

LA CESIÓN DE LA UNIDAD PRODUCTIVA DE LA EMPRESA EN EL ÁMBITO CONCURSAL

-La salvación de la empresa en crisis-

Por Luis Mir Pardo

Abogado

IF

Ruiyer Klipling

“Or watch the things you gave your life to, broken,

And stoop and build them up with worn-out tools”

“O contemplar que las cosas a que diste tu vida se han deshecho,

y agacharte y construirlas de nuevo,

aunque sea con gastados instrumentos!.”

Normativa Comentada

Art. 190.3 L.C.; Art. 43.3 L.C.; Art. 149.1, 1ª L.C.

I.- SITUACIÓN DEL PROBLEMA

La gravedad de la situación de insolvencia en que incurren las empresas y el fracaso de la Ley Concursal para salvarlas y permitir su continuidad se atempera con una puerta abierta a la esperanza como puede ser la cesión de la unidad productiva de la empresa.

Ya se ha dicho en multitud de ocasiones que las empresas llegan tarde a la presentación de solicitud de concurso y en consecuencia es ya muy difícil en ese momento concursal, proponer convenios de continuidad que permitan reflotar la empresa y asegurar no sólo el pago a acreedores sino también su futuro.

Incluso con la última reforma de la Ley Concursal en la que se regula mínimamente el “estado” preconcursal de la empresa, su refinanciación y la reestructuración de la deuda empresarial –entre otros los Artículos 5 y 5 Bis L.C.- nos tememos que tampoco aquí se han alcanzado los objetivos esperados por el legislador para poder superar la primera situación de crisis por la que pueda pasar una empresa. En efecto, salvo en los pocos casos en que el empresario decide ir al precurso, prácticamente en su mayoría las empresas acaban en concurso.

La cesión de la unidad productiva que es objeto de este estudio, en sede concursal, ya sea al inicio del procedimiento, es decir durante la Fase Común, como en la Fase de Liquidación, según lo previsto en el Plan de Liquidación, es a nuestro juicio la verdadera salvación de la empresa, incluso nos atrevemos a decir, que es el único camino que asegura el éxito para los diferentes agentes vinculados a la empresa, tales como los trabajadores, acreedores, organismos públicos e incluso para el propio empresario, y especialmente significativo ante el actual escenario concursal en el que prácticamente sólo un 10% de los concursos acaban en convenio.

Vemos también esta cesión, como una forma más de incentivar la actividad económica empresarial de Estado.

II.- FASE COMÚN DEL CONCURSO

-La excepción. La enajenación de los activos en la fase inicial del concurso.

190.3 de la Ley Concursal

.../..

3. El 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.

Este artículo permite que el concursado, al solicitar el concurso, junto con la liquidación de la empresa acompañe oferta vinculante de compra por parte de un tercero, de la llamada unidad productiva, entendiéndose por esta, como dijo recientemente el Juzgado de lo Mercantil número 9 de Barcelona, “una unidad organizativa de producción o servicios”. (Juli de Miquel Berenguer). Todo ello tiene especial importancia para evitar que la lógica lentitud del procedimiento concursal

impida la salvación de la empresa y se evite de forma más eficaz la desaparición de la empresa.

Art. 43.3 de la Ley Concursal modificado por la Ley 38/2011 y apartado 2º.

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.

Si bien es cierto que la Ley concursal no regula de forma plena y expresa la liquidación anticipada de la empresa, **si es verdad que en su art. 43 autoriza enajenar bienes y derechos de la masa activa en la fase común, siempre y cuando dicha enajenación lleve la autorización del Juez y cuando esos bienes puedan estar sujetos a determinadas circunstancias que impliquen la depreciación de su valor.**

Las limitaciones a esa liquidación anticipada vienen dadas en el art. 56 cuando incluso los propios acreedores con privilegio especial – garantía real sobre bienes afectos a la actividad de la concursada- no pueden 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 transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación.”*. Dicha prohibición se extiende igualmente a los bienes vendidos en virtud de contratos inscritos en el Registro de bienes muebles o los cedidos en arrendamientos financieros formalizados en documento ejecutivo.

También el actual artículo 142 bis permite una forma de liquidación anticipada en la fase común del concurso, mediante una propuesta que presenta el deudor para la realización de la masa activa. Previa audiencia de las partes personadas y lógicamente de la propia Administración Concursal para alegaciones y poder evaluar en su caso,

dicha propuesta, el Juez del Concurso resolverá mediante auto inadmitir la propuesta o dar lugar a la liquidación anticipada en beneficio todo ello del concurso y teniendo en cuenta siempre lo dispuesto en el artículo 149 de la L.C. La resolución en consecuencia aprobará la apertura de la fase de liquidación y el indicado plan de liquidación.

