

LA VENTA DE LA UNIDAD PRODUCTIVA EN EL CONCURSO



Juan Carlos Noguera de Erquiaga. Abogado. Socio Pintó Ruiz & Del Valle.
Óscar Sánchez De La Torre. Abogado. Socio Pintó Ruiz & Del Valle.

Si bien la exposición de motivos de la Ley Concursal –romanos VI– indica que el convenio es la solución normal al concurso y que la Ley fomenta el convenio con una serie de medidas, todas ellas orientadas a alcanzar la satisfacción de los acreedores a través del acuerdo contenido en un negocio jurídico en el que la autonomía de la voluntad de las partes goza de gran amplitud, lo cierto es que en la práctica son pocos los procedimientos concursales que culminan con un convenio. La estadística es contundente: un porcentaje superior al 90 % de los concursos acaba en liquidación.

INTRODUCCIÓN

Siendo varios los factores y circunstancias que han convertido la liquidación en el modo habitual de concluir los concursos –bien porque ya se anuncia de inicio y se aporta plan de liquidación, bien porque se solicita durante la fase común, bien porque no se presentan propuestas de convenio en los plazos y términos legales, bien porque sometidos los convenios al parecer de los acreedores son rechazados, o bien porque aprobados los convenios resulta imposible su cumplimiento–, el legislador no tuvo más remedio que, con la reforma de la Ley de 2011, excluir algunos de los obstáculos que, en su apuesta por la solución convenida del procedimiento, hasta el momento existían para la realización de activos durante la fase común.

La experiencia, nos ha demostrado que en la mayoría de ocasiones las empresas llegan tarde al concurso, circunstancia que determina que tanto la tesorería como el circulante, también suelen llegar muy comprometidos a la fecha de declaración. Es por ello y como consecuencia, que la inmensa generalidad de los concursos que se tramitan, terminan en liquidación.

Las cautelas y garantías anteriores a la última reforma –p.ej. el aguardar cuando menos al informe del administrador concursal para poder iniciar las tareas de liquidación–, no tenían en cuenta, entre otros: (i) el riesgo de depreciación de algunos bienes; (ii) la posible generación de gastos complementarios derivados de su conservación tales como alquileres, depósitos, seguros, etc. que incrementaban los créditos contra masa; o (iii) el perjuicio que sufrían algunos acreedores ante la

demora en el procedimiento, la cual retrasaba también la efectiva posesión de los locales o depósitos en los que se encontraban esos activos. Por ello, tras la **reforma que operó la Ley 38/2011**, de 10 de octubre, de alguna manera se **ha venido a flexibilizar** aquello que en los juzgados ya se venía aplicando, es decir, una atenuación de **los rígidos criterios de venta en fase común que fijaba la antigua redacción del artículo 43 de la Ley Concursal.**

LOS APARTADOS 2º Y 3º DEL ARTÍCULO 43 DE LA LEY CONCURSAL. VENTA EN FASE COMÚN

El artículo 43. 3 de la Ley Concursal, modificado por la Ley 38/2011, cada día se aplica más para permitir la enajenación de activos del concursado en un mo-

mento inicial del proceso, es decir, **antes de la aprobación judicial del convenio o la apertura de la fase de liquidación**. Todo ello, sin la necesidad de autorización judicial y siempre que se cumplan unos determinados requisitos y circunstancias –gastos necesarios y justificados, necesidades de tesorería que exijan la continuidad del concurso, actos indispensables de disposición para garantizar la viabilidad de la empresa, bienes de rápida devaluación o perecederos (Auto del Juzgado Mercantil nº 1 de Bilbao, de 10 de enero de 2.005), bienes no necesarios cuando tenga una oferta por valor similar al de inventario (10 % inmuebles y 20 % muebles si no consta oferta superior), etc.–.

Por otro lado, nos encontramos también como la **interpretación a sensu contrario del apartado 2º del mencionado precepto, habilita a la administración concursal** –puesto que no existe impedimento legal alguno–, a **solicitar la autorización judicial para la venta de la unidad productiva** (“*bienes y derechos que integran la masa activa*”) de la empresa en concurso. Dicho precepto no establece límite alguno, puesto que habla de “bienes” en general –entre los que encontraríamos comprendidos, lógicamente, la venta de la unidad productiva–.

