. Sr. D. Sebastián Sastre Papiol	Ábside-3, S.L.	Roj: STS 1423/2015 - ECLI:ES:TS:2015:14 23
0491/ 2031	Civil/1ª	23.7.2013	Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo	Onte, S.A	Roj: STS 4079/2013 - ECLI:ES:TS:2013:40 79

0629/ 2012	Civil/1ª	26.10.2012	Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo	Vitalcom Mobile Technology, S.A.	Aranzadi: 2012\1041 Vlex Id.: 410176254	RJ
0180/ 2012	Civil/1ª	28.03.2012	Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobo		Aranzadi: 2012\5593	RJ
0750/ 2011	Civil/1ª	25.10.2011	Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel		Aranzadi: 2012\434	RJ

De Tribunal Superior de Justicia (TSJ)

Sentencias

TSJ de Aragón

Núm.	Sala/Secc.	Fecha	Magistrado Ponente	Concurso	Referencia
0541/ 2012	Social/1ª	3.10.2012	Ilmo. Sr. D. José Enrique Mora Mateo	Fontjaraba Aguas y Bebidas, S.L.	JUR 2013\115930

TSJ de Cantabria

Núm.	Sala/Secc.	Fecha	Magistrado Ponente	Concurso	Referencia
0258/ 2014	Social/1ª	4.4.2014	Ilma. Sra. Dª Elena Pérez Pérez	Candemat, S.A.	Roj: STSJ CANT 354/2014 - ECLI:ES:TSJCANT:2014:354

TSJ de Catalunya

Núm.	Sala/Secc.	Fecha	Magistrado Ponente	Concurso	Referencia
6847/ 2014	Social/1ª	16.10.2014	Ilmo. Sr. D. Carlos Hugo Preciado Domenech	Cubigel Compressors, S.A.U.	Roj: STSJ CAT 9541/2014 - ECLI:ES:TSJCAT:2014:9541
0262/ 2014	Social/1ª	16.1.2014	Ilmo. Sr. D. Miguel Ángel Sánchez Burriel	Productos Mercedes, S.L.	JUR 2014\49183
2993/ 2012	Social/1ª	20.4.2012	Ilma. Sr. Dª María Macarena	Olympia Empleo ETT, S.L.U.	JUR 2012\215006

			Martínez Miranda			
2196/ 2010	Social/1ª	19.3.2010	Ilmo. Sr. D. Amador García Ros	Twistechology S.L.	JUR 2010\175913	

TSJ de la Comunidad Valenciana

Núm.	Sala/Secc.	Fecha	Magistrado Ponente	Concurso	Referencia
0023/ 2014	Social/1ª	14.1.2014	Ilma. Sra. Dª Mercedes Boronat Tormo	Automóviles Albelda S.A.	JUR 2014\55618

TSJ de Euskadi

Núm.	Sala/Secc.	Fecha	Magistrado Ponente	Concurso	Referencia
	Social/1ª	22.11.2011	Ilma. Sra. Dª Garbiñe Biurrun Mancisidor	Ceplastik, S.L.	AS 2012\1799

De Audiencias Provinciales (AP)**Autos****AP de Álava**

Núm.	Sección	Fecha	Magistrado Ponente	Concurso	Referencia
0026/ 2015	1ª	26.3.2015	Ilmo. Sr. D. Edmundo Rodríguez Achutegui	Celaya, Emparanza y Galdós Internacional S.A.	
0136/ 2010	1ª	1.12.2010	Ilma. Sra. Dª Mercedes Guerrero Romero		Aranzadi: AC2011\913

AP de Alicante

Núm.	Sección	Fecha	Magistrado Ponente	Concurso	Referencia
0013/ 2015	8	26.2.2015	Ilmo. Sr. D. Enrique García- Chamón Cervera	Orihuela Club de Fútbol	Roj: AAP A 19/2015 - ECLI:ES:APA:2015: 19A

0012/ 2015	8ª	24.2.2015	Ilmo. Sr. D. Francisco José Soriano Guzmán	Alicante Club de Fútbol		Roj: AAP A 35/2015 - ECLI:ES:APA:2015:35A
0182/ 2009	8ª	18.12.2009	Ilmo. Sr. D. Luis Antonio Soler Pascual	Alimar Eurpa, S.L. y Vallelitoral, S.L.		Roj: AAP A 247/2009 - ECLI:ES:APA:2009:247A
0062/ 2009	8ª	11.2.2009	Ilmo. Sr. D. Enrique García-Chamón Cervera			JUR 2009\190842
0032/ 2009	8ª	22.1.2009	Ilmo. Sr. D. Luis Antonio Soler Pascual			JUR 2009\193155

