

LA DESEABLE EVOLUCIÓN LEGISLATIVA SOBRE LA VENTA DE LA UNIDAD PRODUCTIVA EN SEDE CONCURSAL

José Luis Blanco Pérez

KPMG Abogados Madrid

Iván Pérez Hernando

Ernst & Young Abogados Madrid

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: doña Josefina BOQUERA MATARREDONA, don Manuel BROSETA DUPRÉ, don Juan GRIMA FERRADA, don Jorge MARTÍ MORENO y don José Ramón DE VERDA Y BEAMONTE.

EXTRACTO

De acuerdo con la legislación concursal española, algunos de los mecanismos disponibles para las empresas en concurso de acreedores es tratar de proteger los derechos de cobro de los acreedores, la conservación de la empresa y la continuación de su actividad mediante un convenio a través del cual podemos enajenar la empresa en su totalidad o bien de unidades productivas a terceras partes. Sin embargo, la consideramos una parca regulación que debería ser reformada debido a que necesitamos de una pionera e innovadora legislación concursal en este concreto aspecto, así como también de una mayor seguridad jurídica.

Palabras claves: enajenación, empresa o unidad productiva y Ley Concursal.

Fecha de entrada: 03-05-2013 / Fecha de aceptación: 09-07-2013

THE DESIRABLE LEGISLATIVE EVOLUTION ON THE SALE OF THE PRODUCTIVE UNIT IN A CREDITORS' CONTEST

José Luis Blanco Pérez

Iván Pérez Hernando

ABSTRACT

In accordance with the Spanish Insolvency Law, one of the mechanisms available to an insolvent company seeking to protect creditors' rights, to conserve the company assets and to continue the company's activity is to set up an agreement within we may transfer the whole company or certain productive units to third parties. Notwithstanding, we consider it a sparing regulation which should be reformed due to we need a groundbreaking and an innovative bankruptcy law in this specific issue as well as a more legal certainty.

Keywords: transferring, company or productive units and insolvency law.

Sumario

1. Introducción
2. La transmisión de empresa en el concurso: una visión general
3. La imperiosa necesidad de modernización del derecho
4. La ineficiencia de la regulación actual: un paseo por el derecho comparado
 - 4.1. Celeridad en la venta del negocio (*enables a business to be sold quickly*)
 - 4.2. La retención de empleados (*employees can be retained who might leave*)
 - 4.3. Contratos con clientes y proveedores (*continuity of customers and suppliers contracts can be maintained*)
 - 4.4. Maximización del valor de realización
 - 4.5. Mayor seguridad jurídica para el adquirente
5. Conclusiones

Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN

Es frecuente escuchar, a modo de anécdota demostrativa del difícil proceso de vertebración de la España del siglo XIX, cómo el ministro Mendizábal relataba que bastaba asomarse a la puerta del Ministerio de Gobernación para ver dónde acababa la influencia de las leyes dictadas desde el poder central.

El derecho concursal –a caballo entre el derecho civil-mercantil y el puramente procesal– constituye por sí solo una rama del ordenamiento enormemente compleja. Además, supone un procedimiento muy costoso, altamente estigmatizador del empresario y sobre todo escasamente exitoso: más del 95 % de las compañías de las empresas terminan en liquidación y –aunque no se disponen de datos– muy pocas son aquellas en los que los acreedores ordinarios ven satisfecho un céntimo de sus créditos. Por todo ello no es de extrañar que en España se hayan producido tan solo 7.998 procedimientos concursales en el año 2012, que, aunque supone un máximo histórico, según relata el «Estudio sobre evolución mensual de concursos», dista mucho de las cifras de otros países que gozan de una economía mucho más sana que la nuestra.

Así, el ratio entre concursos y número de compañías sigue estando muy por debajo del que se observa en la práctica totalidad de los países desarrollados: mientras que, por ejemplo, en España existen alrededor de 15 concursos por cada 10.000 empresas, en Japón hubo 88; en Alemania, 89; en Estados Unidos, 98; en el Reino Unido, 137, y en Francia, 217¹.

¿Quiere ello decir que en nuestra economía quiebran menos empresas que en aquellas? Evidentemente, no. Tan solo en el año 2012, los concursos de acreedores han ascendido a 7.998 concursos empresariales en España, cifra que marca un máximo histórico anual².

¹ Nótese que, potencialmente al menos, este indicador podría estar afectado por un sesgo a la baja como consecuencia de la existencia de empresas sin actividad económica que, en realidad, no deberían incluirse en el denominador de la ratio. Este sesgo, sin embargo, difícilmente puede explicar por sí solo la baja posición relativa de España. De hecho, en un escenario extremo y poco realista en el que se excluyesen del denominador de la ratio todas las empresas que en España declaran que no tienen asalariados, la tasa de concursos seguiría siendo reducida en términos comparativos: un 5,3 en 2006 y un 31,7 en 2010. El uso de los concursos de acreedores en España. Boletín Económico, diciembre 2012. Banco de España. <http://www.bde.es/ffwebbde/SES/Secciones/Publicaciones/InformesBoletinesRevistas/BoletinEconomico/12/Dic/Fich/be1212-art3.pdf>

² Según el «Estudio sobre evolución mensual de concursos» publicado por INFORMA D&B. Véase en la web: <http://www.informa.es/system/resources/BAhbBlSfHOGZmSSlvMjAxMy8wMS8wOC8xMi8yOC8wMy83ODkvQ29uY3Vyc29zXzIwMTIucGRmBjoGRVQ/Concursos%202012.pdf>

En otras palabras, el famoso «cerrojazo» resulta la tónica habitual para el cierre de empresas.

Por un lado, los empresarios titulares del negocio insolvente son conscientes del gran coste del concurso de acreedores, así como de su limitación de responsabilidad al capital que aportaron o se comprometieron a aportar, pero sin asumir ninguna responsabilidad personal por las deudas sociales. Es cierto que el mencionado «cerrojazo» es considerado por la ley y la jurisprudencia como una actuación negligente de los administradores, y que el ejercicio de una acción de responsabilidad contra los administradores podía implicar que estos respondieran de las deudas sociales con su patrimonio personal [Sentencia núm. 154/2000, de 26 febrero, dictada por la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 9.^a), etc.]. Sin embargo, su prueba resulta complicada, y su persecución, costosa.

Por otro, en la mayoría de los casos los acreedores declinan instar un concurso necesario, y asumen la pérdida de su crédito contra una compañía insolvente, conscientes de que tan solo una nimia minoría de los acreedores conseguirán ser satisfechos dentro del concurso. El número de concursos necesarios resulta residual en España, cifra que sin duda se verá reducida hasta la práctica desaparición, debido al alto gravamen impuesto en la llamada Ley de Tasas, Ley 10/2012, de 20 de noviembre, que obliga –inexplicablemente– al acreedor instante del concurso, que en la mayoría de los casos ya ha asumido la pérdida su crédito, a desembolsar grandes cantidades en profesionales y tasas judiciales³.

Ante este panorama, resulta evidente que nuestra legislación concursal requiere de una profunda reforma que evite el cierre de compañías de una manera desordenada. Por un lado, debería acometerse una severa reforma del régimen de responsabilidad. Por otro, los acreedores deberían ser más conscientes de que, si instan el concurso, es posible que finalmente logren parcialmente su crédito.

