

¿Es posible una ley de segunda oportunidad para los trabajadores en España?¹

Carmen Pastor Sempere

Profesora Titular de Derecho Mercantil
Universidad de Alicante

Sumario: I. El «nuevo paradigma concursal». II. La posibilidad técnica de «Conversión de deudas en acciones» (*«debt-equity-swap»*) y posible articulación de una *CRAM DOW*, en el precurso, que favorezca la transmisión de la unidad productiva a sus trabajadores en España. III. El favorable sistema de transmisión de la unidad productiva a los trabajadores en Argentina a través de la articulación de una *CRAM DOW*. IV. Una propuesta de *lege ferenda*. La articulación de una ley «de segunda oportunidad», que favorezca la transmisión de la unidad productiva a los trabajadores en España.

1. El «nuevo paradigma concursal»

No puede dudarse que las últimas reformas concursales han procurado, como ha observado nuestra mejor doctrina concursal «la propiciación de la concursalidad con-

1. El presente trabajo se inscribe en el marco del Proyecto de Investigación «La renovación tipológica en el Derecho de Sociedades contemporáneo», concedido del Ministerio de Economía y competitividad (DER-2013-44438-P, del que es investigador principal el Prof. José Miguel Embid Irujo).

servativa»², donde se quiere que las instituciones concursales sean un instrumento al servicio de la viabilidad y dinamización de nuestro tejido empresarial.

Se ha señalado que estamos ante un «nuevo» «*paradigma de la insolencia*», que parece estructurarse en torno a dos ideas básicas: prevalencia de soluciones pre-concursales y contractuales de reestructuración y mecanismos de segunda oportunidad para el empresario persona física. En definitiva, que la satisfacción de los acreedores pueda venir de la «conservación de las empresas viable y honradas», y que los empresarios de buena fe, que fracasan, puedan «volver a empezar dentro de la economía formal»³.

El Derecho concursal español ha sufrido una importante transformación en escaso tiempo, en sintonía con la Recomendación de la Comisión Europea del 12 de marzo de 2014 *un nuevo enfoque para el fracaso empresarial y la insolencia* y el nuevo texto refundido Reglamento (UE) 2015/848 Parlamento europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015 *sobre procedimientos de insolencia*⁴, así como con las recomendaciones de UNCITRAL⁵.

2. PULGAR EZQUERRA.J «Ley 17/2014 de medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial y Real Decreto-Ley 11/2014 de reformas urgentes en materia concursal: nuevos paradigmas», *Diario La Ley*, núm. 8391, Sección Doctrina, 3 de Octubre de 2014, Año XXXV. De la misma autora, «El nuevo paradigma concursal europeo y su incorporación al derecho español» en AA.VV *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Getafe: Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 253-268.

3. Suele señalarse a Estados Unidos con (la *Bankruptcy Act* de 1898), como el primer ordenamiento en el que emerge con identidad propia el expediente de liberación de deudas, con fundamento de su concesión en la «honestidad del hombre».

4. El papel que jugará en este ámbito la Recomendación de 14 de marzo de 2014, es fundamental, pues como se sabe la armonización, hasta el momento tan solo se había conseguido parcialmente en el ámbito procesal, a través del Reglamento de insolencia transfronteriza (Reglamento CE n° 1346/2000 del Consejo) que regulaba cuestiones de competencia, reconocimiento, ejecución, legislación aplicable y cooperación en los procedimientos transfronterizos de insolencia, que finalizó su proceso de reforma hace escasas fechas. Así en referencia al acuerdo de 6 de junio de 2014, *Modern insolvency rules: EU Ministers back Commission proposal to give honest businesses a second chance*; European Commission Memo - Brussels 6 junio 2014 <http://ec.europa.eu/Reding>) debe ser destacado que, en palabras de su *Vicepresidenta VIVIANE REDING*, y también *Comisaria de Justicia de la UE*: «El acuerdo de hoy en el Consejo de Europa lleva un paso más cerca de ofrecer mejores condiciones para las empresas como para los acreedores (...). Las pequeñas y medianas empresas son la columna vertebral de la economía de la UE. Europa necesita un rescate y recuperación de la cultura de negocios viables. Las normas de insolencia modernizadas facilitarán un nuevo comienzo. Los cambios permitirán un mayor espíritu empresarial en Europa, impulsar el crecimiento y el empleo. Los ciudadanos también pueden estar seguros de que cuando su empleador se enfrenta a dificultades financieras, la empresa tiene una mejor oportunidad de supervivencia» (http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-14-397_en.htm). Ello permitió al Parlamento Europeo, -[la Posición del Consejo en primera lectura con vistas a la adopción del REGLAMENTO DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO sobre procedimientos de insolencia (Texto refundido) Expediente interinstitucional: 2012/0360 (COD), está disponible en: <http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=ES&f=ST%2016636%202014%20INIT>)]- adoptar el texto en segunda lectura en su periodo de sesiones de mayo de 2015. Finalmente fue publicado el REGLAMENTO (UE) 2015/848 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 20 de mayo de 2015