AP de Barcelona

Núm.	Sección	Fecha	Magistrado Ponente	Concurso		Referencia
0153/ 2015	15ª	9.6.2015	Ilmo. Sr. D. José María Ribelles Arellano	Concurso Serv., S.L.	Rost	Roj: SAP B 4954/2015 - ECLI:ES:APB:2015:4954A
0022/ 2012	15ª	6.2.2012	Ilmo. Sr. D. Luis Garrido Espa	Beton Bombas S.A.	Pump Mistral,	Roj: AAP B 1787/2012 - ECLI:ES:APB:2012:1787A
0125/ 2011	15ª	19.7.2011	Ilmo. Sr. D. Luis Garrido Espa	Sorodesan, S.L.		Roj: AAP B 5457/2011 - ECLI:ES:APB:2011:5457A
0208/ 2009	15ª	16.12.2009	Ilmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo	Bonar S.A.U	Plastics,	Aranzadi: JUR 2010\180618
0391/ 2007	15ª	29.11.2007	Ilmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo	Llamas, S.L.U		Aranzadi: JUR 2008\127523
0196/ 2006	15ª	1.6.2006	Ilmo. Sr. D. Luis Garrido Espá	Industria Aparechiatura Refrigerante Iberica S.A.		Aranzadi: JUR 2009\176530

AP de Bizkaia

Núm.	Sección	Fecha	Magistrado Ponente	Concurso		Referencia
------	---------	-------	--------------------	----------	--	------------

0749/ 2008	4ª	20.11.2008	Ilmo. Sr. D. Fernando Valdés-Solís Cecchini	Matrinor, S.L.	Concurso ordinario 18/06
---------------	----	------------	---	----------------	-----------------------------

AP de Cáceres

Núm.	Sección	Fecha	Magistrado Ponente	Concurso	Referencia
0051/ 2007	1ª	14.3.2007	Ilmo. Sr. D. Antonio María González Floriano	Waechtersbach Española, S.A.	Aranzadi: JUR 2007\264697

AP de Madrid

Núm.	Sección	Fecha	Magistrado Ponente	Concurso	Referencia
0019/ 2013	28ª	1.2.2013	Ilmo. Sr. D. Enrique García García	Ferris Hill, S.L.	Roj: AAP M 1835/2013 - ECLI:ES:APM:2013:1835A
0106/ 2010	28ª	16.7.2010	Ilmo. Sr. D. Ángel Galgo Peco	Fórum Filatélico, S.A.	Aranzadi: AC 2010\1283
0040/ 2010	28ª	12.3.2010	Ilmo. Sr. D. Alberto Arribas Hernández	Fórum Filatélico, S.A.	Aranzadi: AC2010\1202

AP de Mallorca

Núm.	Sección	Fecha	Magistrado Ponente	Concurso	Referencia
0008/ 2015	5ª	11.5.2015	María Arantzazu Ortiz González	Concurso Inversiones Son Amonda, S.L.	Roj: AAP IB 10/2015 - ECLI:ES:APIB:2015:10A

AP de Pontevedra

Núm.	Sección	Fecha	Magistrado Ponente	Concurso	Referencia
0137/ 2010	1ª	29.6.2010	Ilmo. Sr. D. Jacinto José Pérez Benítez	Montes, Cuevas y Compañía SA	Roj: AAP PO 715/2010 - ECLI:ES:APPO:2010:715A

Sentencias

AP de A Coruña

Núm.	Sección	Fecha	Magistrado Ponente	Concurso	Referencia
	4ª	30.12.2014	Ilmo. Sr. D. Antonio Miguel Fernández-Montells Fernández		Aranzadi: JUR 2015\47406

AP de Alicante

Núm.	Sección	Fecha	Magistrado Ponente	Concurso	Referencia
0062/2009	8ª	11.2.2009	Ilmo. Sr. D. Enrique García-Chamón Cervera		Aranzadi: JUR 2009\190842
0032/2009	8ª	22.1.2009	Ilmo Sr. D. Luis Antonio Soler Pascual		Aranzadi: JUR 2009\193155