Ejemplo ilustrativo de lo anterior, lo encontramos en el Auto de adjudicación dictado por el Juzgado Mercantil nº 9 de Barcelona –concurso de la mercantil “GRUPO MECANOTUBO,



LEGISLACIÓN

www.bdifusion.es

- Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. (Normas Básicas. Marginal: 24050). Arts.; 43.2, 43.3, 100,148, 149, 149.1.1ª, 149.2, 188, 190.3, 191 ter.
- Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social. (Normas Básicas. Marginal: 6873). Art.127.2.
- Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria. (Normas Básicas. Marginal: 24315). Art.42.
- Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. (Normas Básicas. Marginal: 68). Arts.; 33, 44.

S.A.”–, procedimiento en el que transcurridas escasamente dos semanas de su solicitud, se presentó una oferta para la adjudicación de la unidad productiva. Dicha propuesta, fue resuelta por el tribunal dentro de los dos meses siguientes a la aportación y petición al Juzgado por parte de la administración concursal. El Auto referido, nos dice claramente que “*el único requisito para que dicha venta sea conforme a derecho, es darle a la misma la publicidad exigida en el art. 188 LC, a fin de garantizar que participen en ella el mayor número de personas posible y vender la unidad productiva al mejor postor, todo ello, en interés del concurso*”. Es más, a mayor abundamiento, también indica que además de que en los artículos 100 y 149 de la Ley Concursal –aplicables por analogía al 43. 2 de la misma ley–

se prevé expresamente, como mejor de las posibilidades de transmisión, la venta unidad productiva de la concursada, según lo dispuesto en el artículo 149. 1. 1ª de la Ley Concursal y a la **hora de liquidar los bienes de la concursada, la enajenación de los mismos como un todo se considera opción prioritaria**, puesto que la posibilidad de que el Juez autorice la realización aislada de sus unidades productivas se menciona expresamente.

PROCEDIMIENTO PARA LA VENTA DE LA UNIDAD PRODUCTIVA

Sin perjuicio de asumir que cada procedimiento es único y como tal

tiene sus propias particularidades, exigiendo por tanto el uso de unas u otras alternativas en función del tipo, comprobamos como en el proceso para la venta de la unidad productiva dentro del concurso coinciden diversas fases o momentos. A falta de una regulación específica, pero disponiendo ya de un procedimiento claro y relativamente ágil que permite la continuidad empresarial de muchas compañías, pasamos a continuación a analizar, mediante la utilización de otro caso práctico, cuales son sus principales fases:

La administración concursal designada en el concurso de la mercantil “CACAOLAT, S.A.”, tramitado en el Juzgado Mercantil nº 6 de Barcelona, sometió en su día a autorización judicial el proceso de venta de la unidad productiva de la compañía. El procedimiento propuesto fue el siguiente:

1. A fin de asegurar la obtención de liquidez y la continuidad de la actividad durante el proceso de venta, **la participación como postores de sólo aquellas entidades interesadas que hubieran contribuido previamente en el proceso de financiación de la concursada.** Dichas cantidades, se dedujeron del precio finalmente ofrecido por la entidad adjudicataria y al resto se le abonó.
2. **Puesta a disposición de los candidatos de la información habitual en procesos de *due diligence* de compraventa de empresa,** previa firma de un compromiso de confidencialidad.
3. **Presentación en sobre cerrado** por parte de los postores de las ofertas para la adquisición de la unidad productiva, indicando: **precio total ofrecido, condiciones de pago, número de trabajadores asumidos junto con su puesto de trabajo y categoría profesional, y plan industrial y empresarial de los oferentes.**
4. **Apertura de ofertas, informe de la administración concursal y posibilidad para los mejores oferentes de realizar ofertas definitivas.**
5. **Auto de adjudicación y concesión a la entidad elegida de un plazo máximo de un mes para consignar el precio en el Juzgado.** La autorización judicial no supuso sucesión empresarial –a excepción de los efectos laborales respecto de los trabajadores asumidos por la oferta ex. art. 149. 2 de la Ley Concursal–, ni tampoco el adquirente paso a subrogarse en las obligaciones tributarias.

LA SUCESIÓN DE EMPRESA

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, de 16 de diciembre de 2009, reiterando la jurisprudencia sentada anterior, pasó a fijar cual era el régimen general de sucesión de empresa fuera del ámbito concursal (artículos 104 y 127. 2 TRLGSS –créditos Seguridad Social–, artículo 42 LGT –créditos tributarios– y artículo 44 ET –créditos laborales–).