Para ello, es necesario maximizar el valor de los bienes de la compañía en sede concursal, especialmente en sede de liquidación. No podemos obviar que el 95 % de las empresas españolas que entran en concurso acaba en liquidación, según el informe «Temas candentes de los procesos concursales» elaborado por PwC⁴.

En ese sentido, aunque depende de la compañía en cuestión, se calcula que el valor que acaban adquiriendo sus activos oscila entre el 20 y el 40 % de su valor real, o de lo que valdrían dentro del conjunto o, en su caso, de cada unidad productiva de la empresa.

Por esa razón, en este trabajo se analizará de manera no especialmente técnica, pero sí rigurosa, cuál debería ser la deseable evolución legislativa del derecho concursal para que nuestro

³ Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses. Según esta, ante concursos necesarios de personas jurídicas se establecen tasas en cantidad fija [art. 2 b)] y tasas en cantidad variable (art. 7.2).

⁴ Informe «Temas candentes de los procesos concursales» de PwC, 21 de marzo de 2013. <http://www.pwc.es/es/sala-prensa/notas-prensa/2013/assets/temas-candentes-procesos-concursales.pdf>

sistema de quiebras pueda comenzar a ser competitivo en lo que a la venta del conjunto o de la unidad productiva se refiere.

Resulta imperativa la instauración de un instituto semejante al existente en otros ordenamientos de derecho comprado, como es el caso de los países anglosajones, que permiten de manera ágil la venta de la empresa –sin las deudas– incluso antes de la proclamación del concurso, evitando así la pérdida de valor que se derivaría de la pérdida de imagen del marca, la resolución de contratos con los proveedores que no quieren trabajar con compañías concursadas, o la huida de clientes de una compañía que no les otorga confianza.

En definitiva, solo a través de una profunda reforma que protegiera el mantenimiento del conjunto de la empresa o de la unidad productiva –principio este respaldado por el Tribunal Supremo–, se podría garantizar la destrucción de menos puestos de trabajo, asegurar una mayor satisfacción de los acreedores, y minorar el riesgo de no poder enajenar el mayor activo de la sociedad, esto es, su cartera de clientes.

2. LA TRANSMISIÓN DE EMPRESA EN EL CONCURSO: UNA VISIÓN GENERAL

Es bien sabido que la empresa por antonomasia realiza negocios jurídicos en el tráfico económico, sin embargo, aquella puede también ser objeto de negocios traslativos. De esta forma la empresa en sí misma considerada puede ser objeto de transmisión en su totalidad o bien parcialmente, lo que se traduce en alguna de sus unidades productivas.

Problemas jurídicos surgen con frecuencia cuando la empresa actúa en el tráfico económico y mayores aún cuando nos estamos refiriendo a la transmisión de la empresa en un ámbito puramente concursal dado que existe una parte contratante añadida, como más tarde explicaremos.

Cabe decir en este aspecto que nos atañe ahora que la legislación española en materia concursal prevé estas situaciones de transmisibilidad de la empresa como medio para lograr no solo una mejor satisfacción de los acreedores sino también con la intención de mantener la continuidad de la actividad empresarial aunque sea en manos de otro empresario. Es decir, el procedimiento concursal tiene por finalidad la satisfacción de los derechos de los acreedores, sin embargo, a esta finalidad, se le añaden la conservación de la empresa y la continuidad de los distintos intereses confluyentes en el procedimiento cuando se trata de enajenar la empresa en su integridad o bien una unidad productiva de la misma.

Desde un punto de vista económico, la empresa en su conjunto como valor unitario tiene un valor superior al que podría alcanzar la venta individualizada de sus elementos materiales e inmateriales dado que está en juego la capacidad productiva de la empresa, lo cual tiene un valor indudablemente añadido.

No sorprende, por tanto, que la legislación concursal prevea en las distintas fases del procedimiento la posibilidad de transmitir la empresa del deudor concursado. Partiendo de que la finalidad esencial del concurso es la satisfacción de los acreedores, la protección del interés consistente en la conservación de la actividad empresa no desaparece con la apertura de la fase de liquidación del concurso⁵. Así es, en la fase de liquidación concursal, bien sea ordinaria o anticipada, permite la posibilidad de que la liquidación judicial de ese patrimonio sea de un todo unitario y no de forma disgregada mediante la enajenación individualizada. Esto es, que se conserve la empresa y continúe su actividad mediante la enajenación en bloque de los bienes que integran la empresa o algunas de sus unidades productivas, ya sea a través del plan de liquidación aprobado que señala el artículo 148 de la Ley Concursal (LC), o bien sea con las reglas supletorias que prevé el artículo 149 de la LC.

Así es, en el artículo 148.1 de la LC se contempla la enajenación unitaria del conjunto de establecimientos, explotaciones o cualesquiera otras unidades productivas de bienes y servicios integrantes de la empresa, lo que parece la única vía para hacer posible la continuidad en el futuro de su actividad. Si bien, el artículo relativiza este interés a «siempre que sea factible» (art. 148.1 LC).

Por tanto, la idea que subyace bajo la LC es la flexibilización y el diseño previo de un plan para la liquidación. El cual no consistirá en conseguir al mejor postor, sino que perseguirá desarrollar un plan para obtener el mayor valor teniendo en cuenta todas las variables: venta de la empresa como un todo, realización de «lotes», búsqueda de adquirentes, contactos con empresas competidoras, etc.

No obstante, la presentación de un plan de venta *ad hoc* es simplemente un intento puesto que si el juez no lo estima convincente o realizable lo podrá rechazar y, por consiguiente, procederse a la venta conforme a las reglas supletorias de venta de los bienes en pública subasta (art. 149 LC). Artículo el cual prevé, en primer término, que la enajenación del patrimonio del concursal se haga primordialmente «como un todo unitario», es decir, a la no enajenación individualizada de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes o servicios, salvo que resulte más conveniente para los intereses del concurso su previa división o la realización aislada de todos los elementos componentes o de algunos de ellos.

Pero también la transmisión puede encauzarse por convenio. El artículo 100 de la LC regula el contenido del convenio y en su apartado segundo se refiere a la enajenación de la empresa al señalar implícitamente que en la propuesta de convenio podrán incluirse proposiciones de enajenación del conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a su actividad empresarial o profesional o de determinadas unidades productivas, con obligación expresa del adquirente de continuar con la actividad empresarial o profesional propia de las unidades productivas transmitidas y de pagar los créditos de los acreedores en los términos expresados en la propuesta de convenio.

⁵ Para MONEREO PÉREZ, J. L.: *La conservación de la empresa en la Ley Concursal. Aspectos laborales*, ed. Lex Nova, Valladolid, 2006, pág. 119, «la liquidación puede ser extintiva o no de la organización productiva, puesto que la liquidación de la empresa no supone necesariamente la eliminación o desaparición de la misma, sino más exactamente un procedimiento de reasignación de recursos en el marco del concurso».

Cabe también que la transmisión de la empresa del concursado o de algunas de sus unidades productivas pueda realizarse a través del procedimiento de fusión o escisión, modificaciones estructurales a las que se hace referencia explícita en el artículo 100.3 de la LC.

Por ende, cabe la posibilidad de que la Administración concursal en la fase común del concurso, en determinadas circunstancias y con la autorización del juez del concurso (*ex art. 43.2 LC*), proceda a vender determinados activos o, incluso, alguna de las unidades productivas o ramas de actividad de la empresa. Ello a pesar del artículo 43.2 de la LC, que establece la prohibición de disponer de los bienes afectos a la actividad profesional o empresarial del concursado.