AP de Barcelona

Núm.	Sección	Fecha	Magistrado Ponente	Concurso	Referencia
0165/2015	15ª	19.6.2015	Ilmo. Sr. D. Luis Garrido Espá	Concurso Serv., S.L.	Rost Roj: SAP B 5490/2015 - ECLI:ES: APB:2015:5490
0145/2015	15ª	2.6.2015	Ilma. Sra. Dª María Blanca Torrubia Chalmeta		Vlex Id.: 578472414
0064/2015	15ª	18.3.2015	Ilmo. Sr.D. José María Ribelles Arellano	Aismalibar S.A.	Roj: SAP B 605/2015 - ECLI:ES:APB:2015:605
0089/2015	1ª	4.3.2015	Ilmo. Sr. D. Manuel Horacio García Rodríguez		Vlex Id.: 568453694
0235/2014	15ª	2.7.2014	Ilmo. Sr. D. Luis Garrido Espá		Aranzadi: AC2014\1469
0225/2014	15ª	26.6.2014	Ilmo. Sr. D. Luis Garrido Espa		Aranzadi: JUR 2014\228832 Vlex: 537223554

15ª	5.10.2006	Ilmo. Sr. D. Blas Alberto González Navarro	Aranzadi: JUR 2007\145340 Vlex Id.: 202604547
-----	-----------	--	--

AP de Jaén

Núm.	Sección	Fecha	Magistrado Ponente	Concurso	Referencia
0150/2012	1ª	23.5.2012	Ilmo. Sra. Dª María Jesús Jurado Cabrera	Chatarras y Reciclajes Plaza	Roj: SAP J 1223/2012 - ECLI:ES:APJ:2012:1223

AP de Las Palmas

Núm.	Sección	Fecha	Magistrado Ponente	Concurso	Referencia
0389/2013,	4ª	29.10.2013	Ilma. Sra. Dª María Elena Corral Losada		Aranzadi: JUR 2013\377976 Vlex Id.: 484583310

AP de Lugo

Núm.	Sección	Fecha	Magistrado Ponente	Concurso	Referencia
0079/2015	1ª	25.2.2015	Ilmo. Sr. D. José Antonio Varela Agrelo	Gentina, S.A.	Roj: SAP LU 137/2015 - ECLI:ES:APLU:2015:137
0302/2012	1ª	2.5.2012	Ilmo. Sr. D. José María Moreno Montero		Vlex Id.: 377252266
0717/2009	1ª	13.10.2009	Ilma. Sra. Dª Milagrosa María Ferrera López	Galimobil, S.L.	Aranzadi: JUR 2009\468760

AP de Murcia

Núm.	Sección	Fecha	Magistrado Ponente	Concurso	Referencia
0139/2012	4ª	1.1.2012	Ilmo. Sr. D. Francisco José Carrillo Vinader		Aranzadi: AC 2012\722

AP de Pontevedra

Núm.	Sección	Fecha	Magistrado Ponente	Concurso	Referencia
0030/ 2010	1ª	20.2.2010	Ilmo. Sr. D. Jacinto José Pérez Benítez	Forvedra, S.A.L.	Aranzadi: JUR 2010\101768

AP de Valencia

Núm.	Sección	Fecha	Magistrado Ponente	Concurso	Referencia
0174/ 2010	9ª	11.6.2010			Rollo 180/2010

AP de Zaragoza

Núm.	Sección	Fecha	Magistrado Ponente	Concurso	Referencia
0217/ 2013	5ª	19.4.2013	Ilmo. Sr. D. Alfonso María Martínez Areso		Aranzadi: JUR 2013\182563

De Juzgados de lo mercantil (JM)

De la Provincia de Asturias

Autos

Núm.	Tribunal	Fecha	Magistrado Ponente	Concurso	Referencia
0002/ 2008	JM N° 1 de Oviedo	23.1.2008	Ilmo. Sr. D. Alfonso Muñoz Paredes		Aranzadi: AC 2008\124

De la Provincia de Álava

Autos

Núm.	Tribunal	Fecha	Magistrado Ponente	Concurso	Referencia
0265/ 2014	JM N° 1 de Vitoria-Gasteiz	28.11.2014	Ilmo. Sra. Dª María Teresa Trinidad Santos	Celaya, Emparanza y Galdós Internacional S.A.	Concurso ordinario núm. 183/2014

