



ADQUISICIÓN DE ACTIVOS Y UNIDADES DE NEGOCIO EN SEDE CONCURSAL

JAVIER GALLEGO LARRUBIA

Doctor en Derecho-Abogado; Profesor de Derecho Mercantil UCM; Socio en Laffer Abogados

Revista Aranzadi Doctrinal 4 • Abril 2017 • Págs. 211 a 242

Fecha recepción: 21/02/2017

Fecha aceptación: 03/03/2017

Resumen: En este artículo se trata de ofrecer una visión sistemática y ordenada del marco normativo español al que se enfrenta el potencial adquirente de activos y unidades productivas pertenecientes a empresas en situación de concurso o con un convenio de acreedores aprobado y en fase de ejecución. La Ley Concursal española, tras sucesivas reformas, prevé e incentiva la adquisición de activos, empresas y unidades de negocio del deudor concursado en las distintas fases del procedimiento concursal, estableciendo distintas prescripciones legales en función de la fase del concurso de acreedores en la que se realicen tales operaciones de adquisición, si bien determinadas normas previstas para la liquidación concursal son también aplicables a estas operaciones cuando se llevan a cabo en las otras fases del concurso. Asimismo, en sede de liquidación la Ley Concursal establece normas que afectan específicamente a la enajenación activos concursales afectos a créditos con privilegio especial y prevé la posibilidad de enajenar activos litigiosos del deudor concursado.

Palabras clave: Ley Concursal; Insolvencia.

Abstract: This article is intended to provide a systematic and orderly approach of the Spanish legal framework faced by the proposed acquirer of assets and productive units belonging to companies which have been declared insolvent, or with a creditor's agreement approved and under implementation. Following successive reforms, Spanish Insolvency Law provides and promotes the acquisition of assets and business units of the insolvent debtor at different stages of the insolvency proceedings, by establishing different legal prescriptions which shall depend on the phase of the proceeding in which the said procurement transactions have been carried out. However, there are certain rules concerning bankruptcy liquidation phase which are also applicable to these transactions when they are carried out in the other stages of the insolvency proceedings. Likewise, for bankruptcy liquidation, the Spanish Insolvency Law lays down rules that specifically affect the disposal of bankruptcy assets assigned to credits with special privilege and provides the possibility of disposing debtor's disputed assets.

Keywords: Insolvency Law; Insolvent.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. ADQUISICIÓN DE ACTIVOS Y UNIDADES DE NEGOCIO EN LA FASE COMÚN DEL CONCURSO. 1. *Regla general: necesaria autorización judicial (art. 43.2 LC)*. 2. *Excepciones a la regla general (art. 43.3 LC)*. 3. *Transmisión de unidades productivas (art. 43.4 LC)*. III. ADQUISICIÓN DE ACTIVOS Y UNIDADES DE NEGOCIO UNA VEZ APROBADO UN CONVENIO DE ACREEDORES. 1. *Principios generales y posibilidad de establecimiento en el convenio de acreedores de medidas prohibitivas o limitativas del ejercicio de las facultades de administración y disposición del deudor*. 2. *Posible ejercicio de acciones de reintegración a la masa contra los actos de disposición permitidos según el convenio que resulten perjudiciales para la masa pasiva realizados en fase de ejecución del convenio*. 3. *Las llamadas «propuestas de convenio de asunción» (art. 100.2 LC)*. IV. ADQUISICIÓN DE ACTIVOS Y/O UNIDADES DE NEGOCIO EN LA FASE DE LIQUIDACIÓN CONCURSAL. 1. *Consideraciones generales*. 2. *Efectos de la liquidación sobre el concursado. Necesaria interlocución con la administración concursal a efectos de adquisición de activos o unidades productivas*. 3. *Preferencia de la LC por la transmisión en conjunto de la empresa o de las unidades productivas del deudor concursado. Las especialidades introducidas por el nuevo art. 146 bis LC para la transmisión de unidades productivas*. 4. *Existencia de plan de liquidación o aplicación de las reglas legales supletorias (arts. 148 y 149 LC)*. 5. *Plan de liquidación*. 5.1. *Contenido y límites*. 5.2. *Procedimientos para la realización de los activos del deudor concursado: Venta directa, transmisión mediante entidad especializada o subasta*. 6. *Reglas supletorias de liquidación (art. 149 LC)*. V. CUESTIONES ESPECÍFICAS EN RELACIÓN CON LA TRANSMISIÓN DE ACTIVOS QUE GARANTIZAN UN CRÉDITO CON PRIVILEGIO ESPECIAL (ART. 155 LC). 1. *Limitación del privilegio especial y pluralidad de privilegios especiales sobre un mismo activo*. 2. *Facultad de rescate del activo afecto a un crédito con privilegio especial ejercitable por la administración concursal*. 3. *Transmisión del activo afecto a un crédito con privilegio especial con o sin subsistencia de la garantía o gravamen. Especialidades en el supuesto de que el activo se transmita incluido en los establecimientos, explotaciones o unidades productivas del deudor concursado que se enajenen en conjunto*. 3.1. *Transmisión con subsistencia de la garantía o gravamen. A. Transmisión del activo individualmente considerado. B. Transmisión del activo afecto por el privilegio especial con subsistencia de la garantía e incluido en los establecimientos, explotaciones o unidades productivas del deudor concursado que se enajenen en conjunto*. 3.2. *Transmisión sin subsistencia de la garantía o gravamen. A. Transmisión del activo individualmente considerado. B. Transmisión del activo afecto por el privilegio especial sin subsistencia de la garantía e incluido en los establecimientos, explotaciones o unidades productivas del deudor concursado que se enajenen en conjunto*. 4. *Completa satisfacción del crédito con privilegio especial (el nuevo art. 155.5 LC)*. 5. *Enajenación de activos litigiosos*.

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos años, en gran medida por las oportunidades de negocio surgidas de la situación de crisis atravesada, han proliferado las operaciones de adquisición de activos, empresas y unidades de negocio en sede concursal. El potencial

adquirente se ha enfrentado y se enfrenta a un marco normativo complejo y que ha sido objeto de numerosas reformas legales, que en no pocas ocasiones ha redundado en la generación de cierta confusión sobre el régimen jurídico aplicable a tales operaciones.

La Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal («LC»), tras las sucesivas reformas operadas en la misma durante los últimos años, contempla, en incluso incentiva, la posibilidad de que se puedan adquirir activos y unidades de negocio del deudor concursado en las distintas fases del procedimiento concursal.

Las normas jurídicas que afectan a este tipo de operaciones establecen distintas prescripciones legales en función de la fase del concurso de acreedores en la que se realicen tales operaciones de adquisición.

Por ello trataremos en diversos apartados las distintas cuestiones que se plantean en el contexto de tales operaciones, principalmente desde la perspectiva del potencial adquirente, en la fase común, en la fase de ejecución del convenio de acreedores y en la fase de liquidación concursal, si bien determinadas normas previstas para la liquidación, ubicadas sistemáticamente en el Capítulo II del Título V de la LC, son de aplicación también a las operaciones contempladas cuando se llevan a cabo en las otras fases del concurso.

En sede de liquidación la LC establece además normas que afectan específicamente a la enajenación activos del deudor concursado afectos a créditos con privilegio especial y prevé también en el ámbito de la liquidación la posibilidad de enajenar activos del deudor sobre cuya titularidad o disponibilidad esté promovida una cuestión litigiosa.

En el presente trabajo no se trata de realizar un examen exhaustivo de las normas de la Ley Concursal que afectan a la transmisión de activos y unidades productivas con vocación de agotar las múltiples problemáticas que suscita su interpretación, sino que se trata de ofrecer una visión sistemática y ordenada, en la medida de lo posible, del marco normativo al que se enfrenta el potencial adquirente de tales activos y unidades productivas pertenecientes a empresas en situación de concurso o con un convenio de acreedores aprobado y en fase de ejecución.

II. ADQUISICIÓN DE ACTIVOS Y UNIDADES DE NEGOCIO EN LA FASE COMÚN DEL CONCURSO

1. REGLA GENERAL: NECESARIA AUTORIZACIÓN JUDICIAL (ART. 43.2 LC)

Partiendo del principio establecido en el art. 43.1 LC acerca de que «[e]n el ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre la masa activa, se atenderá a su conservación del modo más conveniente para los intereses del concurso [...]», el art. 43.2 LC, de conformidad con su vigente redacción dada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, establece como regla general que «[h]asta la aprobación judicial del convenio o la apertura de la liquidación, no se podrán enajenar o gravar los bienes y derechos que integran la masa activa sin autorización del juez».

Los actos de disposición y gravamen de los bienes y derechos que conforman la masa activa son los que tienen una mayor trascendencia sobre el patrimonio del deudor concursado, ya que o bien disminuyen su patrimonio o bien lo limitan con los gravámenes constituidos y, en todo caso, reducen el valor de la masa activa.

Por este motivo, la LC somete, como regla general, los actos de enajenación y gravamen de los activos del deudor concursado a la decisión de la administración concursal y a la obligatoria autorización del Juez del concurso.

No obstante, este sistema opera sólo hasta la aprobación judicial del convenio de acreedores o hasta la apertura de la fase de liquidación concursal (esto es, una de las dos posibles soluciones del concurso, que son obviamente incompatibles entre sí).

Por un lado, una vez aprobado el convenio de acreedores, con carácter general cesará el régimen de intervención de las facultades de disposición y administración del deudor sobre su patrimonio y cesará la propia administración concursal.

Por otro lado, en relación con la fase de liquidación, las normas legales pueden generar cierta disfunción, ya que entre el Auto judicial de apertura de la liquidación concursal y la resolución judicial de aprobación, en su caso, del plan de liquidación del patrimonio del deudor puede transcurrir determinado tiempo. Durante ese período de tiempo la administración concursal podrá, en principio, enajenar los activos del deudor concursado sin necesidad de obtener autorización judicial y, sin embargo, no dispondrá de un plan de liquidación al que atenerse. En efecto, podrá la administración concursal enajenar los activos del concursado sin autorización judicial con determinadas excepciones: Los activos que están sujetos al pago de créditos con privilegio especial, cuya realización habrá de llevarse a cabo conforme a las reglas del art. 155.3 LC y concordantes, como analizaremos más adelante. Una vez aprobado el plan de liquidación, la realización de todos los activos del deudor se deberá ajustar a lo previsto en el propio plan.

Por tanto, mientras no se apruebe el convenio de acreedores o se abra la fase de liquidación concursal, si se pretende enajenar o gravar activos del deudor en la fase común del concurso, será necesario obtener la autorización judicial. Deberá formularse una solicitud explicativa y justificativa de las razones que permiten realizar la enajenación o gravamen del activo o activos en cuestión, se dará audiencia a las partes personadas en el concurso o a quien deba ser oído por tener interés legítimo en la decisión y deberá dictarse Auto judicial que autorice o no la operación, contra el cual únicamente cabrá recurso de reposición conforme al art. 188 LC.

Nótese que la decisión de la administración concursal y la necesaria autorización del Juez del concurso para enajenar o gravar activos del concursado no son discrecionales. La autorización *«deberá ser otorgada por el juez si advierte que la finalidad de la operación no es una simple liquidación anticipada de la masa activa, sino que responde a un propósito, en última instancia, de conservar el soporte patrimonial que ha de responder ante los acreedores»* (Auto de 1 de julio de 2010 del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Málaga).