3. LA IMPERIOSA NECESIDAD DE MODERNIZACIÓN DEL DERECHO

A continuación se presentan puntos claves que requieren de una modificación legislativa en la LC, bien sea por motivos de reforma o bien por motivos de complementariedad o concreción.

1. Cuando la legislación concursal contempla que la transmisión de la empresa del concursado o de algunas de sus unidades productivas se pueda encauzar por vía de fusión o escisión (art. 100.3 LC), el artículo susodicho no contempla las otras modalidades de estas modificaciones estructurales como serían la cesión global de activo y pasivo y la segregación. Ello con total probabilidad es debido a que la LC solo hace referencia expresa a las modalidades de modificaciones estructurales establecidas en el momento en que se redactó la norma. El hecho, sin embargo, de que con posterioridad a la LC se haya promulgado la Ley de Modificaciones Estructurales, la cual contempla otras modalidades, permite considerar que también estas nuevas figuras podrán ser utilizadas en caso de concurso. Lo cual no deja de ser una interpretación y, por ello, es preciso una aclaración legislativa.

No obstante, es preciso señalar que la cesión global de activo y pasivo, que consiste en la transmisión que hace una sociedad inscrita de todo su patrimonio en bloque por sucesión universal, a uno o varios socios o terceros, a cambio de una contraprestación que no podrá consistir en acciones, participaciones o cuotas de socio del cesionario, presenta principalmente dos problemas. El primero de ellos, dilucidar si con esta cesión global de activo y pasivo se podría vulnerar la prohibición de llevar a cabo convenios liquidativos. Y, por otro lado, el segundo problema que se plantea es si una cesión global de activo y pasivo es susceptible de solapamiento con el convenio de asunción.

Estas figuras son ciertamente pensadas para sociedades *in bonis* y no para sociedades insolventes que están inmersas en un proceso concursal, lo cual no deja de suscitar algunas incertidumbres y dificultades interpretativas que, quizás, deberían haber sido despejadas por el legislador⁶.

⁶ Véase LARGO GIL, R. (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*, págs. 87-116.

2. Indagaciones que hace la doctrina científica acerca del significado y extensión del concepto utilizado en nuestra legislación concursal sobre las unidades productivas. Así es, en la norma no existe una definición clara y concreta de qué conjunto de medios propiedad del concursado han de reputarse como tales. Si bien es cierto que se contraponen en algún sentido a la transmisión íntegra y global de la empresa del concursado, con lo cual, por deducción, se entiende que unidades productivas son las partes del todo. No obstante, es patente su imprecisión.

La doctrina en un intento de dar significado a esa terminología legal un tanto opaca, valga la redundancia, entiende unidades productivas como partes de la empresa susceptibles de un aprovechamiento empresarial independiente de aquella, que no es preciso que se encuentre en funcionamiento en el momento de la elaboración de la propuesta de convenio ni que deba consistir en una rama de actividad al completo.

Intentando ahondar un poco más en la definición de este concepto, la doctrina ha indicado que no es preciso que la unidad productiva se encuentre en funcionamiento en el momento de la elaboración de la propuesta de convenio, y también se ha apuntado que no es necesario que sea una rama de actividad completa.

La doctrina recurre a la legislación laboral para encontrar una construcción conceptual más elaborada de unidad productiva autónoma. La cual define que no debe ser necesariamente un centro de trabajo, sino una unidad parte de la empresa que tiene capacidad organizativa y material suficiente para tener un funcionamiento independiente. De tal modo que con su transmisión permite la continuidad de la actividad empresarial que, a propósito, continuidad o no, es el punto a discutir a continuación.

3. Como bien señalamos, existe una patente imprecisión en la legislación concursal y, por ende, abundante controversia doctrinal en relación con la obligación que recae sobre el asumente en lo que respecta a la continuidad de la actividad empresarial.

La jurisprudencia dominante en nuestro país requiere que el asumente continúe las actividades propias de la empresa o de las unidades productivas de cara a la aprobación judicial del convenio. Así es, *verbi gratia*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1.^a) núm. 30/2010, de 20 de enero, que, en relación con la prohibición del artículo 100.3 de la LC de ceder bienes o derechos en pago o para pago a los acreedores, expone:

«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».

Igualmente se manifiesta la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4.^a) núm. 139/2012, de 1 de marzo, cuando indica:

«En principio, que el convenio prevea la enajenación de activos no está prohibido en la Ley Concursal sino solo 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), solo pueden ser enajenados si concurren algunas de las dos excepciones previstas en el artículo 100, apartados 2 y 3: la admisión de cambios estructurales en la sociedad concursada (como la fusión, escisión o cesión global) y su enajenación, siempre que esta 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».

La doctrina científica está parcialmente dividida; por un lado, *verbi gratia*, GONZÁLEZ GONZALO indica que el hecho de que se exija al adquirente la asunción de la obligación de continuar la actividad empresarial o profesional propia de las unidades productivas a las que afecte impide que pueda utilizarse esta vía para liquidar la empresa.

Sin embargo, ALONSO LEDESMA y DE LA CUESTA RUTE señalan que el principal objetivo o finalidad última de la legislación concursal en esta materia es la satisfacción de los créditos de los acreedores, con lo cual el requisito de la continuidad es flexible en su significado.

En nuestra modesta opinión, entendemos que la continuidad de la actividad debe interpretarse no en un sentido estricto (esto es, la unidad productiva transmitida debe proseguir con su mismo fin u objeto), sino en un sentido amplio, el cual prohíbe al adquirente de liquidar la unidad productiva adquirida, pero no de afectarla a otra finalidad empresarial, siempre y cuando dicha afección se realice en los términos de un plan que garantice los derechos de créditos de los acreedores.

En este sentido amplio lo entiende también VALPUESTA GASTAMINZA. Así es, el autor señala, no refiriéndose al fin u objeto de la empresa, sino a la estructura organizativa, esto es, que no se impone al adquirente que deba mantener los mismos puestos de trabajo, política empresarial, actividad, etc., que la desarrollada por el concursado⁷. Lo cual es muy obvio, porque si la organización y desarrollo de la empresa no funcionaba antes ¿de qué serviría continuar la actividad del mismo modo?

Si bien, la jurisprudencia dominante es contraria a este punto de vista; por ejemplo, véase la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Oviedo de 26 de febrero de 2009 (Concurso 9/2007), que al enjuiciar el convenio propuesto indica que:

«No existe pues identidad, siquiera semejanza, en la actividad empresarial desarrollada por la concursada y la que planea *ex novo* la asuntora, y aunque este re-

⁷ VALPUESTA GASTAMINZA, E.: *Comentarios a la Ley Concursal*, tomo II, pág. 92, editorial Aranzadi, edición 2010.

quisito 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 [...]. Que la ley piensa en la continuidad de una actividad y que además esta ha de ser la propia que venía desarrollando el concursado es claro, pues así se deduce sin dificultad de su tenor literal de ahí que la ley prevea que haya de darse audiencia a los representantes legales de los trabajadores, sin que quepa al juez excesivo margen interpretativo ("necesariamente", se remarca)».

4. Otro espinoso asunto no claramente contemplado en la LC española es la transmisión del pasivo junto con una unidad productiva.