El artículo 43.2 de la Ley Concursal establece que hasta la aprobación judicial del convenio o de la apertura de la liquidación, no se podrán enajenar o gravar los bienes y derechos que integran la masa activa sin autorización del Juez. Por tanto, **el artículo 43.2 solo permite enajenar bienes y derechos de la masa activa antes de la aprobación del convenio o de la apertura la liquidación, si se obtiene autorización judicial para ello, salvo las situaciones excepcionales o de extrema necesidad previstas en el artículo 43.3 de la L.C.**

El Juez a la hora de decidir sobre la autorización o no de la venta, deberá de valorar si la futura venta persigue el “interés para el concurso”, en última instancia, para la conservación del patrimonio concursal, lo que podría acontecer en casos en que se advierta la necesidad de enajenar bienes percederos de difícil o costosa conservación, o la necesidad de que se realicen bienes y derechos para salvar otros de mayor interés, o bien, si por razones de oportunidad la oferta recibida, en su caso, supera a buen seguro el valor previsiblemente a obtener en una liquidación.

La jurisprudencia mercantil ha admitido tal posibilidad, entre otras, la Sentencia del Juzgado Mercantil nº 2 de Málaga de fecha 1.07.2010, la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Madrid de fecha 27.4.2005, el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao de fecha 10.1.2005 y el Auto de fecha 11.10.2005 del Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Madrid.

En cuanto a la cancelación de embargos que debe de ir pareja a la cesión de la unidad productiva y/o autorización judicial para la enajenación de bienes que integran la masa activa del concurso citamos el Auto de fecha 9 de enero de 2012 dictado por el Juzgado de lo Mercantil número 6 de Madrid cuando en un asunto relativo a la autorización de enajenación de instalaciones, planta industrial, naves, maquinaria y enseres (Art. 43 y 188 L.C), dice en su Fundamento de Derecho Octavo **sobre el alzamiento de los embargos practicados lo siguiente:**

“Mostrando conformidad con la venta y realización de los bienes en la fase común, formula la T.G.S.S. oposición al alzamiento del embargo acordado por dicho ente público sobre la finca cuya venta se autoriza y debidamente anotado en el Registro de la Propiedad para hacer efectivo el cobro de créditos públicos, al estimar que ni la Ley Concursal ni la Ley Hipotecaria autorizan dicha cancelación. Tales alegaciones deben ser desestimadas. Señala el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Madrid de 19.6.2009 que “.. respecto a la posibilidad de alzamiento de los embargos, no debemos

olvidar, como se ha indicado, que con la declaración del concurso se produce la integración de todos los acreedores en la masa pasiva, y con sujeción a las vicisitudes del concurso. **No cabe sostener que la anotación de embargo ha de continuar, porque ésta no atribuye al acreedor ningún privilegio especial. Los privilegios especiales aparecen regulados en el art. 90 de la ley, y en los supuestos previstos no se contempla el relativo a la anotación de embargo.** Esto supone que no cabe atribuirle al acreedor que ha anotado un embargo previo a la declaración del concurso un privilegio que no está expresamente recogido en la ley. El crédito habrá recibido el tratamiento concursal que le corresponda y deberá ser satisfecho por el orden legalmente previsto. De hecho, como hemos dicho no cabe que pueda obtener fuera del concurso más de lo que obtiene éste, ni con preferencias no expresamente reguladas en la ley concursal. **No debemos olvidar, como indica el AAP de Barcelona, sección 15ª, de 15 de mayo de 2009 que los bienes se venden en liquidación libres de cargas. Es posible extrapolar ese principio cuando se trate de la venta de un bien en fase común, y el crédito que ha dado lugar al gravamen ha recibido el tratamiento concursal correspondiente, por lo que se debe proceder al levantamiento de las cargas existentes.** En cuanto al órgano competente para ello, debe considerarse que es el juez del concurso. En este sentido el art. 86 ter 1 de la LOPJ y el 8 de la LC atribuyen la competencia “exclusiva y excluyente” al juez del concurso, y en concreto en materia de ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado”. En la medida que es el juez del concurso el que debe adoptar las decisiones relativas al patrimonio del concurso es éste el que debe de alzar los embargos existentes ...