2. EXCEPCIONES A LA REGLA GENERAL (ART. 43.3 LC)

La reforma llevada a cabo por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, introdujo determinadas excepciones a la regla general prevista en el art. 43.2 LC, no requiriéndose la necesaria autorización judicial en los siguientes supuestos previstos en el art. 43.3 LC (según la redacción vigente dada por la Ley 9/2015, de 25 de mayo):

«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 [art. 44 LC]».

3. TRANSMISIÓN DE UNIDADES PRODUCTIVAS (ART. 43.4 LC)

La última reforma operada por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, sobre el art. 43 LC reubicó sistemáticamente el último párrafo del art. 43.3 LC en un nuevo apartado 4 del referido art. 43 LC por razón de que el supuesto previsto no era en sentido estricto una excepción a la regla general de la necesaria autorización judicial para enajenar activos del deudor concursado.

El nuevo art. 43.4 LC establece que *«[e] n el caso de transmisión de unidades productivas de bienes o servicios pertenecientes al concursado se estará a lo dispuesto por los artículos 146 bis y 149»*. Se remite expresamente, por tanto, la LC a las normas previstas en la propia Ley para la transmisión de unidades productivas en la fase de liquidación cuando tal transmisión se produzca en la fase común del concurso, cuyo análisis realizamos en el apartado IV del presente trabajo por tratarse de preceptos ubicados sistemáticamente en el Capítulo de la Ley relativo a la fase de liquidación.

Baste recordar aquí que la introducción de la previsión contenida en el actual art. 43.4 LC supuso en su día el reconocimiento de lo que los Tribunales ya sostenían acerca de que la venta de unidades productivas se podía llevar a cabo también durante la fase común del concurso —*cf.* Auto de 26 de marzo de 2015 de la Audiencia Provincial de Álava (Sección 1.ª)—. El art. 43.4 LC se remite de manera imperativa a las normas contenidas en el art. 146 bis LC relativas específicamente a la transmisión de unidades productivas, pero también al art. 149 LC, precepto de carácter imperativo,

y no meramente supletorio del plan de liquidación, más si cabe en el supuesto contemplado de transmisión de unidades productivas en la fase común del concurso, en la que no existe plan de liquidación.

III. ADQUISICIÓN DE ACTIVOS Y UNIDADES DE NEGOCIO UNA VEZ APROBADO UN CONVENIO DE ACREEDORES

1. PRINCIPIOS GENERALES Y POSIBILIDAD DE ESTABLECIMIENTO EN EL CONVENIO DE ACREEDORES DE MEDIDAS PROHIBITIVAS O LIMITATIVAS DEL EJERCICIO DE LAS FACULTADES DE ADMINISTRACIÓN Y DISPOSICIÓN DEL DEUDOR

El art. 133.1 LC establece que «[e] l convenio adquirirá eficacia desde la fecha de la sentencia que lo apruebe, salvo que el juez, por razón del contenido del convenio, acuerde, de oficio o a instancia de parte, retrasar esa eficacia a la fecha en que la aprobación alcance firmeza». Añade el art. 133.2 LC que «[d] esde la eficacia del convenio cesarán todos los efectos de la declaración de concurso, quedando sustituidos por los que, en su caso, se establezcan en el propio convenio, salvo los deberes de colaboración e información establecidos en el artículo 42, que subsistirán hasta la conclusión del procedimiento». Finalmente, el art. 133.3 LC parte del principio de que con la aprobación del convenio de acreedores cesa en su cargo la administración concursal, si bien conservará plena legitimación para continuar los incidentes concursales en curso, pudiendo solicitar la ejecución de las Sentencias y Autos que se dicten en ellos, hasta que sean firmes, así como para actuar en la sección sexta de calificación del concurso (fortuito o culpable) hasta que recaiga Sentencia firme. No obstante, el art. 133.4 LC establece que, con el consentimiento previo de los interesados, en el convenio de acreedores se podrá encomendar a la administración concursal el ejercicio de cualesquiera funciones, fijándose en ese caso la remuneración que se considere oportuna.

Así pues, se debe partir del principio de que, si se aprueba un convenio de acreedores, cesan todos los efectos de la declaración de concurso sobre el deudor concursado y cesa la administración concursal en sus funciones, recuperando el deudor concursado las facultades de administración y disposición de su patrimonio. Ahora bien, durante la ejecución del convenio de acreedores, y hasta la declaración judicial de su íntegro cumplimiento, el deudor queda obligado a informar al Juez del concurso acerca del cumplimiento del convenio con periodicidad semestral.

En consecuencia, se puede afirmar que, con carácter general, una vez aprobado el convenio de acreedores, los actos de disposición que lleve a cabo el deudor sobre su patrimonio se regirán por las normas jurídicas que les sean de aplicación en cada caso de conformidad con el Ordenamiento jurídico general y no con la Ley Concursal. Sin embargo, a tenor del art. 137 LC, «[e] l convenio podrá establecer medidas prohibitivas o limitativas del ejercicio de las facultades de administración y disposición del deudor», que «serán inscribibles en los registros públicos correspondientes y, en particular, en los que figuren inscritos los bienes o derechos afectados por ellas».

Por tanto, con carácter previo a acometer cualquier operación de adquisición de activos o unidades de negocio de un deudor en fase de ejecución de un convenio de

acreedores habrá que conocer el contenido del convenio a efectos de comprobar si existe en el mismo alguna medida que prohíba o limite el ejercicio de las facultades de disposición del deudor sobre los activos o las unidades de negocio que se pretende adquirir.

Añade el art. 137.1 LC que la infracción de tales medidas prohibitivas o limitativas de las facultades de administración y/o disposición del deudor sobre su patrimonio constituirá incumplimiento del convenio de acreedores, cuya declaración podrá ser solicitada al Juez del concurso por cualquier acreedor.

En el caso en que sea declarado judicialmente el incumplimiento del convenio de acreedores, entre otras consecuencias jurídicas, el art. 140.4 LC establece que la declaración de incumplimiento supondrá la resolución del convenio y la desaparición de los efectos que produjo éste sobre los créditos de los acreedores privilegiados que hubiesen votado a favor del convenio, los de los acreedores ordinarios y los de los subordinados, quedando sin efecto las quitas y las esperas que se hubiesen establecido en virtud del convenio resuelto.

Además, establece también el art. 140.4 LC que, si el incumplimiento del convenio afectase a acreedores con privilegio especial que hubiesen quedado vinculados al convenio de acreedores, podrán tales acreedores iniciar o reanudar la ejecución separada de la garantía desde la declaración de incumplimiento y con independencia del eventual inicio de la fase de liquidación. En este caso, el acreedor ejecutante hará suyo el montante resultante de la ejecución en cantidad que no exceda de la deuda originaria, correspondiendo el resto, si lo hubiere, a la masa activa del concurso (cuestión ésta sobre la que volveremos más adelante).

Por otro lado, el art. 143 LC dispone que procederá de oficio la apertura de la fase de liquidación cuando se hubiese declarado por resolución judicial firme el incumplimiento del convenio de acreedores y, en consecuencia, procederá asimismo la apertura o, en su caso, reapertura de la sección de calificación del concurso en la que se ventilará el carácter fortuito o culpable del concurso con las importantes y graves consecuencias que puede conllevar la calificación culpable del concurso para el deudor, sus administradores y las personas declaradas cómplices (*cf.* art. 167 LC y concordantes).

Por último, añade también el art. 137.2 LC que la inscripción en los registros públicos correspondientes de las medidas prohibitivas o limitativas establecidas en el convenio de acreedores no impedirá el acceso a los registros públicos de los actos contrarios, pero perjudicará a cualquier titular registral la acción de reintegración de la masa que, en su caso, se ejercite.

2. POSIBLE EJERCICIO DE ACCIONES DE REINTEGRACIÓN A LA MASA CONTRA LOS ACTOS DE DISPOSICIÓN PERMITIDOS SEGÚN EL CONVENIO QUE RESULTEN PERJUDICIALES PARA LA MASA PASIVA REALIZADOS EN FASE DE EJECUCIÓN DEL CONVENIO

Sin perjuicio de la conclusión extraída en el epígrafe anterior acerca de que los actos de disposición sobre el patrimonio del deudor en fase de ejecución de un

convenio de acreedores caen fuera del ámbito de la Ley Concursal salvo que en el convenio se hayan establecido medidas prohibitivas o limitativas que afecten a tales actos dispositivos, cuestión muy relevante a tener en consideración en este contexto, controvertida en todo caso, es la relativa a si en la fase de liquidación abierta como consecuencia del incumplimiento (art. 140 LC) o de la imposibilidad de cumplimiento (art. 142.2 LC) del convenio aprobado podrían ser ejercitadas las acciones rescisorias o de reintegración a la masa activa (previstas en los arts. 71 y ss. LC para los actos y negocios jurídicos realizados por el deudor en perjuicio de los acreedores o masa pasiva del concurso –no necesariamente fraudulentamente– en los dos años anteriores a la declaración del concurso) contra los actos o negocios perjudiciales para la masa pasiva realizados durante el tiempo que media entre la aprobación del convenio y la apertura de la liquidación, sin que se hubieran establecido en el convenio las medidas prohibitivas o limitativas previstas en el art. 137 LC o, aun habiéndose establecido, sin que los concretos actos de disposición contraviniesen las mismas.

La cuestión se plantea en primer lugar, con carácter general, en torno a si las acciones de reintegración se pueden ejercitar en la fase de liquidación o si existe un plazo legal preclusivo para el ejercicio de tales acciones a tenor del art. 82.4 LC, que establece que al inventario de la masa activa que se forma en la fase común se debe añadir *«una relación de todos los litigios cuyo resultado pueda afectar a su contenido y otra comprensiva de cuantas acciones debieran promoverse, a juicio de la administración concursal, para la reintegración de la masa activa»*.

La Jurisprudencia de las Audiencias Provinciales y de los Juzgados de lo Mercantil ha declarado en diversas ocasiones que el ejercicio de las acciones de reintegración no está sometido a un plazo preclusivo que pudiera establecer el momento de aprobación del inventario de la masa activa y reconoce con carácter general que tales acciones son ejercitables en la fase de liquidación (*cf.* las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15.ª, n.º 47/2006, de 2 de mayo, de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 1.ª, n.º 252/2010, de 2 de julio, del Juzgado de lo Mercantil n.º 9 de Madrid de 3 septiembre de 2010, de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4.ª, n.º 131/2011, de 18 de marzo, y de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 3.ª, n.º 168/2013, de 11 de junio).

La cuestión controvertida que se plantea entonces es si el ejercicio de tales acciones rescisorias es posible sólo para los actos y negocios jurídicos perjudiciales para la masa anteriores a la declaración del concurso o también es posible su ejercicio contra los actos y negocios perjudiciales realizados por el deudor durante la fase de ejecución del convenio con carácter previo a la apertura de la fase de liquidación.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15.ª, n.º 107/2008, de 26 de marzo, declaró que *«tras la reapertura del concurso derivada del incumplimiento del convenio, es decir, tras la conversión de la fase de convenio en una de liquidación, la administración concursal debe actualizar el inventario y la lista de acreedores como si de un nuevo concurso se tratara, de forma que los créditos contra la masa pasan a generarse tras la apertura de la liquidación, no durante la vigencia del convenio. [...] La existencia de este nuevo concurso, o dicho de forma más precisa, de una nueva situación concursal en el seno de un proceso que no ha concluido, es coherente con el texto de la LC, que hace referencia a dicha situación en el art. 180,*

describiendo el contenido de las actualizaciones del inventario y la lista en el contexto material, no procesal, de un “nuevo concurso”», y la antes citada Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 3ª, n.º 168/2013, de 11 de junio, declaró que «el plazo de la rescisión opera desde la declaración del concurso hasta dos años para atrás; pero ello es porque el legislador se sitúa para la fijación de este plazo en el momento de la declaración. Situados en un momento posterior, por ejemplo, en el de la liquidación, serán actos rescindibles los no fraudulentos realizados como dice el art. 71.1 desde los dos años anteriores a la declaración del concurso, pero también todos los actos realizados después de la declaración del concurso, y mientras no haya transcurrido el plazo de caducidad de la acción rescisoria».

