

LA REALIZACIÓN DE BIENES Y DERECHOS EN LA LIQUIDACIÓN CONCURSAL

ÁNGEL ALONSO HERNÁNDEZ
Abogado (*)

1 · INTRODUCCIÓN

Una vez que el concurso desemboca en una fase liquidatoria, el objeto del procedimiento pasa a ser la realización de los bienes y derechos del concursado para posteriormente satisfacer a los acreedores con lo obtenido mediante dicha realización.

En todo proceso de enajenación de los elementos que conforman la masa activa, las decisiones que se adopten sobre la forma en que se llevará a cabo la liquidación (venta del conjunto de la empresa o de sólo de alguna de sus unidades productivas o elementos, venta directa, subasta, etc.), son decisiones estratégicas esenciales que dependerán en gran medida del tipo de negocio que lleve a cabo el concursado y de las circunstancias de cada uno de sus activos.

Teniendo presente la imposibilidad de establecer una regulación común y unitaria de las operaciones de liquidación que fuese aplicable a todos los concursos sin atender a la especificidad de cada caso, el Legislador aborda en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (la «Ley Concursal» o «LC») la regulación de las actividades liquidatorias de la masa con el objetivo de dotar al procedimiento de la flexibili-

dad suficiente que permita a la administración concursal la enajenación de los distintos elementos con medidas *ad hoc* para cada liquidación.

2 · EL PLAN DE LIQUIDACIÓN

2.1 · Objeto

El mayor exponente de la flexibilidad perseguida por la Ley Concursal respecto de las operaciones de realización de los activos de la masa es el novedoso instrumento del plan de liquidación, que constituye el documento estratégico en el que la administración concursal expone los pasos que propone seguir para la realización de los activos y los plazos y medios necesarios para ello, en atención a las circunstancias aplicables a cada caso.

La administración concursal goza de libertad para elegir las alternativas de liquidación que considere más apropiadas, como así reconocen los Juzgados de lo Mercantil (entre otros, AJM nº 2 de Madrid de 23 de mayo de 2005 —AC 2005\907— y AJM nº 1 de Cantabria de 10 de diciembre de 2007 — JUR 2008\38594—).

En este sentido, la doctrina viene considerando de forma generalizada que la administración concursal no viene en absoluto vinculada en la preparación de su plan de liquidación a la propuesta de plan que el deudor haya presentado con su solicitud de concurso, si el deudor hubiese pedido la liquidación (art. 6.4 LC).

2.2 · La conveniencia de la enajenación unitaria de la empresa o alguna de sus unidades productivas

El único requisito que la Ley Concursal exige es que se analice la enajenación unitaria del conjunto de

(*) Del Área de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Madrid).

los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes y servicios del concursado, entendiéndose como tales un conjunto de medios organizados con el fin de llevar a cabo una actividad económica. Cabe destacar a este respecto que el art. 148.1 LC sólo exige que el plan ha de «contemplar» esa alternativa «*siempre que sea factible*». La Audiencia Provincial de Madrid ha considerado que si la administración concursal no se pronuncia en el plan sobre si es factible la venta del conjunto de la empresa, ello no constituye un defecto invalidante del plan dado que en ese caso será de aplicación la regla supletoria del art. 149.1.1ª LC (AAP de Madrid de 29 de junio de 2006 AC 2006\1885), que concretaremos posteriormente.

La Ley Concursal no proporciona los criterios a tener en cuenta por la administración concursal para analizar si es factible o no la enajenación unitaria de toda la empresa o de alguno de sus establecimientos o unidades productivas o si es preferible la enajenación individual de cada uno de sus activos. En buena medida es comprensible que la Ley Concursal guarde silencio y otorgue libertad a la administración concursal, dado que en caso contrario, la flexibilidad que se pretende conferir a las operaciones de liquidación quedaría sin efecto.

Ello no obstante, no debe considerarse que la administración concursal quede facultada para elegir a su capricho la alternativa de realización, sino que deberá incluir en su plan un análisis y evaluación de las alternativas y estrategias existentes y la justificación de por qué escoge la alternativa que propone en detrimento de las otras.