De la Provincia de Barcelona**Autos**

Núm.	Tribunal	Fecha	Magistrado Ponente	Concurso	Referencia
	JM N° 1 de Barcelona	22.9.2014	Ilma. Sra. D ^a Yolanda Ríos López	Establiments Miró, S.L.	Concurso voluntario 378/2011-C
	JM N° 2 de Barcelona	2.7.2007	Ilmo. Sr. D. José María Ribelles Arellano	Llamas, S.L.U.	La Ley 344993/2007 Concurso 122/2005
	JM N° 2 de Barcelona	19.6.2014	Ilmo. Sr. D. Alberto Mata Sáiz	Pervafil, S.L.	Concurso núm. 911/2009
	JM N° 2 de Barcelona	26.4.2007	Ilmo. Sr. D. José María Ribelles Arellano	Llamas, S.L.U.	Roj: AJM B 60/2007 - ECLI:ES:JMB:2007:60A
	JM N° 3 de Barcelona	5.12.2013	Ilmo. Sr. D. José María Fernández Seijo	Habitat, S.A	S/ref.
	JM N° 4 de Barcelona	19.12.2014	Ilmo. Sr. D. Luis Rodríguez Vega	Neoelectra Dos Hermanas, S.L.U.	Concursos voluntarios núm. 650/14
	JM N° 5 de Barcelona	13.4.2015	Ilmo. Sr. D. Florencio Molina López	Grup Dinamic	Roj: AJM B 55/2015 - ECLI:ES:JMB:2015:55 ^a
	JM N° 6 de Barcelona	23.7.2015	Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Fernández Álvarez	Alco Grupo Empresarial, S.L.	Concurso voluntario núm. 1047/2014-B
	JM N° 6 de Barcelona	22.5.2015	Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Vaquer Martín	Neumáticos El Val, S.L., y Serdisval, S.L.	Roj: AJM M 67/2015 - ECLI:ES:JMM:2015:67 ^a
	JM N° 6 de Barcelona	31.3.2014	Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Fernández Álvarez	Bodegas Mur Barcelona, S.L.	Concurso núm. 283/2010
	JM N° 6 de Barcelona	7.11.2011	Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Fernández Álvarez	Cacaolat, S.A.	Aranzadi: JUR 2012\391036
	JM N° 8 de Barcelona	21.4.2015	Ilma. Sra. D ^a Marta Cervera Martínez	Sedelpack Manipulats, S.L.	Roj: AJM B 88/2015 -

					ECLI:ES:JMB:2015:88 ^a
JM N° 9 de Barcelona	24.7.2015	Ilma. Sra. D ^a Bárbara María Córdoba Ardao	Delmo Empresarial, S.L.		Roj: AJM B 113/2015 - ECLI:ES:JMB:2015:113 ^a
JM N° 9 de Barcelona	9.4.2015	Ilma. Sra. D ^a Bárbara María Córdoba Ardao	Concurso Klyn, S.L.	Poly	Roj: AJM B 47/2015 - ECLI:ES:JMB:2015:47 ^a
JM N° 9 de Barcelona	20.3.2015	Ilma. Sra. D ^a Bárbara María Córdoba Ardao	Concurso Connecta Center, S.L. y Connecta Telemarketing, S.L.	Call y	Roj: AJM B 85/2015 - ECLI:ES:JMB:2015:85 ^a
JM N° 10 de Barcelona	22.10.2014	Ilmo. Sr. D. Juan Manuel de Castro Aragonés	Rivolta Auto Moto y Ciclo, S.A.U.	Ibérica,	Concurso voluntario núm. 54/2014-C
JM N° 10 de Barcelona	10.3.2014.	Ilmo. Sr. D. Juan Manuel de Castro Aragonés	Tecus S.L.	Plasticos,	Concurso voluntario núm. 956/2013 A.
JM N° 10 de Barcelona	6.3.2014	Ilmo. Sr. D. Juan Manuel de Castro Aragonés	Grupo MC2, S.L.	Inversor	Concurso voluntario núm. 405/2012-RC

Sentencias

Núm.	Tribunal	Fecha	Magistrado Ponente	Concurso	Referencia
0020/2010	JM N° 1 de Barcelona	13.1.2010		Envases del Vallés S.A.	Concurso 458.08
0032/2010	JM N° 1 de Barcelona	22.1.2010		EDV Packaging Solutions S.L.	
	JM N° 3 de Barcelona	25.6.2009		Grupo Expofincas Inversiones y Servicios S.L.	
	JM N° 3 de Barcelona	25.6.2009		Expofinques S.L.	
0221/2014	JM N° 8 de Barcelona	6.11.2014	Ilmo. Sra. D ^a Marta Cervera Martínez		Aranzadi: JUR 2015\19911 Vlex Id: 554512646

0029/ 2015	JM N° 9 de Barcelona	13.2.2015	Ilma. Sra. D ^a Bárbara María Córdoba Ardao	Estatecnic. S.A.	Roj: SJM B 28/2015 - ECLI:ES:JMB:2015: 28
---------------	----------------------------	-----------	---	------------------	--

De la Provincia de Bizkaia

Autos

Núm.	Tribunal	Fecha	Magistrado Ponente	Concurso	Referencia
	JM N° 2 de Bilbao	5.2.2007	Ilmo. Sr. D. Edorta Josu Etxarandio Herrera	Matrinor, S.L.	S/Ref.