Así pues, el deudor en situación de ejecución del convenio con sus acreedores puede disponer de sus bienes de forma plena una vez aprobado el convenio, salvo que se hayan establecido prohibiciones o limitaciones de disponer en el propio convenio. Sin embargo, los potenciales adquirentes de activos o unidades productivas del deudor habrán que tener muy en cuenta a la hora de llevar a cabo cualquier operación de este tipo que la misma no pueda ser considerada perjudicial para los acreedores del deudor transmitente a los efectos de evitar el riesgo (dudoso, pero no descartable) de que pueda afectarles el ejercicio de las acciones rescisorias previstas en los arts. 71 y ss. LC en caso de apertura de la liquidación concursal del deudor como consecuencia del incumplimiento o imposible cumplimiento del convenio si la operación de adquisición llegase a ser considerada perjudicial para la nueva masa pasiva del concurso.

3. LAS LLAMADAS «PROPUESTAS DE CONVENIO DE ASUNCIÓN» (ART. 100.2 LC)

Cuestión distinta de las tratadas en los epígrafes anteriores es la que se plantea a tenor del art. 100.2 LC. Este precepto, relativo al contenido de la propuesta de convenio de acreedores, establece, en su vigente redacción dada por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, que «[t] ambién podrán incluirse en la propuesta de convenio proposiciones de enajenación, bien del conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a su actividad empresarial o profesional o de determinadas unidades productivas a favor de una persona natural o jurídica determinada, que se regirán por lo dispuesto en el artículo 146 bis». Y añade que, en tal caso, «[l] as proposiciones incluirán necesariamente la asunción por el adquirente de la continuidad de la actividad empresarial o profesional propia de las unidades productivas a las que afecte. En estos casos, deberán ser oídos los representantes legales de los trabajadores». Por su parte, el art. 99.1 LC dispone que «[t] oda propuesta de convenio [...] se formulará por escrito y firmada por el deudor o, en su caso, por todos los acreedores proponentes».

De este modo, con carácter previo a la presentación por el deudor concursado o por uno o varios acreedores de una propuesta de convenio, desde el punto de vista del potencial adquirente de unidades productivas (o empresas en su conjunto) en sede concursal cabría la posibilidad de tratar previamente con el deudor o con uno o varios acreedores la inclusión en sus eventuales propuestas de convenio de una proposición de enajenación del conjunto de bienes y derechos del deudor concursado afectos a su actividad empresarial o de una determinada unidad productiva. Tal posibilidad implicaría necesariamente la asunción por el eventual adquirente de la continuidad de la actividad empresarial propia de la unidad productiva o empresa en cuestión.

Se trata de las llamadas «propuestas de convenio de asunción», que se responden al principio de conservación de la empresa que inspira la legislación concursal. Las propuestas de convenio de asunción se caracterizan por la transmisión del conjunto de bienes y derechos afectos a la actividad empresarial o profesional del deudor o de una o varias unidades productivas, entendiéndose por tales los conjuntos de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica.

Sin embargo, la norma contenida en el art. 100.2 LC no se agota en la transmisión de la empresa o de la unidad productiva, sino que se requiere asimismo la continuación de la actividad empresarial o profesional propia de la empresa o unidad productiva por parte del adquirente.

En todo caso, a tenor de la nueva redacción del art. 100.2 LC tales eventuales propuestas de enajenación de la empresa o de unidades productivas autónomas a una concreta persona se registrarán por lo dispuesto en el artículo 146 bis LC, introducido por el Real Decreto Ley 11/2014, de 5 de septiembre, y cuya redacción vigente fue dada por la Ley 9/2015, de 25 de mayo. Nos remitimos de nuevo en este punto al apartado IV siguiente del presente trabajo, en el que se analizan y se extraen las principales previsiones de las normas contenidas en el art. 146 bis LC, por encontrarse tal precepto sistemáticamente ubicado en el Capítulo II del Título V de la Ley Concursal dedicado a la fase de liquidación, sin perjuicio de que, tal y como hemos señalado anteriormente, el art. 146 bis LC es de aplicación también en el caso de transmisión de unidades productivas en la fase común o en la fase de ejecución de un convenio de asunción.

IV. ADQUISICIÓN DE ACTIVOS Y/O UNIDADES DE NEGOCIO EN LA FASE DE LIQUIDACIÓN CONCURSAL

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Según la «Estadística Concursal. Anuario 2015» publicada por el Colegio de Registradores de la Propiedad, Bienes Muebles y Mercantiles de España, el porcentaje de concursos en 2015 cuya solución pasó por el convenio de acreedores fue del 10,6% frente al 89,4% de liquidaciones concursales.

Sin perjuicio de la tendencia creciente de convenios concursales habida en los últimos años (un 10,01% de convenios frente a un 89,99% de liquidaciones en 2014 y un 7,76% de convenios frente a un 92,24% de liquidaciones en 2013), lo cierto es que la estadística muestra que una amplísima mayoría de los concursos de acreedores finalizan en la liquidación del patrimonio del deudor. Aunque es también cierto, a la vista de los resultados de los estudios estadísticos disponibles, que las empresas que consiguen alcanzar un convenio de acreedores son las que tienen mayor capacidad para generar recursos, mejores activos, mejores resultados y menor exposición financiera, lo cual resulta lógico dado que la solución del convenio presupone que las empresas que consiguen alcanzarlo con sus acreedores son viables, mientras que la ausencia de viabilidad aboca a la solución de la liquidación.

En cualquier caso, la conclusión que se extrae de las estadísticas concursales es que los concursos de acreedores en España acaban en la inmensa mayor parte de

los casos en la liquidación del patrimonio del deudor y, en el caso de los deudores personas jurídicas (prácticamente la totalidad son Sociedades Anónimas o Limitadas), en su extinción.

A la luz de tales datos estadísticos, se comprende que cobra especial relevancia respecto al objeto del presente trabajo analizar las normas que disciplinan la adquisición de activos y unidades productivas en la fase de liquidación concursal, las cuales, a su vez, como hemos podido comprobar anteriormente, inciden también en las operaciones de adquisición de activos o unidades productivas en las otras fases del procedimiento concursal.

2. EFECTOS DE LA LIQUIDACIÓN SOBRE EL CONCURSADO. NECESARIA INTERLOCUCIÓN CON LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL A EFECTOS DE ADQUISICIÓN DE ACTIVOS O UNIDADES PRODUCTIVAS

La apertura de la fase de liquidación determina con carácter general para el deudor concursado la suspensión del ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio (*cf.* art. 145.1 LC).

En coherencia con lo anterior, si la liquidación concursal se hubiera abierto tras la aprobación de un convenio de acreedores (por ejemplo, por su declaración judicial de incumplimiento) y en virtud de la eficacia del convenio hubiere cesado la administración concursal en sus funciones, establece el art. 145.1 LC que el Juez del concurso repondrá a la administración concursal en el ejercicio de su cargo o nombrará, en su caso, a otro administrador concursal.

En el caso de que el deudor concursado fuese una persona jurídica, el Juez declarará su disolución en la resolución judicial que abra la fase de liquidación y acordará, en todo caso, el cese de los administradores o liquidadores del deudor persona jurídica, que serán sustituidos por la administración concursal, sin perjuicio de continuar aquéllos en la representación de la concursada en el procedimiento y en los incidentes en los que sea parte (*cf.* art. 145.3 LC).

En consecuencia, a tenor de las anteriores previsiones legales, podemos extraer una primera conclusión al afirmar que cualquier eventual operación de adquisición de activos o unidades productivas del deudor concursado en fase de liquidación requerirá necesariamente la interlocución del potencial adquirente con la administración concursal.

3. PREFERENCIA DE LA LC POR LA TRANSMISIÓN EN CONJUNTO DE LA EMPRESA O DE LAS UNIDADES PRODUCTIVAS DEL DEUDOR CONCURSADO. LAS ESPECIALIDADES INTRODUCIDAS POR EL NUEVO ART. 146 BIS LC PARA LA TRANSMISIÓN DE UNIDADES PRODUCTIVAS

A lo largo del articulado de la LC se evidencia una clara preferencia por la transmisión en conjunto de la empresa o de las unidades productivas del deudor concursado frente a la transmisión individualizada de los activos del mismo.

En sede de liquidación, tanto el art. 148.1 como el art. 149.1.1ª LC contemplan la transmisión en conjunto de la empresa o de sus unidades productivas como medio preferido para liquidar el patrimonio del concursado, tanto si se ha aprobado un plan de liquidación, como si no existe plan de liquidación y ésta haya de realizarse conforme a las reglas legales supletorias.

Así, el art. 148.1 LC dispone que *«la administración concursal presentará al juez un plan para la realización de los bienes y derechos integrados en la masa activa del concurso que, siempre que sea factible, deberá contemplar la enajenación unitaria del conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes y servicios del concursado o de algunos de ellos»*.

Por su parte, el art. 149.1.1ª LC establece que *«[d] e no aprobarse un plan de liquidación y, en su caso, en lo que no hubiere previsto el aprobado, las operaciones de liquidación se ajustarán a las siguientes reglas supletorias: 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»*.

En esta clara orientación de la LC se enmarca el nuevo art. 146 bis LC, que fue introducido por el Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal con el fin de adoptar *«una serie de medidas para flexibilizar la transmisión del negocio del concursado o de alguna de sus ramas de actividad, ya que en la actualidad existen algunas trabas, que, bien durante la tramitación del proceso concursal, bien cuando la liquidación del concursado sea inevitable, están dificultando su venta»* (cfr. Parte introductoria del citado Real Decreto-Ley y Apartado II del Preámbulo de la posterior Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal).

Añaden la Parte introductoria del Real Decreto-Ley 11/2014 y el Apartado II del Preámbulo de la Ley 9/2015 que *«[d] esde esta perspectiva, las modificaciones que se introducen en esta materia tienen en última instancia la misma finalidad que las relativas al convenio concursal: facilitar en la mayor medida posible la continuación de la actividad empresarial, lo cual ha de redundar no sólo en beneficio de la propia empresa, sino también de sus empleados y acreedores y de la economía en general»*.

Procede, por tanto, analizar con cierto detenimiento el art. 146 bis LC, ya que en un número nada desdeñable de casos, exista un plan de liquidación aprobado o no, la transmisión de los activos atractivos en el mercado de empresas en situación de concurso serán transmitidos como empresa o unidad productiva en funcionamiento y no como simples activos aisladamente considerados. Extraemos a continuación sintéticamente las principales previsiones contenidas dicho precepto y en otras normas relacionadas con las mismas:

1. En caso de transmisión de unidades productivas, se cederán al adquirente los derechos y obligaciones derivados de contratos afectos a la continuidad de la actividad profesional o empresarial cuya resolución no hubiera sido solicitada –judicialmente– (art. 146 bis.1 LC).