La decisión entre una u otra alternativa son juicios de oportunidad económica que realiza la administración concursal en atención a las características y circunstancias del negocio y de los activos de la concursada, teniendo en cuenta su viabilidad futura, el efecto laboral que puede tener, la situación del mercado en que el concursado opera y la posición de sus competidores.

Dejando a un lado el tema de la continuidad de la empresa, que dependerá en gran medida de su viabilidad en términos comerciales y económicos, la decisión de la venta unitaria de la empresa vendrá determinada por la circunstancia de que el precio que pueda obtenerse con la venta del conjunto sea superior por el mayor valor del conjunto (fondo de comercio y otros activos inmateriales) que el que resulte de la venta de cada uno de sus elementos, lo que dependerá del tipo de negocio y activos del concursado (p. ej., si es una de las pocas empresas

en España que se dedique a ese negocio y tiene un valioso *know how*, etc. AJM nº 1 de Vizcaya de 30 de marzo de 2007 AC 2007\729).

En este sentido, si la sociedad es puramente patrimonial no parece dudoso que pueda resultar conveniente la venta desagregada de cada una de las participaciones que la sociedad tenga en otras compañías u otros activos, salvo que haya razones económicas que aconsejen que sigan estando integradas esas participaciones o activos.

Igualmente, en el caso de una sociedad que simplemente realice actividades de promoción inmobiliaria, que generalmente se desarrollarán a través de filiales por cada promoción y con subcontratación de servicios con terceros (diseño, construcción, comercialización, etc.), no parece que se vaya a obtener un mayor valor porque se venda unitariamente la empresa en vez de vender cada una de las promociones y los distintos activos inmobiliarios (pisos, edificios, suelo, etc.), salvo que tenga una marca y un fondo de comercio que no se haya visto resentido por la situación concursal.

2.3 · Contenido

Como hemos indicado anteriormente, la regulación de la Ley Concursal sobre el contenido del plan es muy limitada, lo que no debe entenderse como una excusa para convertirlo en un trámite formulario, con propuestas vagas o inconcretas. La doctrina entiende que para que sea verdaderamente operativo, el plan de liquidación ha de tener el detalle suficiente para que a través de él (y sin acudir a otros instrumentos) queden fijadas las actuaciones que se desarrollarán para llevar a cabo la liquidación.

A tal fin, la administración concursal tendrá que incluir en su plan un análisis y evaluación de las alternativas y estrategias existentes, tiempos previsibles para llevar a cabo la liquidación, medios y costes necesarios, y análisis de las expectativas reales de recuperación. Parece razonable considerar en este sentido que el plan incluya un calendario para la realización de bienes. Sin embargo, la Audiencia Provincial de Madrid ha considerado que la no inclusión de ese calendario no es un defecto invalidante del plan (AAP de Madrid de 29 de junio de 2006 AC 2006\1885).

2.4 · Alternativas en materia de liquidación

La administración concursal podrá escoger las alternativas en materia de liquidación que le parezcan

más apropiadas, incluida la incorporación de las reglas supletorias, que serán en todo caso aplicables en lo que no quede regulado por el plan. Posteriormente nos referiremos en detalle a las reglas supletorias previstas en el artículo 149 LC.

La doctrina considera que lo que en ningún caso podrá incluir el plan será una cesión global de los activos a los acreedores, dado que, aparte de que no concuerda con el espíritu de la Ley Concursal que prohíbe esta alternativa en sede de convenio, entraría en conflicto con la literalidad de lo previsto en el artículo 148 LC, que se refiere a la «realización» y «enajenación» de los bienes y derechos, lo que presupone la existencia de un precio en efectivo recibido por la venta del activo.

La administración concursal puede acordar distintos procedimientos de liquidación para cada una de las unidades productivas según vayan resultando infructuosos, estableciendo umbrales temporales y de precio mínimo para que entren en aplicación las siguientes alternativas (p. ej., establecer que si no se encuentra un comprador por un determinado precio en un plazo de tiempo, se organizará una subasta, etc.).