Es decir, la legislación concursal exige que el adquirente de la empresa o de unidades productivas también adquiere per se la obligación de pago de los créditos a los acreedores, en los términos del convenio que se apruebe. Pues bien, más simple resulta cuando la transmisión es de la empresa junto con todo el pasivo, pero más difícil resulta delimitar ese pasivo cuando lo que es objeto de transmisión es una unidad productiva.

En este segundo caso caben distintas alternativas que el convenio habrá de especificar, por ejemplo: la posibilidad de desembolso único como precio a pagar por la unidad productiva objeto de transmisión; o, en cambio, la posibilidad de asumir solo los compromisos con los acreedores sin desembolsar cantidad alguna adicional; etc.

Si nos atenemos a la primera de las alternativas, resulta sumamente importante precisar el montante que ha de otorgarse a la unidad productiva que es objeto de transmisión en el convenio concursal, con lo cual es clara la correlación entre el valor de la unidad productiva que se transmita con la cuantía de los créditos que se asuman.

Por otro lado, y en relación con este último aspecto, es cuestionable si el precio que el asumente satisface como contrapartida a la unidad productiva puede encontrarse condicionado. Esto es, siguiendo el ejemplo de NÚÑEZ LAGOS, puede darse el caso de que entre la revisión legal y financiera que hace el comprador de la unidad productiva y el momento en que se adquiera pueden pasar meses, y que el valor de los bienes y derechos que conforman la unidad productiva pueda sufrir un deterioro durante ese periodo; es razonable que el comprador pueda pretender pactar una cláusula de ajuste de precio para cubrir el deterioro citado. Pero ¿es posible condicionar el compromiso de pago asumido en el convenio por el nuevo adquirente a dicho precio final de la unidad productiva? Es decir, ¿podrían regularse las quitas o esperas en función del precio final que alcance la unidad productiva?, ¿podríamos tener una propuesta de quita o espera variable? En principio, compartiendo la interpretación formulada por NÚÑEZ LAGOS, la limitación que establece el artículo 101.1 de la LC es que la eficacia del convenio no puede encontrarse condicionada, pero nada impide que la quita sea variable en función de unos hechos futuros y objetivos, bien entendido que deben concretarse los citados hechos en la propuesta de convenio a fin

de evitar toda idea de discrecionalidad o subjetividad en la fijación del valor que pudiese llevar a confusión a los acreedores.

5. Por otro lado, la LC, al tratar la enajenación de la empresa o de las unidades productivas, no menciona expresamente la posibilidad de que los créditos de que fuera titular el concursado sean objeto de transmisión. No obstante, a pesar de su falta de concreción en la LC, se entiende que en la medida en que consistan en créditos pertenecientes a la explotación de la empresa o de las unidades productivas, salvo que se pactara lo contrario en el convenio, son objeto per se de transmisión. Ello con base en que la LC habla de «enajenación de bienes y derechos» y entre estos, obviamente, cabe incluir los derechos de crédito, ya sean contractuales o extracontractuales, que el concursado tiene frente a terceros. Si bien, como es obvio, deben pertenecer a la explotación de la empresa o de las unidades productivas.

6. La LC tampoco prevé la posibilidad de cesión, con la empresa o la unidad productiva que se transmite, de las acciones y de las acciones rescisorias en especial que correspondan al concursado.

Si bien en el anteproyecto de la LC de 1983 (art. 227), como en la Propuesta de Anteproyecto de 1995 (art. 165), existía la previsión de cesión de acciones rescisorias, no se contempla, sin embargo, en la vigente legislación concursal. De manera que resulta sumamente discutible que tales acciones puedan ser ejercitadas por personas que no están legitimadas para ello.

La doctrina científica estima que las acciones de reintegración de la masa interpuestas por la Administración concursal deben ser susceptibles de cesión junto con la empresa o las unidades productivas. Ello con base en que, si el objeto principal de la transmisión son la conservación y la continuidad de la empresa por el adquirente, es imprescindible que este pueda proseguir con el ejercicio de esas acciones⁸. Primero, porque el bien que se reivindica puede ser esencial para la continuidad de la empresa o puede ser susceptible de aumentar la productividad o las expectativas económicas de la empresa transmitida y, en consecuencia, redundar en un beneficio para los acreedores puesto que el asumente podrá satisfacerles sus créditos. Segundo, porque, si la empresa es objeto de transmisión, el adquirente debe asumir tanto las cargas como los beneficios que se deriven de los bienes que la integran y, entre ellos, se encuentran las acciones de reintegración de la masa activa puesto que tienen un valor patrimonial añadido a los bienes transmitidos y, por ello, deben ser tenidas en cuenta por el asumente a la hora de firmar una propuesta de convenio con asunción⁹.

Aunque exigiríamos mayor concreción en la legislación concursal, no obstante, se encuentra un ligero amparo en el artículo 176.3 de la LC referente a la conclusión del concurso e indica «no podrá dictarse auto de conclusión por inexistencia de bienes y derechos mientras se esté tramitando la sección de calificación o estén pendientes demandas de reintegración de la masa activa

⁸ RUBIO VICENTE, P. J.: «La enajenación de la empresa en la nueva Ley Concursal», *Revista de Derecho de Sociedades*, n.º 22, año 2004, págs. 115-155.

⁹ PULGAR EZQUERRA, J.: *Los convenios de asunción de pasivo en el marco de la transmisión concursal de empresa*.

o de exigencia de responsabilidad de terceros, salvo que las correspondientes acciones hubieren sido objeto de cesión». Por lo tanto, se admite expresamente que las acciones de reintegración de la masa activa o las de exigencia de responsabilidad pueden ser cedidas.

Queda pendiente, sin embargo, la cuestión de las acciones rescisorias y concretamente si estas son susceptibles de cesión cuando han sido previamente ejercitadas o cuando su ejercicio tiene lugar tras la transmisión de la empresa. La doctrina está dividida puesto que algunos autores estiman que son objeto de cesión las acciones ya iniciadas y, por el contrario, otro sector considera que las acciones que ya fueron iniciadas no pueden ser objeto de cesión porque el concursado que necesariamente tiene que ser parte en el convenio es una de las personas contra las que se ha dirigido la acción y carece de sentido que quien es parte en el convenio pacte la cesión de una acción ejercitada contra el mismo y, sin embargo, si la acción no se ha iniciado, sí podrá ser objeto de cesión¹⁰.

El argumento esgrimido no parece de peso como para rechazar la cesión de las acciones rescisorias ya iniciadas, puesto que la acción no se dirige solamente contra el deudor, sino también contra quienes hubieren sido parte en el acto impugnado y, en su caso, contra el tercero a quien se hubieran transmitido los bienes. Además que del anteriormente señalado artículo 176.3 de la LC se deriva la posibilidad de que esta acción podrá también ser cedida.

No obstante, en relación con las acciones rescisorias no iniciadas, la cuestión se complica enormemente. Ello resulta así porque el artículo 72.1 de la LC solo legitima a la Administración concursal y a los acreedores, subsidiariamente, cuando aquella no lo hiciera en el plazo de dos meses desde que la requirieron para rescindir o impugnar el acto concreto de que se trate. Resulta claro que, si el asumente es uno de los acreedores, en tal caso estará legitimado, pero, si el adquirente es un tercero ajeno al concurso, la norma no le da legitimación alguna y difícilmente cabría subsumirlo.

La doctrina ha pretendido salvar tal traba considerando al tercero un acreedor más como consecuencia de la adquisición realizada, que le legitima para adquirir una entrega efectiva e íntegra de todos los elementos que componen la empresa, entre los que se incluyen la doctrina, los bienes y los derechos salidos indebidamente de la masa.