Atendiendo a tales razones **debe estimarse que la autorización judicial de venta en fase común debe determinar la cancelación y alzamiento de todo gravamen cuyo origen no se encuentre en garantías de carácter real determinante de privilegio especial del art. 90 L.C.;** y ello porque nacido el crédito de la T.G.S.S. de mera obligación legal, la anotación o inscripción de embargo preventivo o ejecutivo a su favor no otorga al acreedor ejecutante mejor derecho en el cobro de su crédito, rigiéndose el orden de cobro y el momento del mismo por las norma dispuestas en la Ley Concursal para los acreedores generales y ordinarios, de lo que resulta que el alzamiento y cancelación de la carga no supone perjuicio alguno para la acreedora.”.

III.- FASE DE LIQUIDACIÓN

-Cosa Juzgada. Cuestiones prejudiciales (Art. 9 LC). Plan de Liquidación y reglas supletorias (Arts. 148 y 149 L.C.).

Artículo 149 Reglas legales supletorias

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 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.

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.

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.

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.

La apertura de la fase de liquidación obliga al Administrador Concursal a la elaboración de un Plan de Liquidación 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 alguno de ellos. (148.1 LC). Así pues la realización de los activos de la empresa concursada puede quedar prevista en el Plan de Liquidación mediante la realización individualizada o por lotes, bien por unidades de producción o como conjunto de una explotación industrial, cuando se trate de actividades empresariales o profesionales. En definitiva se trata unidades que tengan un aprovechamiento empresarial independiente.

En el ámbito de la cesión de la unidad productiva de la empresa tres son para mí las cuestiones importantes que la justifican y la hacen especialmente atractiva:

1ª.- El mantenimiento de los puestos de trabajo.

2ª.- La cancelación de las cargas anteriores a la transmisión y la no subrogación por parte del adquirente en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación.

3ª.- El mantenimiento de la actividad económica de la empresa.

A continuación vamos a desarrollar cada uno de los señalados puntos.

1ª.- El mantenimiento de los puestos de trabajo.

En efecto la Directiva 2001/23/CE del Consejo de fecha 12 de marzo de 2001 desarrolla lo que ya preveía la Directiva 77/187/CEE de 14 de febrero de 1977 sobre el mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas. Se trata de garantizar el mantenimiento de los derechos de los trabajadores en estos casos de transmisión de empresa o de cesión contractual. El artículo 3 es contundente y no deja lugar a dudas cuando dice que los derechos y obligaciones derivados de una relación laboral serán transferidos al cesionario como consecuencia del traspaso, pues éste deberá de mantener las condiciones de trabajo pactadas con el trabajador transferido. **No obstante lo anterior dichas garantías quedan atemperadas y limitadas para los**

supuestos de las empresas que se encuentren situación de insolvencia. (Art. 5 de la Directiva 23). Así pues al objeto de mantener la supervivencia de la empresa, sí se podrán pactar cambios en las condiciones de trabajo de los trabajadores e incluso la extinción de los contratos de los trabajadores, siempre y cuando se cumplan los requisitos de traslado y audiencia que garantice plenamente el derecho de los trabajadores y todo ello al margen de considerar de que determinada Jurisprudencia Comunitaria e incluso del Tribunal Supremo es aun más protectora de los derechos de los trabajadores, como por ejemplo en la doctrina que resulta del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en su Sentencia de 16 de diciembre de 1992 (TJCE 1992, 212) (casos Katsikas, Skreb y Schroll) que estableció que el artículo 3.1 de la Directiva 77/187 CEE (LCEr 1977, 67) “no impide a un trabajador empleado por el transmitente en la fecha de la transmisión de la empresa que se oponga a la cesión al adquirente de su contrato de trabajo”, si bien la Directiva no impone a los Estados Miembros la obligación de establecer que en el caso de que el trabajador no acepte esta cesión su “relación laboral se mantendrá con el transmitente” (Luque-Ginès).

Recordemos que el Art. 44 del Estatuto de los Trabajadores señala que 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 transmitente. Asimismo continúa diciendo que 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.