2. El adquirente de la unidad o unidades productivas se subrogará en la posición contractual del deudor concursado (transmitente) sin necesidad de consentimiento de las contrapartes en tales contratos (art. 146 bis.1 LC), salvo que el adquirente haya manifestado expresamente su intención de no subrogarse (art. 146 bis.3 LC).
3. No obstante lo anterior, matiza el art. 146 bis.1 LC que la cesión de los contratos administrativos se producirá de conformidad con lo dispuesto por el art. 226 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, que exige:
 - a) Que las cualidades técnicas o personales del cedente del contrato público (adjudicatario del mismo) no hayan sido razón determinante de la adjudicación del contrato.
 - b) Que de la cesión del contrato público no resulte una restricción efectiva de la competencia en el mercado.
 - c) Que la cesión del contrato público a un tercero no suponga una alteración sustancial de las características del contratista si éstas constituyen un elemento esencial del contrato.
 - d) Que el órgano de contratación (Administración pública) autorice, de forma previa y expresa, la cesión del contrato público.
 - e) Que el cesionario del contrato tenga capacidad para contratar con la Administración pública y la solvencia que resulte exigible.
 - f) Que el cesionario del contrato esté debidamente clasificado si tal requisito fue exigido al cedente.
 - g) Que el cesionario del contrato no esté incurso en una causa de prohibición de contratar.
 - h) Que la cesión del contrato se formalice, entre el cedente y el cesionario, en escritura pública.

El citado art. 226 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público establece asimismo, con carácter general para las cesiones de contratos públicos, que el cedente tenga ejecutado al menos un 20% del importe del contrato o, si se trata de la gestión de un servicio público, que haya efectuado su explotación durante al menos una quinta parte del plazo de duración del contrato. Sin embargo, añade expresamente que no será de aplicación este requisito si la cesión se produce encontrándose el adjudicatario del contrato público (el cedente) en concurso de acreedores, aunque se haya abierto la fase de liquidación.

4. Serán cedidas también al adquirente de la unidad productiva aquellas licencias o autorizaciones administrativas afectas a la continuidad de la actividad empresarial o profesional e incluidas como parte de la unidad productiva, siempre que el adquirente continuase la actividad en las mismas instalaciones (art. 146 bis.2 LC), salvo que el adquirente haya manifestado expresamente su intención de no subrogarse en la posición jurídica del deudor concursado respecto a tales licencias y autorizaciones administrativas (art. 146 bis.3 LC).

5. La manifestación expresa del adquirente de la unidad productiva de su intención de no subrogarse en determinadas relaciones jurídicas del deudor concursado no opera a efectos laborales, ya que el art. 146 bis.3 *in fine* LC establece que será de aplicación lo dispuesto en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores (cuyo texto refundido fue aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre) en los supuestos de sucesión de empresa.

El referido art. 44 del Estatuto de los Trabajadores establece en sus apartados 1 y 2 lo siguiente:

«1. El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente.

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

6. La transmisión de la unidad productiva no llevará aparejada para el adquirente (siempre que no sea una persona especialmente relacionada con el concursado¹) obligación de pago de los créditos no satisfechos por el deudor

1. El art. 93.2 LC establece que «[s]e consideran personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica:

1.º Los socios que conforme a la ley sean personal e ilimitadamente responsables de las deudas sociales y aquellos otros que, en el momento del nacimiento del derecho de crédito, sean titulares directa o indirectamente de, al menos, un 5 por ciento del capital social, si la sociedad declarada en concurso tuviera valores admitidos a negociación en mercado secundario oficial, o un 10 por ciento si no los tuviera. Cuando los socios sean personas naturales, se considerarán también personas especialmente relacionadas con la persona jurídica concursada las personas que lo sean con los socios conforme a lo dispuesto en el apartado anterior.

2.º Los administradores, de derecho o de hecho, los liquidadores del concursado persona jurídica y los apoderados con poderes generales de la empresa, así como quienes lo hubieren sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso.

Los acreedores que hayan capitalizado directa o indirectamente todo o parte de sus créditos en cumplimiento de un acuerdo de refinanciación adoptado de conformidad con el artículo 71 bis o la disposición adicional cuarta, de un acuerdo extrajudicial de pagos o de un convenio concursal, y aunque hayan asumido cargos en la administración del deudor por razón de la capitalización, no tendrán la consideración de personas especialmente relacionadas con el concursado a los efectos de la calificación de los créditos que ostenten contra el deudor como consecuencia de la refinanciación que le hubiesen otorgado en virtud de dicho acuerdo o convenio. Tampoco tendrán la consideración de administradores de hecho los acreedores que hayan suscrito un acuerdo de refinanciación, convenio concursal o acuerdo extrajudicial de pagos por las obligaciones que asuma el deudor en relación con el plan de viabilidad salvo que se probase la existencia de alguna circunstancia que pudiera justificar esta condición.

3.º Las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso y sus socios comunes, siempre que éstos reúnan las mismas condiciones que en el número 1.º de este apartado».

Por su parte, el art. 93.3 LC añade que «[s]i alvo prueba en contrario, se presumen personas especialmente relacionadas con el concursado los cesionarios o adjudicatarios de créditos pertenecientes a cualquiera de las personas mencionadas en los apartados anteriores, siempre que la adquisición se hubiere producido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso».

concurado antes de la transmisión, ya sean créditos concursales o contra la masa, salvo que el adquirente la hubiera asumido expresamente o existiese disposición legal en contrario y sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 149.4 LC (*cfr.* art. 146 bis 4 LC).

7. El art. 149.4 LC dispone que cuando, como consecuencia de la enajenación de la empresa o unidad productiva del deudor concursado, la entidad económica transmitida mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesorio, se considerará, a los efectos laborales y de Seguridad Social, que existe sucesión de empresa.

Por tanto, a tenor de los arts. 44 del Estatuto de los Trabajadores y 142.1, párrafo 3.º y 168.2 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, debe entenderse que hay asunción por parte del adquirente del pasivo en el orden laboral y de la Seguridad Social².

En tal caso, añade el art. 149.4 LC, el Juez del concurso 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 (FOGASA) de conformidad con el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores.

Y finalmente, el art. 149.4 LC dispone que, para asegurar la viabilidad futura de la actividad de la empresa o unidad productiva adquirida y el mantenimiento del empleo, el adquirente y los representantes de los trabajadores podrán suscribir acuerdos para la modificación de las condiciones colectivas de trabajo.

8. Por último, respecto al pasivo que se transmitiría al adquirente de la empresa o de una unidad productiva del deudor concursado, nótese que no cabría la transmisión de los créditos públicos tributarios.

El art. 42.1.c), párrafo 1.º de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria establece que «[s] *erán responsables solidarios de la deuda tributaria las siguientes personas o entidades: [...] c) Las que sucedan por cualquier concepto en la titularidad o ejercicio de explotaciones o actividades económicas, por las obligaciones tributarias contraídas del anterior titular y derivadas de su ejercicio. La responsabilidad también se extenderá a las obligaciones derivadas de la falta de ingreso de las retenciones e ingresos a cuenta practicadas o que*

2. Art. 142.1, párrafo 3º del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social: «*La responsabilidad solidaria por sucesión en la titularidad de la explotación, industria o negocio que se establece en el citado artículo 168 se extiende a la totalidad de las deudas generadas con anterioridad al hecho de la sucesión. Se entenderá que existe dicha sucesión aun cuando sea una sociedad laboral la que continúe la explotación, industria o negocio, esté o no constituida por trabajadores que prestaran servicios por cuenta del empresario anterior*».

Art. 168.2 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social: «*En los casos de sucesión en la titularidad de la explotación, industria o negocio, el adquirente responderá solidariamente con el anterior o con sus herederos del pago de las prestaciones causadas antes de dicha sucesión*».

se hubieran debido practicar. Cuando resulte de aplicación lo previsto en el apartado 2 del artículo 175 de esta ley, la responsabilidad establecida en este párrafo se limitará de acuerdo con lo dispuesto en dicho artículo. Cuando no se haya solicitado dicho certificado, la responsabilidad alcanzará también a las sanciones impuestas o que puedan imponerse».

Sin embargo, el último párrafo del citado art. 42.1.c) de la Ley General Tributaria dispone expresamente que «[l]o dispuesto en el primer párrafo de esta letra no será aplicable a los adquirentes de explotaciones o actividades económicas pertenecientes a un deudor concursado cuando la adquisición tenga lugar en un procedimiento concursal».

4. EXISTENCIA DE PLAN DE LIQUIDACIÓN O APLICACIÓN DE LAS REGLAS LEGALES SUPLETORIAS (ARTS. 148 Y 149 LC)

El instrumento fundamental previsto en la LC para la realización en la fase de liquidación de los bienes y derechos del deudor integrados en la masa activa del concurso es el llamado plan de liquidación, en el que la administración concursal plasma su propuesta para llevar a cabo tal realización.

La administración concursal está obligada a presentar al Juez del concurso el plan de liquidación. Así se deduce claramente del primer inciso del art. 148.1 LC, que establece que «[e]n el informe al que se refiere el artículo 75 o en un escrito que realizará dentro de los quince días siguientes al de notificación de la resolución de apertura de la fase de liquidación, la administración concursal presentará al juez un plan para la realización de los bienes y derechos integrados en la masa activa del concurso [...]». Nótese, no obstante, que la administración concursal no está sujeta en la preparación de su plan de liquidación a la eventual propuesta que el deudor hubiera podido presentar con su solicitud de declaración de concurso.

Una vez presentando el plan de liquidación por la administración concursal, el Juzgado acordará poner de manifiesto el plan de liquidación en la oficina judicial y en los lugares que a este efecto designe y que se anunciarán en la forma que estime conveniente (art. 148.1 LC).

Durante los quince días siguientes a la fecha en que haya quedado de manifiesto en la oficina judicial el plan de liquidación, el deudor y los acreedores concursales (art. 148.2 LC), así como, en su caso, los representantes de los trabajadores (art. 148.3 LC), podrán formular observaciones o propuestas de modificación. Nótese que nada impide, a nuestro juicio, que cualquiera de los legitimados pueda presentar asimismo una oferta de adquisición (propia o de un tercero interesado) de determinados activos o unidades productivas del deudor.

En el caso de que las operaciones previstas en el plan de liquidación supongan la modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, incluidos los traslados colectivos, o la suspensión o extinción colectivas de las relaciones laborales, establece el art. 148.4 LC que, previamente a la aprobación del plan, deberá darse cumplimiento a lo dispuesto en el art. 64 LC. Ello extenderá el plazo previsto en el art. 148.2 LC para la aprobación del plan de liquidación, dado que habrá de

llevarse a cabo el período de consultas exigido por el art. 64.5 LC, cuya duración no será superior a treinta días naturales, o a quince días naturales en el supuesto de empresas que cuenten con menos de cincuenta trabajadores, así como obtenerse el informe de la autoridad laboral requerido por el art. 64.6 LC, para cuya emisión se establece un plazo adicional de quince días.

Transcurrido el plazo de quince días establecido en el art. 148.2 LC (o en su caso, los plazos adicionales establecidos en el art. 64 LC si entrase en juego lo previsto en el art. 148.4 LC), el Juez, según estime conveniente para el interés del concurso, resolverá mediante Auto: (i) Aprobar el plan de liquidación en los términos en que hubiera sido presentado; (ii) introducir en él modificaciones (en función de las observaciones y propuestas formuladas); o (iii) acordar la liquidación conforme a las reglas legales supletorias. Contra este Auto podrá interponerse recurso de apelación.

En caso de no aprobación de un plan de liquidación, o en aquellos aspectos que no prevea el plan aprobado, se aplicarán supletoriamente, según establece el art. 149.1 LC, las reglas legales sobre realización de bienes y derechos de la masa activa del concurso previstas en el propio art. 149 LC.