Si bien es acertado entender que la cesión de las acciones rescisorias presupone la cesión de propio activo, en caso contrario carecerían aquellas de utilidad; no es menos cierto que el asumente adquiere la empresa en el estado en que se encuentra cuando se firma el convenio y, por tanto, ignora este si de la misma han salido o no bienes que pudieran resultar útiles o necesarios para su explotación.

Pero además, hay que considerar que, una vez que el convenio goza de su plena eficacia en virtud de la sentencia que le aprueba, provocando el cese de cualquier efecto de la declaración de

¹⁰ ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A.: «Comentario al artículo 100 de la Ley Concursal», en *Comentario a la Ley Concursal*, tomo II, 2004, Madrid.

concurso, incluido el cese de la Administración concursal, si no se hubieren iniciado las acciones de reintegración, ya no podrán iniciarse por nadie dado el cese de los administradores concursales, puesto que el artículo 176.3 de la LC se refiere a las demandas de reintegración pendientes, esto es, las iniciadas y no resueltas, con lo cual existiría un perjuicio para los acreedores y el propio adquirente, además de un enriquecimiento para quien hubiera adquirido los bienes que salieron indebidamente.

Por las razones expuestas, entendemos que es necesaria una mayor concreción legal y esclarecer si la cesión de acciones tiene puerta abierta o no y, así, se evitarían todas estas mil y una interpretaciones que quedan al juego del parecer del legitimado.

7. Silencio hace la legislación concursal en materia de cesión de contratos celebrados por el concursado y pendientes de ejecución tras la transmisión de la empresa o de las unidades productivas. Si bien, se suele acudir a las normas generales de cesión contractual, entre las cuales, cabe destacar el consentimiento del contratante cedido, que resulta una traba a los objetivos de la enajenación de la empresa o de las unidades productivas, esto es, la conservación y continuidad de la empresa o de las unidades productivas.

Por ello, defendemos la necesidad de *lege ferenda* de una explícita previsión normativa que sea positiva a la sucesión automática de contratos celebrados por el concursado y que estén pendientes de ejecución. De tal manera, contribuiría a la posibilidad de que la explotación de la empresa o de las unidades productivas tenga mayores garantías de continuidad y recuperación económica.

8. Existe un octavo aspecto en nuestra legislación concursal que no tiene previsión alguna y del que se derivan importantes consecuencias según se estime una u otra interpretación. Nos referimos al alcance de la asunción del pasivo. Como se ha explicado, el convenio establece que el adquirente de la empresa o de las unidades productivas transmitidas asume conjuntamente la obligación de pago de los créditos en los términos que establezca el convenio. Pues bien, el problema esencial radica en el alcance de la asunción del pasivo, esto es, si tiene un efecto liberatorio para el concursado o si bien tiene un efecto acumulativo en virtud del cual el primitivo deudor no se libera del pasivo, sino que entra en juego el nuevo adquirente a modo de reforzar la posición deudora.

La doctrina afirma que tal decisión se subsume en la autonomía de las partes¹¹, con lo cual, estas pueden pactar que la asunción sea liberatoria, pero, a falta de pacto, se estima que la asunción es acumulativa porque es la solución que mayor protección ofrece a los acreedores¹².

No obstante, la jurisprudencia entiende que forma parte de la autonomía de la voluntad de las partes el alcance de la asunción del pasivo. Se estima como ejemplo el convenio presentado

¹¹ VALPUESTA GASTAMINZA, E.: *Comentarios a la Ley Concursal*, tomo II, pág. 92, editorial Aranzadi, edición 2010.

¹² PULGAR EZQUERRA, J. y ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., *op. cit.*

en el concurso de la entidad «Dorlast» [Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Madrid, 16 de noviembre de 2005 (AC 2005, 2067)], en el que una de las propuestas alternativas contemplaba la adquisición de bienes por otra entidad del grupo, la continuación de la actividad, la asunción de la plantilla laboral de la concursada y el compromiso de pago, de forma cumulativa con el concursado, de una parte de la masa pasiva.

Sin embargo, estimamos que jurídicamente la figura del convenio de asunción no tiene similitud alguna con un contrato de asunción de deudas en derecho civil y, por ello, no puede trasladarse esta dogmática controvertida en los mismos términos en que da lugar en derecho civil. Ello porque el asumente de las obligaciones que conjuntamente con la empresa o las unidades productivas se transmiten ha sido, con toda probabilidad, objeto de modificación, esto es, existan quitas, esperas y otras condiciones que quedan plasmadas en el convenio que se haya establecido, con esto queremos decir que la obligación del primitivo deudor es bien distinta a la obligación dispuesta en el convenio. De manera que lo que el asumente adquiere en este caso es una obligación propia y directa frente a los acreedores. La figura del deudor no se sustituye, sino más bien es la relación obligatoria que queda sustituida puesto que la aprobación judicial del convenio extingue la relación jurídica obligacional del concursado con los acreedores; además, por todo ello, estimamos que el concursado queda liberado y quedará solo un obligado al cumplimiento, esto es, el asumente.

Estimamos de *lege ferenda* también una regulación más específica en este ámbito, así como los efectos de un hipotético incumplimiento del convenio por parte del asumente. Aunque consideramos que ante un hipotético incumplimiento no se activarían las consecuencias del artículo 140 de la LC, ni el concursado volvería a ser de nuevo el obligado, ni se produciría una reapertura del concurso, etc., precisamos, como es obvio, de mayor regulación a fin de evitar incoherencias y malas praxis.

9. En relación con lo anterior, cabe incidir en dos aspectos más con respecto al artículo 149.2 de la LC. Así es, por un lado, la necesidad de que se establezca *ope legis* de que el adquirente de la empresa o unidad productiva enajenada quede libre de la cuantía de salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación y que, por tanto, sea, automáticamente, asumido por el Fondo de Garantía Salarial (FOGASA). De tal manera, el comprador quedaría fuera de incertidumbres ante la decisión que pudiese estimar el juez, dado que, actualmente, queda a su discreción («[...] el juez podrá [...]») si el FOGASA cubre o no esas cantidades.

Por otro lado, cabe incidir en que el artículo 149.2 de la LC se puede interpretar a contrario sensu generando no pocas consecuencias. Así es, la norma establece que únicamente existe sucesión de empresas a los efectos laborales, de manera que resulta claro que se excluyen otros ámbitos aparte del laboral. Es decir, el asumente no quedaría subrogado en ninguna de las deudas de orden civil, mercantil o tributario de la empresa concursada.

Es más, este régimen específico del procedimiento concursal resulta contrario a lo regulado por la normativa de la Seguridad Social, la cual dispone que, en los casos generales (fuera del

ámbito concursal), cuando se produce una transmisión de empresa o de una unidad productiva, existe sucesión de empresa y 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.

En el mismo sentido, la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en su artículo 42.1, dispone que no serán responsables solidarios por las obligaciones tributarias contraídas por el anterior titular y derivadas de su ejercicio los adquirentes de explotaciones o actividades económicas pertenecientes a un deudor concursado cuando la adquisición tenga lugar en un procedimiento concursal.