“Pues bien, el art. 149.2 LC va más allá en esa exoneración de la responsabilidad solidaria de la empresa sucesora y la extiende, potencialmente, a criterio del juez del concurso, a cualquiera que vaya a continuar la actividad. En estos casos, las resoluciones que el juez adopte deberán ser dictadas previa audiencia de los representantes de los trabajadores y cumpliendo, en su caso, lo establecido en el art. 148-3 LC (a saber, posibilidad de que se formulen observaciones o propuestas de modificación), sin que contra ellas quepa recurso alguno. Tal se concilia además con la profundización del derecho de información que consagra el art. 44 ET. Esta previsión encuentra cobertura en el art. 5-2-a) de la Directiva 2001/23, que permite a los Estados miembros disponer que no transfieran al cesionario obligaciones del cedente derivadas de las relaciones laborales, que puedan existir antes de la fecha del procedimiento de insolvencia, siempre que dicho procedimiento dé lugar a una protección como mínimo equivalente a la que se establece para las situaciones tuteladas por la Directiva 80/987/CEE sobre protección de los trabajadores en los casos de insolvencia del empresario.”(Salvador Vilata Menadas).

Ante estas resoluciones que como hemos dicho no son objeto de recurso alguno y han causado firmeza, se le plantea la duda a este letrado de si se pueden considerar como cuestiones de materia de Cosa Juzgada- y en consecuencia causa de excepción a invocar en otros procesos posteriores- en sede de los artículos 222, 400 y 416 de la L.E.C.. Aunque está claro que los citados artículos se refieren en la mayoría de los casos a Sentencias y no a Autos, interpreto que si realmente el proceso posterior tratara de un objeto idéntico al del proceso del Juzgado de lo Mercantil, veo difícil que la pretensión posterior pudiera prosperar ante cualquier otro órgano judicial.

2ª.- La cancelación de las cargas anteriores a la transmisión y la no subrogación por parte del adquirente en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación.

La transmisión de la unidad productiva debe de poder asegurar al adquirente, que recibe los bienes objeto de cesión, libre de toda carga o deuda que pudieran ser anteriores al concurso.

La cancelación de embargos sobre bienes y derechos incluso cuando recaigan sobre bienes y derechos no necesarios y asimismo aunque deriven de las excepciones a la prohibición de ejecuciones singulares a que se refiere el art. 55.1 LC., es perfectamente viable no solo cuando haya sido acordada por el propio juez del concurso que sería el competente para ello, **sino también a petición del Administrador Concursal en el momento de elaboración del Plan de Liquidación (Arts. 8, 43, 44, 50, 51, 54 y 76).**

Es especialmente significativo el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de la Las Palmas de fecha 3 de enero de 2005, en el sentido de que se acuerda dejar sin efecto, **desde la fecha de declaración del concurso, los embargos de una entidad deportiva, consistentes en dinero efectivo o en derechos directamente transformables en dinero efectivo.**

Igualmente el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Málaga, en Auto de fecha 16 de noviembre de 2007, **acuerda la cancelación de las cargas anteriores y posteriores, atendiendo a las particulares del Plan de Liquidación aprobado. En el mismo sentido el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Oviedo en su resolución de fecha 12 de Marzo de 2008, ordena la cancelación de embargos de la AEAT y del Juzgado de Primera Instancia para la realización de los bienes en la fase de liquidación.** Igualmente el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao en su Auto de fecha 31 de marzo de 2008 se refiere a la cancelación de cargas anteriores a la declaración de concurso.

En su detallado estudio sobre el tema Fernando Gómez Martín señala los acuerdos alcanzados por los Jueces de lo Mercantil en su Congreso celebrado en Barcelona en el año 2007 entre los que se encuentra la novena conclusión “ **Corresponde al juez del concurso la competencia para acordar la cancelación de cargas anteriores y posteriores en los supuestos de enajenación de bienes y derechos de la masa activa sea cual sea el órgano jurisdiccional o administrativo que las hubiere acordado, de conformidad a la autorización de enajenación, convenio o liquidación, y distinguiendo los supuestos de ventas respecto de bienes y derechos que garanticen créditos con privilegio especial de otros supuestos.**”.

El conocido Auto de fecha 29 de noviembre de 2007 dictado por la Audiencia Provincial de Barcelona es especialmente revelador al pronunciarse sobre la exoneración de responsabilidad al adquirente de una unidad productiva **sobre las deudas y obligaciones anteriores al concurso:**

“En este contexto, el crédito de la Seguridad Social, como cualquier otro crédito que no sea propiamente laboral, no resulta exigible al adquirente de la unidad productiva, y ello sin necesidad de que se pronuncie expresamente en tal sentido la normativa sobre Seguridad Social. Podría haberlo hecho, como la Ley General Tributaria que expresamente lo prevé en el último párrafo de su artículo 42.1, pero ello no es necesario, pues como ya hemos apuntado en caso de concurso la norma especial, que regula no sólo el procedimiento concursal sino también sus efectos, es la Ley Concursal, que expresamente ha sido promulgada bajo el principio de unidad legal, de que sea esta Ley la única que regule el concurso de acreedores y sus efectos.”