A través del plan de liquidación aprobado se establecen las reglas de realización de la masa activa del concurso, erigiéndose en el presupuesto esencial para el desarrollo de esta fase del concurso (*cf.* Auto de 9 de noviembre de 2006 de la Audiencia Provincial de Lérida). Queda, por tanto, el Juez del concurso «*vinculado al plan o a las modificaciones, y sólo si aquéllas originan que el plan sea irrealizable podrá acudir a las reglas supletorias* [art. 149 LC], *a las que también acudirá para suplir omisiones. La actuación del Juez no será, pues, libre, sino reglada por las normas fijadas por la Administración Concursal, por los acreedores, a través de sus observaciones o propuestas, o por las reglas supletorias*» (Auto de 20 de junio de 2008 de la Audiencia Provincial de Tarragona).

De este modo, antes de comenzar a evaluar la posibilidad de llevar a cabo una operación de adquisición de activos o unidades productivas en fase de liquidación concursal, el potencial adquirente habrá de cerciorarse de la existencia o no de un plan de liquidación aprobado o en trámite de ser aprobado, ya que en caso de ser aprobado, la eventual adquisición de activos o unidades productivas en fase de liquidación se regirá necesariamente por lo establecido en el propio plan, sin perjuicio de lo establecido en las normas legales de carácter imperativo y, en lo no previsto por el plan de liquidación, en las reglas supletorias de liquidación que establece el art. 149 LC.

5. PLAN DE LIQUIDACIÓN

5.1. Contenido y límites

La administración concursal goza de libertad para establecer en el plan de liquidación las alternativas y reglas de liquidación que considere más oportunas. Así lo reconocen los Juzgados de lo Mercantil (entre otras resoluciones, *cf.* Auto de 23 de mayo de 2005 del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Madrid y Auto de 10 de diciembre de 2007 del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Santander).

La LC parte de una concepción del plan de liquidación basada en la flexibilidad en lo que a las operaciones de liquidación se refiere. Por ello el art. 148 LC no establece un contenido obligatorio que se pueda imponer a la administración concursal a la hora de elaborar el plan de liquidación. Sólo establece el art. 148.1 LC, con la clara intención de procurar la continuidad de las empresas y el mantenimiento del empleo, que el plan de liquidación que presente la administración concursal, «*siempre que sea factible, deberá contemplar la enajenación unitaria del conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes y servicios del concursado o de algunos de ellos*».

En cualquier caso, el principio de flexibilidad que predomina sobre las operaciones de liquidación determina que la administración concursal no quede sometida a una concreta estructura ni a un determinado contenido en la preparación del plan de liquidación. Del mismo modo, la LC no establece criterios concretos de realización de las operaciones de liquidación mediante la enajenación conjunta de la empresa o de unidades productivas frente a la liquidación separada e individualizada de los bienes y derechos que conforman la masa activa.

Ahora bien, lo anterior no implica que la administración concursal tenga absoluta libertad para establecer el procedimiento de liquidación a través de la enajenación de la empresa en su conjunto o de unidades productivas frente a la liquidación individualizada de bienes y derechos, sino que deberá fundamentar su preferencia por determinados sistemas de liquidación en detrimento de otros con base en determinados criterios, como el mantenimiento del empleo, la viabilidad de la empresa o de las distintas unidades productivas que la conforman una vez transmitidas, las características de la empresa del concursado y las circunstancias concretas que le afecten habida cuenta del segmento de mercado en el que se incardina el negocio y las previsiones de evolución del mismo y de la economía en general, etc., pero, fundamentalmente, en función de lo que resulte más «*conveniente para los intereses del concurso*» (cfr. art. 149.1.1.^ª LC), que además de por la continuidad de la empresa se conforman también por la máxima satisfacción de los acreedores del deudor concursado. Nótese que la administración concursal ha de perseguir la obtención del mayor rendimiento posible de la liquidación en beneficio de los acreedores con pleno respeto a los principios de transparencia y claridad del proceso de liquidación (cfr. Autos de 7 de abril de 2009 de la Audiencia Provincial de Alicante y de 23 de mayo de 2005 del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Madrid).

En definitiva, la LC no proporciona los criterios a tener en cuenta por la administración concursal para determinar si la enajenación unitaria de la empresa o de determinadas unidades productivas es factible o no, debiendo valorarlo en cada caso atendiendo a los factores y circunstancias antes señalados y, muy especialmente, al hecho de que el precio que se obtenga con la enajenación unitaria de la empresa o de las unidades de negocio sea superior al que resulte de la enajenación de manera individualizada de cada uno de los elementos que conforman la masa activa.

En todo caso, parece lógico pensar que el plan de liquidación que debe elaborar y presentar la administración concursal no puede consistir en una mera remisión a las reglas generales de liquidación y ejecución, sino que deberá establecer un *iter*

liquidatorio concreto ajustado a las circunstancias del caso y establecer, al menos, si la realización de la masa activa se llevará a cabo de forma individualizada o formando lotes, o si se transmitirá la empresa en su conjunto o determinadas unidades productivas, si las operaciones de liquidación se realizarán a través de subasta pública, por entidad especializada o por el procedimiento de venta directa, las formas de pago y las garantías necesarias, y si ha habido ofertas de adquisición previas a la elaboración del plan de liquidación y los términos y condiciones de las mismas.

Además, la administración concursal deberá tener en cuenta al elaborar el plan de liquidación la existencia de activos que estén garantizando créditos con privilegio especial. Sin perjuicio de que se tratará más adelante con mayor extensión las cuestiones específicas relativas a la transmisión de activos que garantizan un crédito con privilegio especial, baste señalar en este momento que los acreedores con privilegio especial podrán instar la ejecución de la hipoteca, si bien con las limitaciones del art. 56 LC cuando el activo gravado por la garantía esté afecto a la actividad empresarial o profesional del deudor³. En cualquier caso, el art. 57.3 LC prevé que *«[a] bierta la fase de liquidación, los acreedores que antes de la declaración de concurso no hubieran ejercitado estas acciones [de ejecución separada de su garantía] perderán el derecho de hacerlo en procedimiento separado. Las actuaciones que hubieran quedado suspendidas como consecuencia de la declaración de concurso se reanudarán, acumulándose al procedimiento de ejecución colectiva como pieza separada»*.

Por otro lado, a pesar de la flexibilidad que el legislador otorga a la elaboración del plan de liquidación que se ha señalado anteriormente, a través del meritado Real Decreto Ley 11/2014, de 5 de septiembre, se introdujeron algunas limitaciones. Por una parte, con la salvedad de los acreedores públicos, el art. 148.5 LC, en su nueva

3. Art. 56 LC (*«Paralización de ejecuciones de garantías reales y acciones de recuperación asimiladas»*):

«1. Los acreedores con garantía real sobre bienes del concursado que resulten necesarios para la continuidad de su actividad profesional o empresarial no podrán iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o trascurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación. En particular, no se considerarán necesarias para la continuación de la actividad las acciones o participaciones de sociedades destinadas en exclusiva a la tenencia de un activo y del pasivo necesario para su financiación, siempre que la ejecución de la garantía constituida sobre las mismas no suponga causa de resolución o modificación de las relaciones contractuales que permitan al concursado mantener la explotación del activo.

[...]

2. Las actuaciones ya iniciadas en ejercicio de las acciones a que se refiere el apartado anterior se suspenderán, si no hubiesen sido suspendidas en virtud de lo dispuesto en el artículo 5 bis, desde que la declaración del concurso, sea o no firme, conste en el correspondiente procedimiento, aunque ya estuvieran publicados los anuncios de subasta del bien o derecho. Sólo se alzará la suspensión de la ejecución y se ordenará que continúe cuando se incorpore al procedimiento testimonio de la resolución del juez del concurso que declare que los bienes o derechos no son necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.

3. Durante la paralización de las acciones o la suspensión de las actuaciones y cualquiera que sea el estado de tramitación del concurso, la administración concursal podrá ejercitar la opción prevista en el apartado 2 del artículo 155.

4. La declaración de concurso no afectará a la ejecución de la garantía cuando el concursado tenga la condición de tercer poseedor del bien objeto de ésta.

5. A los efectos de lo dispuesto en este artículo y en el anterior, corresponderá al juez del concurso determinar si un bien del concursado resulta necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor».

redacción dada por la Ley 9/2015, de 25 de mayo⁴, permite que en el plan de liquidación se prevea la cesión de activos en pago o para pago de los acreedores concursales, respetando los límites que establece el art. 155.4 LC en relación con los activos afectos a garantías (precepto este último que se analizará más adelante). Por otra parte, el art. 148.6 LC, en su nueva redacción dada por la Ley 9/2015, de 25 de mayo⁵, faculta al Juez del concurso para ordenar, de oficio o a instancia de parte, la consignación en la cuenta del Juzgado de hasta un 15% de lo que se obtenga en cada una de las enajenaciones de los activos que integran la masa activa o de los pagos en efectivo que se realicen con cargo a la misma.

5.2. Procedimientos para la realización de los activos del deudor concursado: Venta directa, transmisión mediante entidad especializada o subasta

Partiendo de la repetida flexibilidad que preside la elaboración del plan de liquidación por la administración concursal, ésta podrá optar por distintos procedimientos de realización de los activos del deudor concursado e incluso establecer en el plan de liquidación procedimientos subsidiarios o supletorios de otros preferidos en el caso de que a través de éstos no se pudiera conseguir la realización de los activos.

Los procedimientos habitualmente utilizados en los planes de liquidación concursal consisten en la venta directa de activos o unidades productivas, su transmisión mediante una entidad especializada y la pública subasta.

Nada establece el art. 148 LC (precepto dedicado al plan de liquidación) acerca de tales procedimientos. No obstante, el siguiente artículo 149 LC, que dispone las reglas supletorias de liquidación aplicables a falta de plan de liquidación aprobado o en lo no previsto en el plan de liquidación, establece en su apartado 1.1.^a lo siguiente:

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

4. Art. 148.5 LC: «Salvo para los acreedores públicos, en el plan de liquidación podrá preverse la cesión de bienes o derechos en pago o para pago de los créditos concursales, con las limitaciones y el alcance previsto, respecto a los bienes afectos a una garantía, en el apartado 4 del artículo 155».

5. Art. 148.6 LC: «El juez, de oficio o a instancia de parte, podrá ordenar la consignación en la cuenta del juzgado de hasta un 15 por ciento de lo que se obtenga en cada una de las enajenaciones de los bienes y derechos que integran la masa activa o de los pagos en efectivo que se realicen con cargo a la misma. Este montante, se utilizará para hacer frente a las cantidades que resulten a deber a determinados acreedores, conforme a los pronunciamientos judiciales que se emitan en los recursos de apelación que pudieran interponerse frente a actos de liquidación. Dicha cantidad se liberará cuando los recursos de apelación hayan sido resueltos o cuando el plazo para su interposición haya expirado. La parte del remanente que haya quedado libre tras la resolución o expiración del plazo de interposición de los recursos, será asignada de acuerdo con el orden de prelación legalmente establecido, teniendo en cuenta la parte de créditos que ya hubieren sido satisfechos».

Las resoluciones que el juez adopte en estos casos deberán ser dictadas previa audiencia, por plazo de quince días, de los representantes de los trabajadores y cumpliendo, en su caso, lo previsto en el apartado 4 del artículo 148. Estas resoluciones revestirán la forma de auto y contra ellas no cabrá recurso alguno».