En este sentido, el Auto la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.ª, Auto 31/2007, de 29 de noviembre) dice:

«[...] Con ello, claramente, la Ley concursal parte de la premisa de que la enajenación de la empresa o de la unidad productiva dentro de la liquidación se hace libre de deudas, esto es el adquirente no se subroga en las deudas del concursado, sin perjuicio de las garantías reales que puedan gravar alguno de los bienes muebles o inmuebles incorporados a la empresa o unidad productiva. A estos efectos, la venta de la empresa o de una unidad productiva tiene el mismo régimen que la realización individualizada o en lotes de los elementos que componen el activo, pues el adquirente las recibe libre de cargas, salvo las reales que graven alguno de los bienes adquiridos [...]».

4. LA INEFICIENCIA DE LA REGULACIÓN ACTUAL: UN PASEO POR EL DERECHO COMPARADO

La profunda reforma que ha de acometerse en el derecho concursal español no ha de ser especialmente pionera o innovadora en relación con los países de nuestro entorno. Mas, al contrario, sería suficiente con que nuestra tradición ultragarantista¹³ fuera influenciada definitivamente por los institutos que permiten ágilmente la venta del conjunto de la compañía o de las unidades productivas en otros países, especialmente los anglosajones.

Por ejemplo, el llamado *pre-pack administration*, del derecho inglés, permite la venta de la empresa del concursado de forma célere nada más declarado el concurso, evitando la depreciación de la compañía.

¹³ Las garantías que, incluso tras la tímida reforma en este aspecto llevada a cabo por la Ley 38/2011, impone nuestra Ley Concursal en lo que hace a la enajenación del conjunto empresarial o de la unidad productiva, hacen que el procedimiento sea especialmente lento e ineficaz, lo que conlleva el deterioro de la práctica totalidad de la cartera de clientes, logrando –a la postre– un resultado ínfimo de satisfacción de los créditos concursales y, en muchos casos, incluso de los créditos contra la masa.

Mediante este sistema, todos los bienes de la compañía son transmitidos *uno actu* a terceros interesados, que pueden ser incluso los propios empleados, los administradores o, llegado el caso, los propios accionistas.

El origen de este instituto puede ser de origen judicial o extrajudicial. La práctica demuestra que, en la gran mayoría de los supuestos, es comenzado extrajudicialmente entre el deudor insolvente y un tercero con carácter previo a la apertura de la denominada fase de *administration*. Finalmente, la enajenación sería realizada –previa autorización por el juez– en dicha fase.

De esta manera, no se transmitirían las deudas anteriores, sino que las mismas serían satisfechas con el dinero otorgado como contraprestación de la mencionada enajenación, que permanecería en la empresa hasta la satisfacción según el orden de prelación de los acreedores. Obviamente, solo son transmitidas las deudas garantizadas con garantía real, si las mismas no logran ser satisfechas.

A modo de síntesis expositiva de las enormes ventajas que un régimen como el mismo podría reportar al sistema español, podemos referirnos a la Sentencia del Tribunal Supremo inglés de 15 de mayo de 2009 [Kayley Vending Ltd., EWHC 904 (Ch), HHJ David Cooke]¹⁴.

4.1. CELERIDAD EN LA VENTA DEL NEGOCIO (*ENABLES A BUSINESS TO BE SOLD QUICKLY*)

El valor de la seguridad jurídica que otorga a todos los operadores que se relacionan con la compañía el hecho de saber que una empresa no está en concurso de acreedores resulta ciertamente incalculable. De hecho, en Estados Unidos e Inglaterra se ha recurrido en varias ocasiones a la quiebra de sociedades cotizadas –con la aquiescencia de las autoridades bursátiles y del poder judicial– en vienes, autorizándose y comunicándose a los terceros la venta del conjunto empresarial o de la unidad productiva el propio fin de semana, con una quita para acreedores y accionistas, pero sin riesgo de desplome de la sociedad. De esta manera, se mitiga el llamado «problema temporal» del concurso, siendo gestionada la enajenación en un breve en plazo. Dicho sistema resulta de impensable cabida en nuestro ordenamiento. Pensemos, por ejemplo, en el reciente concurso de la compañía cotizada Pescanova, S.A., que hizo perder la práctica totalidad del valor de las acciones que tenían sus accionistas minoritarios. Dicha compañía, actualmente en suspensión bursátil¹⁵, jamás volverá a cotizar, y algunos expertos estiman que el valor de la acción es cero.

¹⁴ AZOFRA VEGAS, F.: «La agilización de la reestructuración del activo: "pre-pack" y procedimiento abreviado en la reforma de la Ley Concursal», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º 17, sección Varia, segundo semestre de 2012, pág. 131, editorial La Ley, 16296/2012.

¹⁵ *El País online*, 5 de abril de 2013, «Pescanova entra en concurso de acreedores», http://economia.elpais.com/economia/2013/04/04/actualidad/1365104319_025768.html

4.2. LA RETENCIÓN DE EMPLEADOS (*EMPLOYEES CAN BE RETAINED WHO MIGHT LEAVE*)

No podemos obviar que uno de los principales activos de las compañías es su capital humano. Ante las situaciones de insolvencia, los mejores empleados suelen tardar poco en encontrar ofertas similares que, en otro caso, no hubieran aceptado. Mediante esta ágil enajenación el nuevo empresario podría elegir qué empleados mantiene, lo que redundaría en una indudable retención del capital humano, no necesitado de buscarse otra compañía donde desarrollarse profesionalmente.

Además, hay que tener en cuenta el impacto que la falta de enajenación del conjunto o de la unidad productiva podría tener en los derechos de los trabajadores y, especialmente, en el mantenimiento de los puestos de trabajo. En ese sentido, no puede olvidarse que en la gran mayoría de los casos los créditos de los asalariados –contra la masa– son los que acaban con la liquidez y por consiguiente con la actividad de la empresa, al tener que ser pagados a su vencimiento.

4.3. CONTRATOS CON CLIENTES Y PROVEEDORES (*CONTINUITY OF CUSTOMERS AND SUPPLIERS CONTRACTS CAN BE MAINTAINED*)

Como dijimos, a nadie se le escapa que el valor principal del que suelen disponer las compañías es su cartera de clientes, que constituye su espina dorsal y razón de ser. Pues bien, imaginemos cuántos consumidores estarían dispuestos a adquirir un viaje a una agencia que está en concurso de acreedores. Seguramente, para que un 1 % de ellos accediera, sería necesario que se les ofreciesen descuentos muy sustanciales, debido al riesgo inherente que soportarían.

De tan simple ejemplo se infiere la necesidad capital de conservar la cartera de clientes –y de proveedores–, que normalmente se difumina poco a poco o de un plumazo tras la declaración de concurso. Mediante este instituto, al cliente le resulta indiferente quién es el empresario que está detrás de la compañía, pues lo único que le importa serán los bienes y servicios que la misma ha venido ofreciendo.

Para los proveedores, sin embargo, la situación puede ser diferente, pues en su caso inmediatamente se cerciorarían de que han sufrido una importante quita a la deuda que la sociedad tenía para con ellos. Sin embargo, una vez asumida dicha situación, y cuando sean perfectamente conocedores de que el instituto concursal impediría que el nuevo adquirente volviese a presentar un *pre-pack* hasta transcurridos varios años, no les quedaría más remedio que seguir operando con normalidad con el nuevo empresario que ha adquirido el conjunto empresarial o la unidad productiva enajenada.