Asimismo, al objeto de dotar al procedimiento de la deseable transparencia, sería conveniente que la administración concursal explicara en el plan de liquidación las grandes líneas de los compromisos contractuales conforme a los cuales ofrecerá la venta de la empresa o de algunas de sus unidades productivas (p. ej. trabajadores, cesión de marca, clientela, cesión de contratos con terceros y licencias, renuncia de acciones y acuerdos transaccionales, compromiso de no-competencia, etc.).

Si algunos de los activos esenciales para la actividad de la empresa o de alguna de sus unidades productivas estuviese afecto a crédito con privilegio especial (garantías reales sobre las instalaciones productivas, la maquinaria, etc.), las decisiones de la administración concursal sobre este aspecto vendrán condicionadas por la regulación prevista por la Ley Concursal para esos bienes y derechos, que deberán realizarse mediante subasta, salvo que el juez autorice la venta directa al oferente de un precio superior al mínimo de subasta con pago al contado, previa solicitud de la administración y con audiencia del concursado y del acreedor titular del privilegio (art. 155.4 LC). En la práctica, la administración concursal incluye esta solicitud en la propia propuesta plan de liquidación, resolviendo el juez sobre la autorización de venta directa solicitada al tiempo que aprueba el plan de liquidación

(AJM nº 4 de Madrid de 12 de septiembre de 2005 AC 2005\1739).

Igualmente, la administración concursal también podría en este momento solicitar al juez la posibilidad prevista en el art. 155.3 LC, de enajenación de bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial con subsistencia del gravamen y subrogación del adquirente en la obligación del deudor, que queda excluida de la masa pasiva.

Por lo que se refiere a los litigios en curso o que se prevé iniciar con relación a los bienes y derechos del concursado, la administración concursal debería indicar la estrategia que va a seguir al respecto y los costes que ello le va a suponer. Todavía no está arraigada en España la práctica de *litigation funding* (compromiso de un tercero de hacer frente a los costes que el procedimiento pueda llevar consigo a cambio de recibir una parte de lo que se obtenga del procedimiento), pero parece que podría formar parte del plan como costes a asumir para la realización de los bienes y derechos.

En caso de que la administración concursal decida la enajenación de bienes y derechos litigiosos, deberá cumplir con lo previsto en el artículo 150 LC, que exige que el adquirente quede a resultas del litigio, lo que exige que el crédito se venda como dudoso para evitar la regla prevista en el art. 1529 del Código Civil y responder de la existencia y legitimidad del crédito.

En cuanto a los medios para llevar a cabo la liquidación, no existe obstáculo para que la administración concursal contrate asesores especializados bajo la figura de auxiliares delegados (art. 32 LC) que les ayuden a la búsqueda de un posible comprador y en las negociaciones de venta o en cualquier otro aspecto relacionado (subastas privadas, etc.).

2.5 · Reglas supletorias

Como se indica posteriormente, si el juez no aprueba el plan propuesto por la administración concursal, el juez puede acordar que las operaciones de liquidación se lleven a cabo conforme a las reglas supletorias previstas en el artículo 149 LC. Estas reglas también serán de aplicación para cubrir lo no previsto en el plan aprobado.

La primera es la venta como un todo del conjunto de los establecimientos, explotaciones y unidades productivas como regla general, salvo que el juez estime más conveniente a los intereses del concurso la previa división o la realización aislada, previo informe de la administración concursal (art. 149.1 regla 1ª LC).

La enajenación del conjunto o de cada unidad productiva se realizará mediante subasta y, en caso de quedar desierta, el juez podrá acordar la enajenación directa (art. 149.1 regla 1ª LC). Respecto de aquellos bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial, se aplicará lo ya indicado respecto del art. 155.4 LC (art. 149.1 regla 3ª LC).

En el caso de la realización del conjunto de la empresa o de unidades productivas, la oferta ganadora no se determina sólo en atención al mayor precio, sino teniendo en cuenta el grado en que las ofertas recibidas «garanticen la continuidad de la empresa, o en su caso de las unidades productivas, y de los puestos de trabajo, así como la mejor satisfacción de los créditos de los acreedores» (art. 149.1 regla 3ª LC).