La razón por la que nuestra doctrina señala que estamos ante un **«nuevo» «paradigma»** quizá descansa en la concepción de las instituciones concursales, pues para nuestro legislador la ***finalidad del procedimiento concursal hasta escasas fechas fue exclusivamente solutoria, y prevalentemente liquidatoria, como única vía de satisfacción de los acreedores***. Una señal inequívoca de este cambio es que se aborde, por vez primera, la *«Valoración de la empresa en su conjunto y de las unidades productivas que la integran bajo la hipótesis de continuidad de las operaciones y liquidación»* en el informe de la Administración Concursal⁶. No obstante, en referen-

sobre procedimientos de insolvencia (texto refundido) (DOUE» núm. 141, de 5 de junio de 2015, pp. 19 a 72). **El nuevo texto será aplicable a los procedimientos concursales que se abran con posterioridad al 26 de junio de 2017 (vid. art. 84) y extiende su ámbito de aplicación a los llamados procedimientos híbridos o preconcursales**, de este modo se señala en su **décimo considerando**: *«El ámbito de aplicación del presente Reglamento debe ampliarse a los procedimientos que promueven el rescate de empresas viables económicamente a pesar de estar en dificultades, y que ofrecen una segunda oportunidad a los empresarios. En particular, debe ampliarse a los procedimientos que estén dirigidos a la reestructuración de un deudor en una fase en la que la insolvencia es solo una probabilidad, o que permitan al deudor conservar el control total o parcial de sus bienes y negocios. También debe hacerse extensivo a los procedimientos que prevean una condonación o reestructuración de la deuda de los consumidores y de los trabajadores autónomos, por ejemplo reduciendo la cuantía que deba pagar el deudor o ampliando el plazo de pago que se le hubiera concedido. Dado que esos procedimientos no implican necesariamente el nombramiento de un administrador concursal, deben estar sujetos al presente Reglamento si se desarrollan bajo el control o la supervisión de un órgano jurisdiccional. En este contexto, el término «control» debe incluir aquellas situaciones en las que el órgano jurisdiccional solo intervenga a instancia de un acreedor u otras partes interesadas»*.

5. La Guía Legislativa de la CNUDMI (UNCITRAL), parte primera II (de los mecanismos para resolver las dificultades financieras del deudor), en el punto B aborda las negociaciones voluntarias de reestructuración. Sobre la misma, Vid. CLIFT, J, «Objetivos fundamentales de un régimen de insolvencia eficaz y eficiente: la Guía UNCITRAL sobre Régimen de la Insolvencia (Recomendaciones 1 a 7)» AA.VV *Guía legislativa de UNCITRAL sobre el Régimen de la Insolvencia*, Coor. MORÁN BOVIO, D, *Colección monografías Revista de derecho Concursal*, núm. 5, 2006, pp. 24 a 26. Así las conclusiones adoptadas en la 45ª Sesión de Trabajo de CNUDMI de 2014 *«El objetivo de la presente Recomendación es garantizar que las empresas viables con dificultades financieras, cualquiera que sea su ubicación en la Unión, tengan acceso a unos marcos nacionales de insolvencia que les permitan reestructurarse en una fase temprana con el fin de prevenir la insolvencia...»*, (Grupo 5, ***Derecho de la Insolvencia***, celebrada en Nueva York los días 21 a 25 de Abril).