“Al Juez del concurso le corresponde no sólo aprobar el plan de liquidación, conforme al art. 148 LC, sino también dictar los autos de adjudicación correspondientes al activo realizado en la liquidación, y tanto en uno como en otro puede pronunciarse sobre los efectos o las condiciones de que se enajena una unidad productiva, en aplicación de la normativa concursal, en este caso el art. 142.2 LC. Fuera del concurso, el Juez Mercantil carece de competencia para decidir sobre la procedencia de la consideración de sucesión de empresa en caso de transmisión de una unidad productiva, a los efectos de que el adquirente se subroge en las deudas de la Seguridad Social preexistentes, pero si la enajenación se realiza en la fase de liquidación de un concurso, es lógico que sea el Juez del concurso quien aplicando la normativa concursal se pronuncie sobre el alcance de la sucesión de empresa. En el ejercicio de esta competencia es lógico que se pronuncie sobre alguna cuestión de naturaleza administrativa o social pues, en la medida en que están directamente relacionadas con el concurso o son necesarias para el buen fin del procedimiento concursal, son cuestiones prejudiciales respecto de las que tiene extendida su competencia conforme al art. 9 LC.”

3ª.- El mantenimiento de la actividad económica de la empresa.

A nuestro juicio en este punto se centran los objetivos de la Ley Concursal, es decir la salvación de la empresa. En la exposición de motivos de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal se decía precisamente que *“uno de los propósitos principales de la ley, es la conservación de la actividad profesional o empresarial del concursado”*, objetivo que puede ser alcanzado de forma clara y contundente en sede del art. 148.1 de la L.C..

El art. 148.1 de la Ley Concursal establece que siempre que sea factible, **el Plan de Liquidación deberá contemplar la enajenación unitaria del conjunto de establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes y servicios del concursado o de algunos de ellos;** ello, sin duda, al objeto de no desgajar la unidad de explotación y preservar la capacidad de generación de puestos de trabajo.

Nos encontramos en el supuesto de enajenación de la unidad productiva, en un escenario de concurso en fase de liquidación, por lo que se debe de considerar que no hay sucesión de empresa y se debe de partir de la premisa de que la enajenación de la unidad productiva se hace libre de deudas y de cargas. El juez en sede del artículo 149.2 de la LC puede acordar que el adquirente, en su caso, no se subrogue en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación y que sea asumida por el Fondo de Garantía Salarial de conformidad con el art. 33 de Estatuto de los Trabajadores, también extendida esa exoneración a las deudas contraídas con la Seguridad Social y con la Agencia Tributaria. Nos encontramos ante un claro supuesto en que la propia norma reguladora debe de dar paso a la especialidad de la norma concursal. A mayor abundamiento, no debemos olvidar que la cesión se encuentra en el contexto previsto en el Plan de Liquidación (Art. 148 LC).

La cesión así prevista es beneficiosa para el concurso, pues mantiene los puestos de trabajo vinculados a los centros de trabajo donde se realiza la actividad o el servicio, evita que se generen nuevos créditos contra la masa (laborales básicamente) y permite que se ahorren costes de empresa, evitando asimismo la pérdida de valor del fondo de comercio de las concursadas. **Es en definitiva también un ahorro sustancial para el Estado en cuanto a la carga social que ello representa.**

En el Plan de Liquidación la cesión o venta de la unidad productiva **debe de poder hacer frente en la medida de lo posible a atender con su producto y con el líquido que aún pudiera existir a pagar los créditos con arreglo a lo previsto en la Ley Concursal.**

La mayoría de las ofertas para la adquisición de elementos materiales y personales, que vienen a configurar una unidad productiva, tienen como finalidad la adquisición por las compradoras del fondo de comercio, por lo que es de suma importancia que las

compraventa-cesión se verifiquen de manera que no se pierda la confianza de los proveedores y los clientes de la concursada (lo que llamamos la cuota de mercado). **Por este motivo, la cesiones contemplan unas obligaciones de la cesionaria y unas condiciones, entre ellas cuando hay trabajadores el compromiso subrogarse en los contratos de trabajo.**

La finalidad de la cesión de la unidad productiva tiene un doble efecto, por una parte se salva la actividad de la empresa y en consecuencia la continuación de la actividad mediante el mantenimiento de los puestos de trabajo, en segundo lugar la cesión o venta de la unidad productiva debe de poder hacer frente en la medida de lo posible a atender con su producto y con el líquido que aún pudiera existir a pagar los créditos con arreglo a lo previsto en la Ley Concursal.