En el caso de concurso de acreedores, la norma especial que rige es la ley concursal, por lo que la venta de empresa o de una unidad productiva no deja de ser un medio de realización, dentro de la liquidación concursal, de los bienes y derechos de contenido patrimonial del deudor concursado alternativo a la enajenación individualizada o por lotes de los distintos elementos de la masa activa.

El artículo 149. 2 de la Ley Concursal, que regula **los efectos de las ventas de empresa o de unidades de producción, establece que cuando como consecuencia de la enajenación, una entidad económica mantenga su identidad, entendida como conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesorio, “se considerará, a efectos laborales, que existe sucesión de empresa”.** Sin perjuicio de ello, continúa y reconoce al Juez del concurso la facultad de “*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 Estatutos de los Trabajadores*”.

En base a lo anterior, nos encontramos como la **Ley Concursal** –como bien apunta el Auto de 6 de septiem-

JURISPRUDENCIA

www.bdifusion.es

- Auto del Juzgado Mercantil nº 1 de Bilbao de 10 de enero de 2005.
- Auto del Juzgado Mercantil nº 9 de Barcelona de 6 de Septiembre de 2012, Nº Rec. 436/2012, (Marginal: 2422407).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 16 de Diciembre de 2009.

bre de 2012 dictado por el Juzgado Mercantil nº 9 de Barcelona y que aprobó la venta directa y anticipada de la unidad de negocio de la entidad “GRUPO MECANOTUBO, S.L.–”, parte de la **idea de que la enajenación de la empresa o de la unidad productiva dentro de la liquidación se hace libre de deudas**, es decir, que 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, vemos como **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**. Y ello es así, como consecuencia de la lógica del concurso, que no es otra que dar una solución común al problema ocasionado con la insolvencia del deudor común para sus acreedores, articulando un procedimiento que facilite un convenio o, si no es posible –o no se llega a cumplir–, una liquidación universal del activo del deudor.

VENTA EN FASE DE LIQUIDACIÓN Y OTROS MECANISMOS PARA SU POTENCIACIÓN DENTRO DEL CONCURSO

En el supuesto de que la venta de la unidad productiva se prevea en el plan de liquidación de conformidad con lo establecido en el artículo 148 de la Ley Concursal, ésta deberá estar sometida a unos mínimos requisitos formales y materiales. El objeto de dichos requisitos, no es otro que dejar suficientemente justificada la razón de dicha venta, es decir: **(i)** que quede suficientemente **acreditado el riesgo de devaluación** de los bienes o el incremento no razonable de los gastos de conservación de los mismos; **(ii)** que se **evalúe por la administración concursal la expectativa de venta** de los bienes en lotes homogéneos o incluso la realización separada de cada elemento; **(iii)** que se **pondere la oferta recibida con las posibles ofertas** que pudieran obtenerse en el trámite de venta de los elementos aislados de la masa activa; **(iv)** que se **establezcan parámetros identificables para valorar la empresa en funcionamiento y la valoración de cada uno de esos bienes o derechos** si se vendieran

aisladamente; y **(v)** que se considere el **impacto que la no autorización de la venta** pudiera tener respecto de los derechos de los trabajadores –especialmente el mantenimiento de los puestos de trabajo considerados no sólo desde su perspectiva social, sino también desde la perspectiva de la repercusión que la extinción de los contratos tendría en los créditos contra la masa–.

Y por último, destacar **otro de los mecanismos** que la reforma concursal ha incluido para la **potenciación de la venta de unidades dentro del concurso**, concretamente el que permite al **Juez del concurso aplicar el procedimiento abreviado** –con las particularidades previstas en el artículo 191 ter de la Ley Concursal–, en aquellos supuestos en los que el deudor, junto con la solicitud de concurso, presenta una propuesta de liquidación contenedora de una **proposición escrita vinculante de compra de la unidad productiva en funcionamiento** (artículo 190.3 de la Ley Concursal). Con dicha medida, sin duda se permite evitar el deterioro que para la unidad productiva puede significar la tramitación del concurso. ■

BIBLIOGRAFÍA

www.bdifusion.es

BIBLIOTECA:

- NOGUERA DE ERQUIAGA, JUAN CARLOS. *Ley Concursal*. Madrid. Ed. Difusión Jurídica. 2011.

ARTÍCULOS JURÍDICOS:

- VERDUGO, JUAN y LAMA, CARLOS. *Reforma de la Ley Concursal. Principales Novedades*. Economist & Jurist Nº 155. Noviembre 2011. www.economistjurist.es.