De la Provincia de Granada

Autos

Núm.	Tribunal	Fecha	Magistrado Ponente	Concurso	Referencia
	JM N° 1 de Granada	16.3.2015	Ilmo. Sr. D. Enrique Sanjuan Muñoz	VAV Compañía de Prod ucciones, S.L.	Roj: AJM GR 35/2015 - ECLI:ES:JMGR:201 5:35 ^a

De la Provincia de Guipúzcoa

Autos

Núm.	Tribunal	Fecha	Magistrado Ponente	Concurso	Referencia
	JM N° 1 de Donostia/ San Sebastián	28.7.2014	Ilmo. Sr. D. Pedro José Malagón Ruiz	Fagor Electrodomésticos S.Coop. y Edesa S. Coop.	Concurso ordinario 1009/2013-R
	JM N° 1 de Donostia/ San Sebastián	3.6.2014	Ilmo. Sr. D. Pedro José Malagón Ruiz	Fagor Electrodomésticos S.Coop. y Edesa S. Coop.	Concurso ordinario 1009/2013-R.

De la Provincia de Madrid

Autos

Núm.	Tribunal	Fecha	Magistrado Ponente	Concurso	Referencia
------	----------	-------	-----------------------	----------	------------

JM N° 1 de Madrid	16.11.2005	Ilmo. Sr. D. Antoni Frigola i Riera	Dorlast, S.L.	Aranzadi: 2005\2067	AC
JM N° 1 de Madrid	27.04.2005	Ilmo. Sr. D. Antoni Frigola i Riera	Dorlast, S.L.	Aranzadi: 2005\1129	AC
JM N° 6 de Madrid	5.3.2015	Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Vaquer Martín	Castellana de Frutas, S.L.	Roj: AJM M 15/2015 - ECLI:ES:JMM:2015:15A	
JM N° 7 de Madrid	15.1.2009	Ilmo. Sr. D. Santiago Senent Martínez	Fórum Filatélico, S.A.	S/ref.	
JM N° 7 de Madrid	23.7.2008		Fórum Filatélico, S.A.	JUR 2010/54640	
JM N° 8 de Madrid	20.12.2013	Ilmo. Sr. D. Francisco de Borja Villena Cortés	Grupo Textil Maemoda (Blanco)	Roj: AJM M 57/2013 - ECLI:ES:JMM:2013:57ª	

Sentencia

Núm.	Tribunal	Fecha	Magistrado Ponente	Concurso	Referencia
0006/2013	JM N° 4 de Madrid	7.2.2013	Ilma. Sra. Dª Fátima María Durán Hinchado	Fiesta S.A. y Fiestasa S.L.	Aranzadi: 2013\688 Vlex Id: 438313274
	JM N° 6 de Madrid	5.9.2011	Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Vaquer Martín		Aranzadi: 2011\2142

De la Provincia de Málaga

Auto

Núm.	Tribunal	Fecha	Magistrado Ponente	Concurso	Referencia
	JM N° 2 de Málaga	1.7.2010	María del Rocío Marina Coll	Hotel Los Montero	La Ley 141285/2010
	JM N° 1 de Málaga	16.2.2010	Ilmo. Sr. D. Antonio Fuentes Bujalance	PHS Guadalpín	Aranzadi: JUR 2010\301822

De la Provincia de Navarra**Sentencia**

Núm.	Tribunal	Fecha	Magistrado Ponente	Concurso	Referencia
0113/ 2007	JM N° 1 de Pamplona /Iruña	5.7.2007	Ilmo. Sr. D. Ildefonso Prieto García Nieto		Aranzadi: JUR 2007\368541

De la Provincia de Pontevedra**Sentencia**

Núm.	Tribunal	Fecha	Magistrado Ponente	Concurso	Referencia
0065/ 2014	JM N° 1 Pontevedra	23.5.2014	Ilmo. Sr. D. Roberto De la Cruz Álvarez	Pescanova	S/ref.