Esto deja cierto margen de discrecionalidad al juez para determinar cuál es la mejor oferta en atención a estos intereses (p. ej., en ocasiones se ha escogido la oferta que ofrecía un menor precio y que garantizaba la continuidad de un menor número de trabajadores, porque el juez apreció que el oferente tenía experiencia en el sector y algunos activos claves para el desarrollo de la actividad de la empresa que se enajenaba, lo que daba mayores garantías de su viabilidad y continuidad en el futuro —AJM nº 1 de Vizcaya de 30 de marzo de 2007 AC 2007\729-).

Al igual que en el trámite general, las reglas supletorias prevén la audiencia de los representantes de los trabajadores previamente a que el juez dicte resolución (art. 149.1 regla 1ª segundo párrafo, y 149.1 regla 3ª LC, segundo párrafo); siendo de aplicación igualmente lo previsto en el art. 64 LC para la extinción o suspensión de contratos laborales, o la modificación en las condiciones de trabajo, en el caso de que tenga lugar.

2.6 · Sucesión de empresa

El art. 149.2 LC dispone que se considerará a efectos laborales que existe sucesión de empresa cuando, como consecuencia de la enajenación del todo o alguna de las unidades productivas del concursado, una entidad económica transmitida mantuviera su identidad. Como consecuencia de la existencia de sucesión a efectos laborales, el adquirente responderá durante tres años de las obligaciones laborales anteriores a la enajenación que no hubieran sido satisfechas (art. 44.3 del Estatuto de los Trabajadores). A este respecto, el art. 149.2 LC establece que el juez podrá acordar que el adquirente no se subroge en la parte de los salarios o indemnizaciones anteriores a la enajenación que sean asumidos por el FOGASA.

Se ha planteado la duda de si el adquirente respondería solidariamente respecto de las deudas con la Tesorería General de la Seguridad Social («TGSS») en virtud de lo previsto en los artículos 104 y 127.2 de la Ley General de la Seguridad Social («LGSS»).

Las resoluciones dictadas hasta el momento han rechazado la asunción de responsabilidad del adquirente respecto de las deudas contraídas por la concursada con la TGSS. En este sentido, la Audiencia Provincial de Barcelona en su auto de 29 de noviembre de 2007 (Auto nº 391/07. Rollo 788/07) interpreta que «la Ley concursal parte de la premisa de que la enajenación de la empresa o de la unidad productiva dentro de la liquidación se hace libre de deudas». Por ello, la Audiencia considera que lo previsto en el citado art. 149.2 LC constituye «la única excepción a este principio general de que la transmisión de la empresa o de una unidad productiva no constituye propiamente una sucesión de empresa» (en similares términos, AJM nº 2 de Bilbao de 28 de diciembre de 2007 —LA LEY 6868, de 24 de enero de 2008—).

En materia fiscal, como es sabido, el adquirente no se responsabiliza solidariamente de la deuda tributaria si la adquisición de la empresa o la unidad productiva ha tenido lugar en un procedimiento concursal (art. 42.1 *in fine* de la Ley General Tributaria).

3 · TRAMITACIÓN DEL PLAN DE LIQUIDACIÓN

3.1 · Preparación por la administración concursal y presentación del plan de liquidación

La Ley Concursal atribuye la preparación del plan de liquidación a la administración concursal, que deberá obtener la aprobación del juez del concurso una vez haya sido observado un previo trámite contradictorio en el que el deudor o los acreedores puedan formular observaciones o propuestas de modificación.

La administración concursal deberá presentar el plan al juez dentro de los quince días siguientes a la notificación de la apertura de la fase liquidación, pudiendo prorrogarse por otro quince días, siempre que el juez considere que la complejidad del concurso así lo aconseja (p. ej., por haber activos en diversas jurisdicciones, alargamiento de las negociaciones con un posible comprador, etc.).