4.4. MAXIMIZACIÓN DEL VALOR DE REALIZACIÓN

Por supuesto, la mayor ventaja que dicho régimen presenta es permitir la transmisión de la venta en globo (a la que se refiere el art. 1.532 del Código Civil), pero en una situación de insol-

vencia. Hemos de ser plenamente conscientes del menor valor de realización que tendría un valor en caso de fin de la actividad empresarial. De esta manera, si la enajenación fuese aceptada por un quórum determinado de acreedores –por ejemplo, el 50%– y aceptara la enajenación con una determinada quita –nunca superior al 50%–, se interrumpiría el devengo de intereses de todo tipo a favor de los acreedores, o se ahorrarían los gastos sobre la enajenación forzosa de los bienes, como pueden ser las costas judiciales, los anuncios de la subasta, etc.

4.5. MAYOR SEGURIDAD JURÍDICA PARA EL ADQUIRENTE

Los sistemas anglosajones, y en concreto el *pre-pack* inglés, permiten deslindar con mucha más precisión que nuestro ordenamiento las responsabilidades y pasivos que el comprador asume con el negocio, ofreciendo al adquirente una seguridad jurídica muy superior.

De *lege ferenda*, como antes comentábamos, sería necesaria una declaración expresa de que el comprador es exonerado de las obligaciones por salarios e indemnizaciones pendientes a la transmisión, así como los créditos de la Seguridad Social, o tributarias. Es decir, eliminar «[...] el juez podrá acordar que el adquirente no se subroga [...]», discrecionalidad la cual goza el juez que conozca del concurso. De esta manera, el posible comprador sería plenamente consciente de que la enajenación de la unidad productiva o del conjunto empresarial se haría libre de deudas, no subrogándose ni adquiriendo el nuevo titular las deudas del concursado –salvo las garantías reales de los bienes muebles o inmuebles–. Pues bien, el régimen es diferente en las garantías reales que pudiese gravar alguno de los bienes –muebles o inmuebles– incorporados a dicha empresa o unidad productiva. De tal manera, se favorecería verdaderamente la solución unitaria y se aseguraría así la viabilidad de la futura actividad productiva.

Por supuesto, dicho instituto puede gozar de ciertos inconvenientes si se realizase de manera automática. Así, es posible que la venta en globo no implicase la maximización del precio (*may not achieve the best price for the assets*); por esa razón, sería necesario que –como ocurre en el régimen actual– la venta de la unidad productiva quedase justificada por una acreditación del riesgo de devaluación de los bienes, o del incremento no razonable de los gastos de conservación de los mismos. Además, la Administración concursal deberá realizar una expectativa de venta de los bienes en lotes homogéneos o incluso la realización separada de cada elemento¹⁶.

Como inconveniente tradicional se suele enumerar asimismo la elevada asunción de costes durante la fase preconcursal, que serían detraídos de la contraprestación de la enajenación antes de dar satisfacción a los acreedores no garantizados (*credit may be incurred inappropriately in the pre-appointment period*). Entre dichos costes estarían los honorarios de los diferentes profesionales. Así, en los países anglosajones destacan las tarifas especialmente elevadas de personas

¹⁶ FERNÁNDEZ SEIJO, J. M.ª: *Tratado judicial de la insolvencia*, tomo II, pág. 584.

físicas o compañías de inversión que se dedican de manera inmediata a buscar posibles interesados en la adquisición del conjunto empresarial o de la unidad productiva. Sin embargo, como venimos destacando, la experiencia demuestra que estos costes suelen merecer la pena si finalmente se consiguen inversores interesados en la misma.

Como último inconveniente de este instituto mencionaríamos la escasa puesta a disposición de los acreedores de información, tanto antes como después de la transacción, que les impide influir en ella (*ex ante*) o desincentivar su impugnación (*ex post*) –«(*unsecured creditors can be deprived of the opportunity to influence the transaction before it takes place [...] (and have) insufficient information to make it worthwhile investigating and challenging the decisions taken*)»¹⁷. Como dijimos, la esencia especialmente ágil de este instituto impone que sean sacrificadas ciertas garantías que hoy por hoy nuestro ordenamiento impone para la enajenación del conjunto empresarial o de la unidad productiva. Sin embargo, aunque la venta fuese hecha a la mayor celeridad, siempre y cuando la enajenación fuese realizada con una total transparencia en lo que hace a la información a proporcionar por los promotores de la operación, y fuese necesario –como ocurre en la actualidad– que finalmente el juez decidiese si concede o no la posibilidad de transmisión, de nuevo la práctica demuestra que los acreedores estarían dispuestos a ceder su derecho de información, por una eventual mejor satisfacción de sus créditos.

Como dijimos, dicha posibilidad tiene muchas similitudes dentro de los sistemas anglosajones. Además del *pre-pack* inglés, podemos encontrar los institutos análogos dentro de los siguientes ordenamientos jurídicos:

Estados Unidos de América

Dentro del US Code-Chapter 11 se encuentra la regulación sobre la reestructuración de la empresa en caso de *bankruptcy* (quiebra o concurso). En concreto, la enajenación patrimonial de activos que puede abarcar la totalidad de la empresa encuentra su regulación en la sección 1.123 (a) (5) (B) del capítulo 11 del Bankruptcy Code norteamericano¹⁸.

El sistema de Prepackaged Bankruptcy sirve para agilizar el proceso de venta de la unidad productiva sin que se llegue a producir una reducción significativa de su valor en el mercado debido al concurso.

¹⁷ *Op. cit.*, «La agilización de la reestructuración del activo: "pre-pack" y procedimiento abreviado en la reforma de la Ley Concursal».

¹⁸ A título de cita, ello ocurre igual en la Insolvenz Ordnung alemana (§ 260 y ss.), en la cual se establece un principio de libertad de contenido del convenio, de manera que las partes son libres para establecer, bien la enajenación del patrimonio empresarial a una Übernahmegesellschaft, que, en principio, lo mantiene en funcionamiento y lo sana; bien la asunción del pasivo del concursado; o bien cualquier otro contenido. Para mayor información véase: KLUTH, T.: *Die übertragende Sanierung. Risiken und Nebenwirkungen einer Packunsbeilage zur Unternehmensveräußerung i der Insolvenz*, 2002, NZI.

Una vez que una empresa se ve en situación de insolvencia o concurso inminente, tiene varias opciones: someterse al capítulo 7 para la liquidación de la empresa, iniciar una restructuración «clásica» mediante lo estipulado en el capítulo 11, una restructuración realizada extrajudicialmente, o realizar una *prepackaged bankruptcy*.

Sin embargo, la ley es consciente de los altos costes que supone para algunas empresas realizar una restructuración «clásica» mediante el capítulo 11, añadiendo además que la alternativa más rentable es la *out-of-court restructuring* seguida de la *prepackaged bankruptcy*. Dicho orden no siempre se ajusta a la realidad, ya que, dependiendo del tipo de empresa y su situación, una medida puede ser más efectiva que la otra¹⁹.

El tema de los costes se puede trasladar a la venta de la unidad productiva. Debido a que en la *prepackaged bankruptcy* (así como en la restructuración clásica) solamente es requerido el acuerdo del 66% de los acreedores de la empresa, mientras que en la restructuración extrajudicial se necesita la unanimidad de los acreedores, la opción más favorable en términos de tiempo es la primera. Cabe destacar aquí que el consentimiento de los acreedores se clasifica por el tipo de crédito que sostienen contra el deudor, de modo que se necesitará el mismo porcentaje de consentimiento de cada uno de los tipos de créditos que existan en el momento de realizar la *prepackaged bankruptcy*.