En todo caso, como hemos indicado anteriormente, la administración concursal es libre para elegir en el plan de liquidación entre las distintas alternativas disponibles para llevar a cabo la realización del patrimonio del deudor, si bien, aunque teóricamente el sistema de venta en subasta pública judicial parecería preferible al sistema de venta directa por cuanto presupone una mayor publicidad y, consecuentemente sobre el papel, más posibilidades de afluencia de distintos postores que, a través del sistema de pujas, pudieran maximizar el precio de remate en beneficio de los acreedores y del propio deudor concursado, el Auto de 21 de mayo de 2009 de la Audiencia Provincial de Córdoba se decanta por el sistema de venta directa señalando que «*la enajenación en subasta pública no reporta demasiadas ventajas frente a la agilidad y ahorro de costes que supone el sistema de venta directa, siempre y cuando se garanticen condiciones mínimas de publicidad y transparencia, que podrán ser controladas por el juez del concurso a través de los informes sobre la liquidación que prevé el art. 152 LC. Máxime cuando en el plan aprobado se establece un periodo de tres meses para intentar la enajenación directa y de no encontrarse comprador se aplicarán las reglas supletorias del art. 149 LC, que sí contemplan la venta mediante subasta*».

Respecto al procedimiento de realización de activos concursales mediante subasta pública, ésta se llevará a cabo de conformidad con las normas de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil («LEC»), si bien teniendo siempre en cuenta las peculiaridades del procedimiento de ejecución universal en qué consiste el concurso de acreedores y los intereses del concurso, que prevalecerán respecto a las normas generales previstas en la LEC en caso de contradicción. Además, conviene recordar a este respecto que el art. 57.3 LC establece que «*[a] bierta la fase de liquidación, los acreedores que antes de la declaración de concurso no hubieran ejercitado estas acciones [en referencia a las acciones de ejecución de garantías reales previstas en el art. 56 LC] perderán el derecho de hacerlo en procedimiento separado. Las actuaciones que hubieran quedado suspendidas como consecuencia de la declaración de concurso se reanudarán, acumulándose al procedimiento de ejecución colectiva como pieza separada*». También ha de tenerse en consideración que en el procedimiento de ejecución colectiva que se sustancie en la fase de liquidación ningún acreedor tendrá la condición de ejecutante, por lo que quedan vetados los privilegios reconocidos por la LEC a la figura del ejecutante.

Respecto a la subasta judicial, debemos apuntar por último que el nuevo art. 648 LEC, en su redacción vigente dada por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, introduce la llamada «subasta electrónica»⁶. A nuestro juicio, la subasta electrónica en el ámbito

6. Art. 648 LEC («Subasta electrónica»):

«La subasta electrónica se realizará con sujeción a las siguientes reglas:

1.ª La subasta tendrá lugar en el Portal dependiente de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado para la celebración electrónica de subastas a cuyo sistema de gestión tendrán acceso todas las Oficinas judiciales.

de la realización por este procedimiento de los bienes y derechos del deudor concursado debería dotar de mayor agilidad, publicidad y transparencia a las subastas concursales.

6. REGLAS SUPLETORIAS DE LIQUIDACIÓN (ART. 149 LC)

Como se ha indicado anteriormente, en caso de no aprobación de un plan de liquidación, o en los aspectos que no prevea el plan en caso de que hubiese sido aprobado, se aplicarán supletoriamente las siguientes reglas legales de liquidación previstas en el art. 149 LC.

1. La primera regla supletoria de liquidación (art. 149.1.1.ª LC) dispone que *«[e]l conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes o de servicios pertenecientes al deudor se enajenará como un todo, salvo que, previo informe de la administración concursal, el juez estime más conveniente para los intereses del concurso su previa división o la realización aislada de todos los elementos componentes o sólo de algunos de ellos»*.

Añade a continuación el art. 149.1.1.ª LC que la enajenación del conjunto de la empresa o de cada unidad productiva se hará mediante subasta.

Todos los intercambios de información que deban realizarse entre las Oficinas judiciales y el Portal de Subastas se realizarán de manera telemática. Cada subasta estará dotada con un número de identificación único.

2.ª La subasta se abrirá transcurridas, al menos, veinticuatro horas desde la publicación del anuncio en el “Boletín Oficial del Estado”, cuando haya sido remitida al Portal de Subastas la información necesaria para el comienzo de la misma.

3.ª Una vez abierta la subasta solamente se podrán realizar pujas electrónicas con sujeción a las normas de esta Ley en cuanto a tipos de subasta, consignaciones y demás reglas que le fueren aplicables. En todo caso el Portal de Subastas informará durante su celebración de la existencia y cuantía de las pujas.

4.ª Para poder participar en la subasta electrónica, los interesados deberán estar dados de alta como usuarios del sistema, accediendo al mismo mediante mecanismos seguros de identificación y firma electrónicos de acuerdo con lo previsto en la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, de forma que en todo caso exista una plena identificación de los licitadores. El alta se realizará a través del Portal de Subastas mediante mecanismos seguros de identificación y firma electrónicos e incluirá necesariamente todos los datos identificativos del interesado. A los ejecutantes se les identificará de forma que les permita comparecer como postores en las subastas dimanantes del procedimiento de ejecución por ellos iniciado sin necesidad de realizar consignación.

5.ª El ejecutante, el ejecutado o el tercer poseedor, si lo hubiere, podrán, bajo su responsabilidad y, en todo caso, a través de la oficina judicial ante la que se siga el procedimiento, enviar al Portal de Subastas toda la información de la que dispongan sobre el bien objeto de licitación, procedente de informes de tasación u otra documentación oficial, obtenida directamente por los órganos judiciales o mediante Notario y que a juicio de aquéllos pueda considerarse de interés para los posibles licitadores. También podrá hacerlo el Secretario judicial por su propia iniciativa, si lo considera conveniente.

6.ª Las pujas se enviarán telemáticamente a través de sistemas seguros de comunicaciones al Portal de Subastas, que devolverá un acuse técnico, con inclusión de un sello de tiempo, del momento exacto de la recepción de la postura y de su cuantía. El postor deberá también indicar si consiente o no la reserva a que se refiere el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 652 y si puja en nombre propio o en nombre de un tercero. Serán admisibles posturas por importe superior, igual o inferior a la más alta ya realizada, entendiéndose en los dos últimos supuestos que consienten desde ese momento la reserva de consignación y serán tenidas en cuenta para el supuesto de que el licitador que haya realizado la puja igual o más alta no consigne finalmente el resto del precio de adquisición. En el caso de que existan posturas por el mismo importe, se preferirá la anterior en el tiempo. El portal de subastas sólo publicará la puja más alta entre las realizadas hasta ese momento».

Sin embargo, faculta la LC al Juez del concurso a acordar la realización a través de enajenación directa o a través de persona o entidad especializada en dos supuestos: (a) Cuando la subasta quedase desierta, o (b) cuando, a la vista del informe de la administración concursal, considere el Juez que tales procedimientos de enajenación constituyen la forma más idónea para salvaguardar los intereses del concurso.

En el caso de que la transmisión de la empresa o de las unidades productivas se lleve a cabo mediante entidad especializada se realizará con cargo a las retribuciones de la administración concursal.

Por último, la regla 1.ª del art. 149.1 LC establece que, con carácter previo a que el Juez del concurso decida mediante Auto (contra el que no cabrá recurso alguno) la forma de enajenación de la empresa o de las unidades productivas, se deberá dar audiencia por plazo de quince días a los representantes de los trabajadores, así como deberá darse cumplimiento a lo previsto en el art. 148.4 LC en caso de que la operación u operaciones de transmisión de la empresa o de las unidades productivas supongan la modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, incluidos los traslados colectivos, o la suspensión o extinción colectivas de las relaciones laborales, por lo que entrará en juego, como se indicó anteriormente, lo dispuesto en el art. 64 LC, extendiéndose los plazos legales previstos para la adopción de la decisión judicial como consecuencia del preceptivo período de consultas exigido por el art. 64.5 LC (cuya duración no será superior a treinta días naturales, o a quince días naturales en el supuesto de empresas que cuenten con menos de cincuenta trabajadores) y del también preceptivo informe de la autoridad laboral requerido por el art. 64.6 LC (para cuya emisión se establece un plazo adicional de quince días).

2. La última previsión a que se acaba de hacer referencia contenida en el art. 149.1.1.ª LC se reitera en la regla 2.ª del mismo precepto, que establece que *«[e] n el caso de que las operaciones de liquidación supongan la modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, incluidos los traslados colectivos y la suspensión o extinción colectivas de las relaciones laborales, se estará a lo dispuesto en el artículo 64 [LC]»*.
3. La regla 3.ª de liquidación que se establece en el art. 149.1 LC dispone que entre ofertas cuyo precio no difiera en más del 15% de la inferior, podrá el Juez del concurso acordar la adjudicación a la oferta inferior en precio cuando considere que garantiza en mayor medida la continuidad de la empresa o de las unidades productivas que se transmitan y de los puestos de trabajo, así como la mejor satisfacción de los créditos de los acreedores.
4. El art. 149.2 LC establece que el conjunto de los establecimientos, explotaciones y otras unidades productivas, así como los demás bienes y derechos del concursado se enajenarán, según su naturaleza, conforme a las previsiones contenidas en el plan de liquidación (en caso de que, lógicamente, hubiera sido aprobado) y, en defecto de plan de liquidación aprobado, por las dis-

posiciones establecidas en la LEC para el procedimiento de apremio. Nos remitimos a este respecto a lo indicado en el epígrafe IV.4(b) anterior.

5. Añade el art. 149.2 LC que para los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial se aplicará lo dispuesto en el art. 155.4 LC (norma prevista para el pago de créditos con privilegio especial) y establece una regla especial de liquidación para el caso de que los bienes que estén garantizando un crédito que goza de privilegio especial estuviesen incluidos en los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes o de servicios pertenecientes al deudor que se enajenen en conjunto, cuyo análisis conjunto se realiza en el siguiente epígrafe V.
6. El art. 149.3 LC establece que en caso de enajenación del conjunto de la empresa o de determinadas unidades productivas mediante subasta se fijará un plazo para la presentación de ofertas de compra, que deberán incluir:
 - a) Una partida relativa a los gastos realizados por la empresa declarada en concurso para la conservación en funcionamiento de la actividad hasta la adjudicación definitiva.
 - b) La identificación del oferente, información sobre su solvencia económica y sobre los medios humanos y técnicos a su disposición.
 - c) La designación precisa de los bienes, derechos, contratos y licencias o autorizaciones incluidos en la oferta.
 - d) El precio ofrecido, modalidades de pago y garantías aportadas.
 - e) En caso de que se transmitiesen bienes o derechos afectos a créditos con privilegio especial, deberá distinguirse en la oferta entre el precio que se ofrecería con subsistencia o sin subsistencia de las garantías.
 - f) La incidencia de la oferta sobre los trabajadores.

Añade el art. 149.3 que, si la transmisión de la empresa o de determinadas unidades productivas se realizase mediante enajenación directa, el adquirente deberá incluir en su oferta el contenido antes indicado.

7. Como ya tuvimos ocasión de comprobar anteriormente, el art. 149.4 LC dispone que cuando, como consecuencia de la enajenación de la empresa o unidad productiva del deudor concursado, la entidad económica transmitida mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesorio, se considerará, a los efectos laborales y de Seguridad Social, que existe sucesión de empresa, por lo que a tenor de los arts. 44 del Estatuto de los Trabajadores y 142.1, párrafo 3.º y 168.2 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social se comprende que hay asunción por parte del adquirente del pasivo en el orden laboral y de la Seguridad Social.