El plan de liquidación será puesto de manifiesto en la secretaría del Juzgado y se le dará la publicidad adicional que el juez estime conveniente mediante la colocación de los anuncios que así decida deban

realizarse en otros lugares. Salvo las partes personadas en el procedimiento que tendrán conocimiento del plan y de las resoluciones del juez como del resto de las incidencias del concurso, no se prevé la notificación personal del plan de liquidación a los acreedores no personados u otros interesados.

3.2 · Observaciones o modificaciones al plan. Partes legitimadas

El deudor, los acreedores concursales (art. 148.2 LC) y los representantes de los trabajadores (art. 148.3 LC) podrán formular observaciones o propuestas de modificación al plan presentado durante los quince días siguientes a la fecha en que haya quedado de manifiesto en la secretaría, no siendo relevante por tanto para el inicio del plazo la fecha en que se haya realizado la publicidad adicional que el juez haya podido decidir.

Al señalar el artículo 148.2 LC como legitimados únicamente a los «acreedores concursales», ello debe llevar a considerar que los acreedores contra la masa no gozan de dicha legitimación.

Las partes legitimadas podrán presentar las observaciones o propuestas que estimen convenientes respecto del plan presentado, incluso realizar un nuevo planteamiento distinto del realizado por la administración concursal.

En el caso del deudor, si hubiere presentado previamente la propuesta de plan de liquidación prevista en el art. 6.4 LC, podrá defender la conveniencia de su aplicación para una mejor realización de los bienes y derechos de la masa.

Normalmente, las observaciones o modificaciones que se presenten se referirán a la conveniencia de la venta en globo del conjunto de la empresa, de parte de sus unidades productivas o de sus elementos individualmente considerados; la extinción o suspensión de los contratos o la modificación de las condiciones de trabajo; la forma en que los activos van a ser realizados (enajenación directa, subasta, etc.); y los plazos y costes que pueden conllevar las operaciones de liquidación.

No obstante, nada impide que mediante este trámite alguna de las partes legitimadas presente una oferta de adquisición (ya sea una oferta realizada en nombre propio o que realice un tercero interesado) por la empresa en su conjunto o por alguna de sus unidades productivas o elementos. Si el deudor o alguno de sus acreedores considera que la administración concursal no desarrolla los esfuerzos necesarios para obtener el mayor valor posible en la rea-

lización de la masa activa, puede utilizar este trámite para exponer las ofertas de adquisición que obtenga por su cuenta.

3.3 · Extinción o suspensión de los contratos laborales, o modificación de las condiciones de trabajo

Si las operaciones previstas en el plan de liquidación suponen la extinción o suspensión de contratos laborales, o la modificación de las condiciones de trabajo, previamente a la aprobación del plan, deberá darse cumplimiento a los trámites previstos a este respecto en el art. 64 LC (art. 148.4 LC).

Esta circunstancia necesariamente extenderá el plazo previsto inicialmente en el art. 148 LC para la aprobación del plan de liquidación, dado que será preciso llevar a cabo el periodo de consultas (entre 15 ó 30 días naturales según el número de trabajadores de la empresa) y obtener el informe de la autoridad laboral (quince días adicionales).

Este auto será recurrible en vía laboral, aunque sin efectos suspensivos. En caso de haber planteado los trabajadores acciones a título individual, deben suscitarse previamente incidente concursal, siendo recurrible en suplicación la sentencia que lo resuelva.

3.4 · Aprobación judicial. Recursos

Si no se presentan observaciones o modificaciones al plan propuesto por la administración concursal, el juez queda vinculado a lo previsto en él y deberá aprobarlo sin incluir ninguna modificación. En cambio, si alguna de las partes legitimadas presentase observaciones o modificaciones, la administración concursal deberá presentar informe sobre dichas observaciones o modificaciones en el plazo de diez días.

Una vez recibido el informe de la administración concursal, el artículo 148.2 LC limita la actuación del juez sobre este punto a alguna de las siguientes: (i) aprobar el plan en los términos propuestos por la administración concursal; (ii) introducir en él modificaciones en función de las observaciones y propuestas formuladas; o (iii) acordar la liquidación conforme a las reglas supletorias.