A su vez, la protección que se concede al deudor en concurso es automática (*automatic stay*, que opera desde que se presenta la solicitud del concurso) en el caso de la *prepackaged bankruptcy* y la restructuración clásica debido a que son procedimientos en los cuales hay participación del juez concursal. Esta protección consiste en la prohibición a los acreedores de exigir su crédito o de solicitar embargos contra el patrimonio del deudor (*all collection activity by creditors, with certain exceptions*).

Existen además una serie de beneficios que no se dan en las restructuraciones extrajudiciales, que son:

- Tratamiento fiscal de la operación (*tax liability on cancellation of indebtedness income*).
- Posibilidad de amortización contable (*the use of net operating loss carryforwards*).
- Blindaje de las operaciones de impugnación de la enajenación (*the valuation of postrestructuring claims*).

Canadá

Por su parte, la Bankruptcy and Insolvency Act canadiense no especifica la posibilidad de realizar la *prepackaged bankruptcy*, pero en los artículos 4 y siguientes del Companies' Creditors

¹⁹ YOST, K.: *The choice among traditional chapter 11, prepackaged bankruptcy and out-of-court restructuring*, septiembre, 2002, <http://www.turnaround-sa.com/pdf/The%20Choice%20Among%20Processes.pdf>

Arrangement Act (CCAA) de 1985²⁰ se establece la posibilidad de establecer un «*compromise*» o «*arrangement*» con los acreedores (tanto garantizados como no garantizados), siempre que se notifique a todos ellos, y se cuente con el visto bueno del juez del concurso y dos tercios de los votos de cada clase de acreedor.

Existen una serie de circunstancias por las cuales el juez del concurso podría denegar el acuerdo entre deudor y acreedor que se encuentran en el artículo 6 del CCAA de 1985.

En definitiva, a través de la reforma de la LC llevada a cabo por la Ley 38/2011, se introdujo en España lo que podríamos denominar el instituto más similar al *pre-pack* inglés, mediante la introducción del artículo 190.3. Dicho artículo determina que «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».

Sin duda esta reforma ha de ser calificada positivamente, y constituye un nuevo y meritorio avance en la tendencia de maximización del valor de realización en sede concursal emprendida por el legislador.

Sin embargo, de una regulación tan parca y que presenta tantas dudas para el deudor enajenante y para el potencial comprador nunca podrá arrojar la seguridad jurídica necesaria para la ejecución de este tipo de operaciones, aún hoy condenadas al ostracismo teórico.

Es necesaria una apuesta clara y valiente por nuestro legislador concursal, que puede ser realizada con ocasión de la unificación de la LC al inminente nuevo Código Mercantil, emulando los institutos que con notable éxito vienen funcionando en los países anglosajones.

5. CONCLUSIONES

La deseable evolución legislativa sobre la venta de la unidad productiva en sede concursal debe encaminarse hacia un régimen más regularizado y con mayores perspectivas a la recuperación y conservación de la misma. No es óbice que, a pesar de los intentos, tras las dos últimas reformas de la legislación concursal para incentivar el acuerdo entre acreedores y concursado, no se haya regularizado con mayor detenimiento este régimen y contemplemos, no sin tristeza, que la gran mayoría de las empresas se vean abocadas a acabar en liquidación sin solución de continuidad de la actividad, con los efectos perjudiciales que ello conlleva para la economía del país en general, y el empleo en particular.

²⁰ Canada's Companies Creditors Arrangement Act (Consolidation), abril 16, 2013, <http://laws-lois.justice.gc.ca/PDF/C-36.pdf>

Por todo ello, hemos pretendido con este estudio concienciar al legislador de la problemática existente en nuestro país, donde las facilidades brillan por su ausencia. Sin olvidar otros acontecimientos externos a la legislación, está comprobado que en materia de concurso no se establecen los suficientes cauces para que el empresario conserve la misma y prosiga con su actividad cuando la venta de la empresa o de la unidad productiva es un mecanismo que beneficia al concursado, al adquirente de la empresa enajenada, a los acreedores y a los trabajadores.

Es preciso ahondar legislativamente en los siguientes puntos que a título resumen venimos a exponer:

- Definir y delimitar la obligación que debe asumir el adquirente respecto a la continuidad de la actividad empresarial.
- Delimitar *ope legis* el pasivo ante una enajenación de una unidad productiva en sede concursal.
- Establecer legislativamente qué créditos del concursado son objeto de transmisión.
- Regularizar si las acciones legales, especialmente las rescisorias, que pertenezcan al concursado serían o no objeto de cesión.
- Establecer *ope legis* la sucesión automática de contratos celebrados por el concursado y que estén pendientes de ejecución.
- Establecer y, en su caso delimitar, si la asunción del pasivo supone un efecto, bien liberatorio, o bien cumulativo para el concursado, evitando así el pacto *inter partes*.

No son en absoluto todos los cambios legislativos que en materia concursal resultan necesarios, pero son suficientes para que este mecanismo tenga mayor incidencia en los procedimientos concursales.

Además, sería deseable que contempláramos con mayor atención, al igual que se hizo con el Código Civil francés, las legislaciones más desarrolladas en materia concursal. Los ejemplos señalados son básicamente los ordenamientos jurídicos estadounidenses y canadienses, que se encuentran a la vanguardia en lo que hace a la maximización del valor de la empresa o la unidad productiva enajenada en sede concursal.

Bibliografía

- ALONSO LEDESMA, C. [2011]: *La transmisión de la empresa o de unidades productivas del empresario insolvente como contenido del convenio concursal*, julio, Madrid.
- AZOFRA VEGAS, F. [2012]: «La agilización de la reestructuración del activo: "pre-pack" y procedimiento abreviado en la reforma de la Ley Concursal», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º 17, sección Varía, II semestre, pág. 131, editorial La Ley, 16296/2012.
- CARTER, T. y KINDALL, D.: *Insolvency: so what is a pre-pack?*²¹.
- FERNÁNDEZ SEJO, J. M.: *Tratado Judicial de la Insolvencia*, tomo II, pág. 584.
- FRISBY, S.: «Baker & McKenzie-Lecturer in Company and Commercial Law», University of Nottingham, *A preliminary analysis of pre-packaged administrations*.
- LARGO GIL, R. [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*, págs. 87-116.
- PULGAR EZQUERRA, J.: *Los convenios de asunción de pasivo en el marco de la transmisión concursal de empresa*.
- ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. [2004]: «Comentario al artículo 100 de la Ley Concursal», en *Comentario a la Ley Concursal*, tomo II, Madrid.
- RUBIO VICENTE, P. J. [2004]: «La enajenación de la empresa en la nueva Ley Concursal», *Revista de Derecho de Sociedades*, n.º 22, págs. 115-155.
- VALPUESTA GASTAMINZA, E. [2010]: *Comentarios a la Ley Concursal*, tomo II, pág. 92, editorial Aranzadi.
- WALTON, P. [Reader in Law, University of Wolverhampton (UK)]: *When is pre-packaged Administration appropriate? A theoretical consideration*.
- YOST, K. E. [2002]: *The choice among traditional chapter 11, prepackaged bankruptcy and out-of-court restructuring*, septiembre, Purdue University (US).

²¹ <http://www.accountancyage.com/aa/feature/1755475/insolvency-pre-pack>