Añade el art. 149.4 LC que el Juez del concurso 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 (FOGASA) de conformidad con el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores.

Por último, para asegurar la viabilidad futura de la actividad de la empresa o unidad productiva adquirida y el mantenimiento del empleo, establece el art. 149.4 LC que el adquirente y los representantes de los trabajadores podrán suscribir acuerdos para la modificación de las condiciones colectivas de trabajo.

8. Finalmente, el art. 149.5 LC dispone que en el Auto de aprobación del remate (en caso de transmisión por pública subasta) o de la transmisión (directa) de los bienes o derechos realizados (ya sea de forma separada, por lotes o formando parte de una empresa o unidad productiva), el Juez acordará la cancelación de todas las cargas anteriores al concurso constituidas a favor de créditos concursales, salvo las que gocen de privilegio especial y se hayan transmitido al adquirente con subsistencia del gravamen, tal y como permiten los arts. 149.2.b) y 155.3 LC, sobre los que volveremos en el siguiente epígrafe V.

V. CUESTIONES ESPECÍFICAS EN RELACIÓN CON LA TRANSMISIÓN DE ACTIVOS QUE GARANTIZAN UN CRÉDITO CON PRIVILEGIO ESPECIAL (ART. 155 LC)

La LC establece determinadas normas que afectan específicamente a la enajenación activos del deudor concursado afectos a créditos con privilegio especial. La referencia normativa principal en este ámbito se encuentra en el art. 155 LC. Se trata de un precepto dirigido a regular el pago de los créditos con privilegio especial y ubicado sistemáticamente en la Sección 4 del Capítulo II del Título V de la LC dedicado al «pago a los acreedores». Sin embargo, se incorporan al referido art. 155 LC determinadas normas sobre la realización de los bienes y derechos del deudor concursado más propias de las operaciones de liquidación que hemos examinado en los epígrafes precedentes (*cf.* arts. 148 a 153 LC) que de las normas legales que disciplinan el pago a los acreedores.

Además del art. 155 LC inciden también, como hemos tenido oportunidad de observar, otras normas de la LC en las operaciones de transmisión de activos afectos a créditos con privilegio especial, ya sea individualmente o integrados en la transmisión de la empresa en su conjunto o de determinadas unidades productivas.

1. LIMITACIÓN DEL PRIVILEGIO ESPECIAL Y PLURALIDAD DE PRIVILEGIOS ESPECIALES SOBRE UN MISMO ACTIVO

Por un lado, el art. 155.1 LC establece que «[e]l pago de los créditos con privilegio especial se hará con cargo a los bienes y derechos afectos, ya sean objeto de ejecución separada o colectiva», reconociéndose de este modo un derecho de preferencia de los acreedores titulares de créditos con privilegio especial sobre el resultado del activo afecto a la garantía, si bien limitado a tal resultado. El derecho de preferencia se reconoce sobre el activo afecto a la garantía y sobre el resultado de la realización del mismo, que puede diferir de la valoración del activo en el inventario y del valor de la propia garantía.

Por otro lado, es posible que sobre un mismo activo recaigan varias garantías reales. Por esta razón el segundo párrafo del apartado 3 del art. 155 LC establece que en tal caso «*los pagos se realizarán conforme a la prioridad temporal que para cada crédito resulte del cumplimiento de los requisitos y formalidades previstos en su legislación específica para su oponibilidad a terceros*», por lo que habrá que acudir a las normas en materia registral sobre prioridad entre garantías inscritas y oponibles frente a terceros.

2. FACULTAD DE RESCATE DEL ACTIVO AFECTO A UN CRÉDITO CON PRIVILEGIO ESPECIAL EJERCITABLE POR LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL

El art. 155.2 LC⁷ prevé la llamada «facultad u opción de rescate», por virtud de la cual la administración concursal podrá optar por pagar los créditos con privilegio especial con cargo a bienes de la masa dentro de determinados plazos, evitando de este modo la realización de los activos afectos a tales créditos con privilegio especial mediante ejecución singular o colectiva, tal y como establece el art. 155.1 LC.

Persigue el art. 155.2 LC permitir que el activo afecto al crédito con privilegio especial se mantenga dentro del patrimonio del deudor concursado impidiendo el ejercicio de la facultad del acreedor con privilegio especial de solicitar la ejecución de dicho activo para cobrar con carácter preferente su crédito con el resultado de la ejecución.

El ámbito temporal o plazo al que el art. 155.2 limita esta facultad de la administración concursal se fija en el momento de finalización de los plazos de paralización de las ejecuciones singulares de garantías reales (art. 56.1 LC) o de suspensión de las ya iniciadas (art. 56.2 LC).

3. TRANSMISIÓN DEL ACTIVO AFECTO A UN CRÉDITO CON PRIVILEGIO ESPECIAL CON O SIN SUBSISTENCIA DE LA GARANTÍA O GRAVAMEN. ESPECIALIDADES EN EL SUPUESTO DE QUE EL ACTIVO SE TRANSMITA INCLUIDO EN LOS ESTABLECIMIENTOS, EXPLOTACIONES O UNIDADES PRODUCTIVAS DEL DEUDOR CONCURSADO QUE SE ENAJENEN EN CONJUNTO

El art. 155.4 LC (al que, por cierto, se remite el primer inciso del párrafo 2.º del art. 149.2 LC) prevé el supuesto ordinario de satisfacción del acreedor titular de un crédito con privilegio especial mediante la realización colectiva del activo afecto al privilegio especial sin subsistencia de la garantía o gravamen que afecta al activo.

7. Art. 155.2 LC: «*No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, en tanto no transcurran los plazos señalados en el apartado 1 del artículo 56 o subsista la suspensión de la ejecución iniciada antes de la declaración de concurso, conforme al apartado 2 del mismo artículo, la administración concursal podrá comunicar a los titulares de estos créditos con privilegio especial que opta por atender su pago con cargo a la masa y sin realización de los bienes y derechos afectos. Comunicada esta opción, la administración concursal habrá de satisfacer de inmediato la totalidad de los plazos de amortización e intereses vencidos y asumirá la obligación de atender los sucesivos como créditos contra la masa y en cuantía que no exceda del valor de la garantía, calculado de conformidad con lo dispuesto por el artículo 94. En caso de incumplimiento, se realizarán los bienes y derechos afectos para satisfacer los créditos con privilegio especial conforme a lo dispuesto en el apartado 5*».

Por su parte, el art. 155.3 LC prevé un supuesto especial de realización del activo afecto al privilegio especial sin satisfacción al acreedor y con subsistencia de la garantía o gravamen.

Además de los dos preceptos citados, el art. 149.2 LC establece determinadas previsiones específicas para el caso en que el activo afecto por el privilegio especial se transmita incluido en los establecimientos, explotaciones o unidades productivas del deudor concursado que se enajenen en conjunto, con o subsistencia de la garantía.

En todo caso, el art. 149.3.c) LC exige a todo aquél que presente una oferta de adquisición de la empresa o de unidades productivas del concursado, ya sea en pública subasta o mediante el procedimiento de enajenación directa, que especifique en su oferta, entre otras cosas, el precio ofrecido, las modalidades de pago y las garantías aportadas y, en caso de que se transmitiesen bienes o derechos afectos a créditos con privilegio especial, deberá distinguir el oferente en su oferta de adquisición entre el precio que ofrecería con subsistencia de las garantías y el que ofrecería sin subsistencia de las mismas.

Finalmente, nótese que, como ya indicamos al tratar de las reglas supletorias de liquidación, el art. 149.5 LC dispone que *«[e]n el auto de aprobación del remate o de la transmisión de los bienes o derechos realizados ya sea de forma separada, por lotes o formando parte de una empresa o unidad productiva, el juez acordará la cancelación de todas las cargas anteriores al concurso constituidas a favor de créditos concursales, salvo las que gocen de privilegio especial conforme al artículo 90 y se hayan transmitido al adquirente con subsistencia del gravamen»*.

3.1. Transmisión con subsistencia de la garantía o gravamen

A. Transmisión del activo individualmente considerado

El art. 155.3 LC dispone que *«[c]uando haya de procederse dentro del concurso, incluso antes de la fase de liquidación, a la enajenación de bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial, el juez, a solicitud de la administración concursal y previa audiencia de los interesados, podrá autorizarla con subsistencia del gravamen y con subrogación del adquirente en la obligación del deudor, que quedará excluida de la masa pasiva»*.

Se trata, como anunciábamos, de un supuesto especial de realización del activo afecto a crédito con privilegio especial por cuanto, sin satisfacción del acreedor con cargo al producto del activo, se enajena tal activo con subrogación del adquirente del mismo en las obligaciones del deudor concursado frente al acreedor con privilegio especial sin necesidad de obtención del consentimiento del acreedor y previa autorización judicial.

El acreedor, en efecto, no obtiene la satisfacción inmediata de su crédito, sino que ve sustituido su deudor en situación de insolvencia por otro deudor que, presumiblemente, no se encuentra en tal estado y que se subroga en la obligación del deudor concursado quedando obligado a satisfacer de forma ordinaria los pagos derivados de la relación jurídica que antes vinculaba al concursado con el acreedor precisamente

en los términos pactados en dicha relación. Aunque resulta lógico que el adquirente no deba encontrarse en situación de insolvencia, lo cierto es que el art. 155.3 LC no exige como requisito para que pueda llevarse a cabo la transmisión del activo afecto la solvencia del adquirente, al contrario de lo que sucede en el art. 149.2.b) LC, como veremos seguidamente, en la venta de unidad productiva que integre inmuebles gravados a que se refiere.

Una vez autorizada por el Juez la transmisión del activo afecto al crédito con privilegio especial y la subrogación del adquirente en la posición deudora del concursado, el acreedor será excluido de la lista de acreedores del concurso y carecerá de acción frente al concursado. Su crédito (ya no concursal) será exigible frente al adquirente del activo.

En el plano económico resulta obvio que, desde el punto de vista del eventual adquirente del activo, el planteamiento lógico será descartar tal modalidad de adquisición de un activo concursal si el valor del activo que adquiriría fuese inferior a la deuda remanente derivada del crédito garantizado con el activo en cuya obligación de pago se subrogaría.

Acaba el art. 155.3 LC señalando que, si el Juez no autoriza la enajenación del activo afecto con subsistencia del gravamen y con subrogación del adquirente en la obligación del deudor, el precio que se obtenga en la enajenación del activo se destinará al pago del crédito con privilegio especial de acuerdo lo dispuesto en el art. 155.5 LC y, si quedase remanente, se destinará el mismo al pago de los demás créditos.

B. Transmisión del activo afecto por el privilegio especial con subsistencia de la garantía e incluido en los establecimientos, explotaciones o unidades productivas del deudor concursado que se enajenen en conjunto

Como anunciado, el art. 149.2.b) LC establece una norma específica para este mismo supuesto de hecho cuando el activo que se transmite se encuentra incluido en la empresa o unidades productivas del deudor concursado que se enajenen en conjunto.

Establece el precepto indicado que, si los activos afectos a créditos con privilegio especial estuviesen incluidos en los establecimientos, explotaciones o unidades productivas del deudor concursado que se enajenen en conjunto y se transmitiesen tales activos con subsistencia de la garantía y subrogación del adquirente en la obligación del deudor, no será preceptivo el consentimiento del acreedor privilegiado y quedará excluido su crédito de la masa pasiva.