El Auto de fecha 7 de febrero de 2014 dictado por el Juzgado de lo Mercantil nº 8 de Barcelona es esclarecedor, sintetizando la doctrina jurisprudencial estudiada:

*“Esta operación de adquisición de la unidad productiva no supone sucesión de empresa y de conformidad con el art. 149.2 LC **acuerdo que el adquirente no se subroga en la parte 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 art. 33 ET. Como ya han mantenido varias resoluciones judiciales (Audiencia Provincial de Barcelona en Auto de 29 de noviembre de 2007, Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 16 de diciembre de 2009, Auto de la Audiencia Provincial de Álava de 1 de diciembre de 2010) la venta de unidad productiva en sede de liquidación concursal supone la transmisión de los activos al deudor pero no de los pasivos, siendo una venta libre de cargas, salvo las reales. Por lo que la sucesión de empresa a “efectos laborales” (art. 142.2 LC en relación con el art. 44 ET) no implica subrogación de adquirente en las obligaciones con la TGSS o la AEAT que tuviera el transmitente, sino que implica el mantenimiento de los derechos de los trabajadores – que en este caso no existen en la actualidad- ya que está configurado, tanto en la directiva 21/2001 como en la nueva redacción de ET, como una garantía de los trabajadores en caso de transmisión de empresas.”***

En el mismo sentido señalamos los Autos de 27 de Abril de 2012 del Juzgado del Mercantil nº 5 de Barcelona y del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid de Fecha 9 de enero de 2012.

CONCLUSIONES:

La Ley 22/2003 Concursal con sus posteriores modificaciones y actualizaciones –la última según 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- para responder a la realidad social existente, ha representado ser un instrumento insuficiente para solucionar todos los problemas de las empresas que se

encuentran en crisis, pero creemos que es indudable que ante las circunstancias socio económicas existentes que han imperado en estos últimos años, ha ayudado en alguna medida a encontrar soluciones con una mínima seguridad jurídica que permitieran dar continuidad a la empresa en estado de insolvencia y lo que es para mí más importante, el mantenimiento de los puestos de trabajo.

Han pasado ya, desde la publicación del primer texto legal concursal moderno, once años en un contexto de graves situaciones económicas que han mermado no sólo la capacidad económica de las personas sino también el tejido empresarial de todo el Estado, pero esta lamentable situación ha hecho que el legislador haya tenido que adaptar la norma a situaciones que inicialmente no se encontraban previstas. Nos encontramos ahora en unos momentos en que el legislador, sobre la base de las experiencias que hemos tenido, durante todos estos años, los diferentes operadores jurídicos, tendrá que readaptar y refundir la normativa concursal generada, con el fin de dar trámite a lo que debe ser su aspiración máxima, es decir el cumplir con lo que exija la realidad social en cada momento.

Bibliografía:

- Guía Práctica Concursal. Pedro Prendes Carril. Thomson Reuters - Aranzadi. 2012.
- La Administración Concursal. Andrés Pacheco Guevara. Thomson Reuters - Aranzadi. 2009.
- Proceso Concursal. Faustino Cordón Moreno. Thomson Reuters - Aranzadi. 2005.
- Manual de Derecho laboral Concursal. Francisco Cano Marco. La Ley. Grupo Wolters Kluwer. 2014.
- La Administración Concursal. Teresa Ramos Ibós y Juan Manuel Castro Aragonés. Bosch. 2007.
- La Transmisión de la Empresa en Sede Concursal. Fernando Gómez Martín. 2009.
- La Venta de la Unidad Productiva en el Concurso. Juan Carlos Noguera de Erquiaga y Oscar Sánchez De la Torre. Economist & Jurist. 2013.
- El levantamiento de embargos administrativos. Jacinto José Pérez Benítez. Magistrado. El Derecho 2012.
- Cancelación de embargos anteriores a la declaración de concurso. Fernando Gómez Martín. 2009.
- Liquidación Concursal y Sucesión de Empresa. Salvador Vilata Menadas. Magistrado. 2008 Abogados.
- Interpretación Tribunal de Justicia de la CEE. Interpretación Tribunal Supremo. Manuel Luque y Anna Ginès. IUSLabor 2006.
- Justificación de las presentes conclusiones sobre las operaciones de liquidación. Seminario de 23 de marzo de 2011 de los Jueces de lo Mercantil de Catalunya.