Conforme a la literalidad del artículo 148.2 LC, el juez podrá incluir en el plan de liquidación las modificaciones que estime pertinentes en función de las formuladas por alguna de las partes legitimadas. Resulta aconsejable que las propuestas que se realicen estén dotadas de sólidos argumentos jurídi-

cos (práctica seguida en otras liquidaciones similares, jurisprudencia, etc.) y económicos (informes de bancos de inversión o de expertos en el mercado al que la empresa y sus activos se refieran respecto de los posibles adquirentes interesados, alternativas para su disposición, ofertas de adquisición por interesados, etc.) que sirvan de apoyo al juez para que pueda hacerlas suyas como un auténtico plan alternativo que sustituya todo o parte del propuesto por la administración concursal.

Si el juez considera que ni el plan presentado por la administración concursal ni las observaciones y modificaciones propuestas son adecuadas para los fines previstos en el artículo 148 LC, podrá acordar la liquidación conforme a las reglas supletorias previstas en el artículo 149.1 LC.

El auto del juez que apruebe el plan de liquidación y que resuelva sobre las propuestas realizadas será recurrible en apelación (art. 148.2 *in fine* LC), aunque no en casación, dado que no se incluye dentro de las materias previstas en el art. 197.6 LC. Si no hubiera habido propuestas de modificación, el auto sería únicamente recurrible en reposición (art. 197.2 LC).

4 · PLAZOS PARA LA REALIZACIÓN DE LOS BIENES Y DERECHOS DE LA MASA ACTIVA

La Ley Concursal quiere evitar los malos hábitos adquiridos en la práctica concursal anterior y pretende una rápida liquidación. Para ello, la Ley Concursal establece severas obligaciones a los administradores concursales.

En primer lugar, la administración concursal rendirá trimestralmente cuentas al juez sobre el estado de las operaciones de liquidación mediante el informe previsto en el art. 152 LC. Si no presentara esos informes trimestrales, la administración concursal puede ser separada de su cargo y además puede incurrir en responsabilidad, conforme a lo previsto en los artículos 36 y 37 LC.

El horizonte temporal inicial que la Ley Concursal toma como referencia para llevar a cabo la liquida-

ción es el de un año desde la fecha de apertura. Si transcurre ese plazo sin que haya finalizado, cualquier interesado puede solicitar al juez la separación de los administradores concursales, con pérdida al derecho a retribución, y el nombramiento de unos nuevos (art. 153.1 y 3 LC).

El transcurso del citado plazo no significa la automática separación de la administración concursal por parte del juez, que analizará si existe causa que justifique el retraso, oyendo previamente a la administración concursal (art. 153.2 LC).

Si estuviere pendiente la resolución de las acciones reintegratorias o reivindicatorias planteadas o si existiere litigio sobre todos o algunos de los activos de la concursada, el plazo para su realización vendrá condicionado por la resolución de esos procedimientos. Es cierto que conforme a lo previsto en el artículo 150 LC podrían venderse los bienes y derechos litigiosos, quedando el adquirente a resultas del procedimiento, pero aunque se encontrase un interesado en invertir en el resultado del litigio, no debe olvidarse que en la mayoría de los casos, eso supondría una reducción drástica del precio que se recibiría en la liquidación.

En estos casos, los juzgados vienen otorgando más plazo a la administración concursal para el desarrollo de la liquidación, y lo vienen haciendo mediante dos vías: (i) sin llevar a cabo la separación de la administración concursal una vez transcurrido el mencionado plazo de un año, por considerar que existe causa que justifica el retraso (art. 153.2 LC); o bien (ii) suspendiendo el plazo para la presentación del plan de liquidación hasta que se resuelvan los procedimientos judiciales que afecten al activo de la concursada.

Esta última parece la alternativa más recomendable, dado que así el debate sobre el contenido del plan de liquidación se realiza en el momento en el que se sabe qué activos están a disposición de la administración concursal para su realización, lo que resulta imprescindible para determinar qué medidas *ad hoc* son apropiadas para llevar a cabo las operaciones de liquidación.