Sin embargo, en este caso, a diferencia de lo que sucede en el supuesto contemplado en el art. 155.3 LC de transmisión del activo individualmente considerado, la LC exige que el Juez del concurso vele por que el adquirente tenga la solvencia económica y medios necesarios para asumir la obligación que se transmite.

Por último, exceptiona el art. 149.2.b) LC de la subrogación del adquirente, a pesar de que subsista la garantía, los créditos tributarios y de la Seguridad Social.

3.2. Transmisión sin subsistencia de la garantía o gravamen

A. Transmisión del activo individualmente considerado

El primer párrafo del art. 155.4 LC establece con carácter general una preferencia por el sistema de subasta para la realización en cualquier estado del concurso de los activos afectos a créditos con privilegio especial. Partiendo de esa regla general, permite, no obstante, el art. 155.4 LC realizar el activo afecto mediante su venta directa o la dación en pago o para pago, a solicitud de la administración concursal o del acreedor con privilegio especial, con la condición de la previa autorización del Juez del concurso.

La posibilidad de enajenación del activo (ya sea mediante subasta o mediante venta directa o dación en pago o para pago) existe en cualquier fase del concurso, tanto dentro como fuera del convenio. La distinción que realizan los dos primeros párrafos del art. 155.4 LC entre la realización de los activos afectos a privilegio especial durante la fase de ejecución o cumplimiento de convenio de acreedores y la realización operada en cualquier fase del proceso concursal fuera del convenio se refiere fundamentalmente a que en el segundo caso el párrafo segundo del art. 155.4 LC exige un precio mínimo para autorizar judicialmente la venta directa o la dación en pago o para pago, salvo que el deudor concursado y el acreedor con privilegio especial manifestasen de forma expresa la aceptación de la enajenación por un precio inferior. Es decir, no establecen los dos primeros párrafos del art. 155.4 LC dos procesos distintos de realización de activos en función de si la enajenación se realiza dentro o fuera del convenio, sino que el proceso de realización es el mismo en ambos casos (esto es, mediante subasta salvo que el Juez autorice la venta directa o la dación en pago o para pago del crédito a favor del acreedor con privilegio especial). Ahora bien, si la realización se lleva a cabo fuera del convenio, se exige un precio mínimo reconociéndose al acreedor del crédito garantizado con el activo en cuestión y al propio deudor concursado un derecho de veto respecto a la posibilidad de enajenación del activo por debajo de tal precio. En tal sentido se pronuncia el Juzgado de lo Mercantil n.º 9 de Barcelona en resolución de 8 de septiembre de 2014.

En cualquier caso, a tenor de lo dispuesto en el primer inciso del párrafo 2.º del art. 149.2 LC, en que se hace una remisión expresa al art. 155.4 LC para la enajenación de los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial, parece que las normas del apartado 4 del art. 155 no son disponibles en el plan de liquidación, resultando de imperativa aplicación.

Por lo que respecta al supuesto contemplado en el primer párrafo del art. 155.4 LC, la enajenación del activo dentro del convenio mediante venta directa o dación en pago o para pago requiere además que con la enajenación se satisfaga completamente el privilegio especial o, si fuese el caso, quede el resto no satisfecho del crédito reconocido dentro del concurso con la calificación que corresponda. En este supuesto, como hemos indicado, la LC no exige el pago de un precio mínimo al acreedor privilegiado ni reconoce derecho de veto alguno a éste puesto que (con la salvedad de los supuestos de arrastre previstos en el art. 134.3 LC) se entiende que ya tuvo que prestar su consentimiento, en su condición de acreedor privilegiado, para adherirse al convenio de acreedores aprobado.

En cuanto al supuesto previsto en el párrafo segundo del art. 155.4 LC, el precio «*mínimo que se hubiese pactado*» es el que se hubiera convenido en el título

constitutivo de la garantía que existe sobre el activo. Además, la norma exige su pago al contado. Si deudor y acreedor aceptasen la enajenación del activo a un precio inferior al pactado en el título constitutivo de la garantía, se requiere que la realización se lleve a cabo a valor de mercado según tasación oficial actualizada por una entidad homologada en caso de ser el activo un inmueble o según la valoración realizada por una entidad especializada en caso de ser un bien mueble.

Por lo demás, en caso de ser necesaria la autorización judicial para la enajenación, por realizarse ésta mediante venta directa o cesión en pago o para pago, el párrafo tercero del art. 155.4 LC exige que la misma y sus condiciones se anuncien con la misma publicidad que en el caso de subasta del activo afecto al privilegio y, si dentro de los diez días siguientes al último de los anuncios apareciese un mejor postor, queda obligado el Juez a abrir licitación entre todos los oferentes.

B. Transmisión del activo afecto por el privilegio especial sin subsistencia de la garantía e incluido en los establecimientos, explotaciones o unidades productivas del deudor concursado que se enajenen en conjunto

El art. 149.2.a) LC establece, del mismo modo que sucedía con la transmisión con subsistencia de la garantía, una norma específica para el supuesto en el que el activo afecto que se transmite sin subsistencia de la garantía se encuentre incluido en la empresa o unidades productivas del deudor concursado que se enajenen en conjunto.

En primer lugar, establece la norma especial que el precio que recibirá por la enajenación el acreedor privilegiado que disponga de la garantía sobre el activo que forme parte de la empresa o unidad productiva transmitidas será la parte del precio global por la transmisión de la empresa o unidad productiva en su conjunto que corresponda proporcionalmente al valor del activo sobre el que se hubiera constituido la garantía. Se extinguirá en tal caso su garantía.

En segundo lugar, si el precio a percibir por el acreedor privilegiado no alcanzase el valor de su garantía, no tendrá el derecho de veto individual previsto en el párrafo segundo del art. 155.4 LC, sino que únicamente tendrán derecho de veto a vender por precio inferior los acreedores con privilegio especial con derecho de ejecución separada que representen al menos el 75% del pasivo de esta naturaleza afectado por la transmisión y que pertenezcan a la misma clase, según determine el artículo 94.2 LC. En tal caso, la parte del valor de la garantía de cada acreedor especial afectado por la transmisión que no quedase satisfecha tendrá la calificación crediticia que le corresponda según su naturaleza.

Por último, si el precio a percibir por el acreedor privilegiado fuese igual o superior al valor de su garantía, lógicamente no se requerirá su consentimiento.

4. COMPLETA SATISFACCIÓN DEL CRÉDITO CON PRIVILEGIO ESPECIAL (EL NUEVO ART. 155.5 LC)

El nuevo art. 155.5 LC, introducido por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, establece que «[e]n los supuestos de realización de bienes y derechos afectos a

créditos con privilegio especial previstos en este artículo, el acreedor privilegiado hará suyo el montante resultante de la realización en cantidad que no exceda de la deuda originaria, correspondiendo el resto, si lo hubiere, a la masa activa del concurso».

Con este nuevo apartado del art. 155 LC, la Ley 9/2015 trató de despejar las dudas de interpretación que suscitaban las reglas de valoración de las garantías a efectos de alcance del privilegio especial en la clasificación del crédito establecidas en los art. 90.3 y 94.5 LC (que disponen que el privilegio en sede de clasificación del crédito sólo alcanza hasta la parte del crédito que no exceda del valor de la garantía-importe que puede resultar inferior al del crédito garantizado) cuando se realizaba el activo afecto a la garantía y se debía decidir qué parte del importe obtenido en la realización correspondía al acreedor titular del crédito garantizado y clasificado como privilegiado especial.

A tal fin, el nuevo art. 155.5 LC establece que, como consecuencia de la realización de tales activos, corresponderá al acreedor percibir el importe obtenido en la ejecución hasta el límite del importe del crédito garantizado, aunque sea superior al valor de la garantía ex arts. 90.3 y 94.5 LC, por lo que se decanta la reforma por la posición doctrinal que sostenía que las reglas de valoración mencionadas de los arts. 90.3 y 94.5 LC únicamente determinan el cómputo de votos de los acreedores privilegiados a efectos de aprobación de un convenio de acreedores, sin que limiten en ningún caso la posibilidad de satisfacción completa del acreedor haciendo suyo el resultado de la realización de los activos afectos a su garantía real hasta donde alcance la deuda originaria, correspondiendo el importe sobrante, en caso de haberse obtenido en la realización del activo, a la masa activa del concurso.

5. ENAJENACIÓN DE ACTIVOS LITIGIOSOS

Conviene hacer una última referencia al art. 150 LC, que en el ámbito de la liquidación establece la posibilidad de enajenar activos del deudor concursado sobre cuya titularidad o disponibilidad exista promovida una cuestión litigiosa.

La *ratio* de esta norma de la LC reside en que, a tenor de lo previsto en el art. 1291.4.º del Código Civil, «*son rescindibles [...] [] os contratos que se refieran a cosas litigiosas, cuando hubiesen sido celebrados por el demandado sin conocimiento y aprobación de las partes litigantes o de la Autoridad judicial competente*».

Por ello establece el art. 150 LC sobre la administración concursal la obligación de comunicación de la enajenación del activo concursal litigioso al Juzgado o Tribunal que conozca del litigio, teniendo como efecto tal comunicación la sucesión procesal de pleno derecho del adquirente en la posición del concursado en el pleito sin posibilidad de oposición del litigante contrario en el mismo, operando así como regla especial frente a la general que establece la LEC, y aunque el adquirente no se persone en el proceso, el cual en todo caso quedará a las resultas del litigio.

La comunicación de la administración concursal evita de este modo la posibilidad de rescisión del negocio de enajenación del activo concursal litigioso ex art. 1291.4.º

del Código Civil. No obstante, a tenor de lo dispuesto en el art. 1535 del Código Civil, siempre tendrá el deudor de un crédito litigioso enajenado por la administración concursal derecho a extinguirlo, reembolsando al adquirente el precio que pagó, las costas que se le hubiesen ocasionado y los intereses del precio desde el día en que éste fue satisfecho.



EL DERECHO Y LA CIENCIA, O CÓMO DESDEÑAR LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE EL CATÁLOGO DE ESPECIES INVASORAS Y NEGAR LA CERTEZA CIENTÍFICA

PEDRO BRUFAO CURIEL

Profesor Contratado Doctor de Derecho Administrativo

Revista Aranzadi Doctrinal 4 • Abril 2017 • Págs. 243 a 256

Fecha recepción: 15/12/2016

Fecha aceptación: 03/03/2017

Resumen: Las relaciones entre el Derecho y la Ciencia cuentan con un ejemplo notorio en el Derecho de la Biodiversidad, en el que la actividad administrativa y la legislación descansan sobremanera en la prueba científica y así lo ha afirmado una importante sentencia del Tribunal Supremo sobre el régimen jurídico de las especies exóticas e invasoras. Sin embargo, la debida ejecución de esta sentencia, la garantía y el respeto de la tutela judicial efectiva y de los efectos de cosa juzgada se enfrentan a diversas propuestas que de modo arbitrario ponen en duda precisamente dicha certeza científica.

Palabras clave: Ciencia; Derecho; certeza científica; ejecución de sentencias; especies invasoras.

Abstract: One outstanding example of the relationships between Law and Science is posed by Biodiversity Law, in which both administrative activity and regulation lie upon scientific evidence in a notorious fashion, as a Supreme Court sentence has recently declared so in relation to the legal regime of exotic and invasive species. All the same, the correct enforcement of that sentence, the right to an effective remedy, and the effects of the *res iudicata* doctrine face some proposals which arbitrarily cast doubt on such scientific certainty.

Keywords: Science; Law; scientific certainty; enforcement of judgements; invasive species.