6. Se añade el número 5.º al apartado 2 por el art. único.Dos.2 de la Ley 9/2015, de 25 de mayo. Ref. BOE-A-2015-5744. La reciente redacción del artículo 75 de la LC incluye un número 5 al apartado 2, en los siguientes términos: *«5.º Valoración de la empresa en su conjunto y de las unidades productivas que la integran bajo la hipótesis de continuidad de las operaciones y liquidación»* (téngase en cuenta que esta modificación será de aplicación a los procedimientos concursales en tramitación en los que no se haya presentado el texto definitivo del informe de la administración concursal, según establece la disposición transitoria 1.2 de la citada norma). Ya apuntábamos como propuesta de *lege ferenda*, que el Informe de la Administración Concursal debía proporcionar una *«imagen poliédrica»* de la situación patrimonial de la empresa concursada. Es decir, no se trataba de que la Administración Concursal hiciera un estudio de viabilidad sobre la continuidad de la empresa (lo cual, obviamente, podría suplirse con la figura de los auxiliares); simplemente su labor debía acotarse a suministrar la *información suficiente* con la finalidad de que los sujetos involucrados en el proceso concursal dispusieran de una *información adecuada* acerca del valor de la empresa en funcionamiento, pero también, y a la vez, sobre el valor de liquidación. Vid. PASTOR

cia a los acuerdos de refinanciación tampoco puede decirse en término absolutos que se haya descuidado la experiencia acumulada en otras crisis y de entidades «estructuralmente» deficitarias en recursos propios. Podemos adelantar que instrumentos como los **préstamos participativos**, a los que se alude en las últimas reformas concursales, han sido utilizados en anteriores crisis económicas, pues al igual que en esta el instinto de supervivencia ha operado una transformación de la mentalidad de los acreedores que, percatados de que *«para cobrar hace falta que el otro pueda pagar»*, han ido evolucionando desde una exclusiva preocupación por el crédito y su garantía hacia un sentido deseo de preservar o mantener la empresa deudora, como auténtico presupuesto para su seguridad⁷, haciéndose éstos, desde un punto de vista sociológico, en parte copartícipes en el riesgo de la empresa o *«coempresarios»*, evidenciando la cooperación en el concurso como uno de los campos donde *«la teoría económica de juegos matemáticos»* cristaliza como comunidad de pérdidas⁸.

Al mismo tiempo, se observa la evolución de la **tradicional funcionalidad de un Derecho concursal** que sostiene la expulsión de los malos deudores⁹, que calculan mal y yerran es, -a falta de un acuerdo de reestructuración convenido con los acreedores-, la solución más ajustada a los principios de una economía de mercado, pues la exclusión de los empresarios ineficientes deja el campo libre a los competidores exitosos¹⁰. La crisis que hemos vivido ha cuestionado al mercado, que *«ya no sirve para seleccionar natural y eficientemente a los empresarios»*. El apalancamiento financiero unido a la iliquidez ha producido una nueva realidad: empresas realmente via-

SEMPERE. C, «Las cuentas anuales de la sociedad concursada e informe de la administración concursal (art. 75 de la Ley Concursal)» en AA.VV *Gobierno Corporativo y crisis empresariales, II Seminario Harvard-Complutense de Derecho Mercantil*, Barcelona, 2006, pp. 490- 522.

7. MARTÍNEZ SANCHIZ, «Préstamos y créditos participativos y subordinados», en AAMN, t. XXVIII, 1988, pp. 135-172, p. 139.

8. *«Como ya ha sido expuesto sólidamente por numerosos autores, el deudor y los acreedores que participan en una negociación privada de reorganización se ven envueltos en una situación conocida como el dilema del prisionero, en la que la conducta racional individual de cada una de las partes implicadas persiguiendo maximizar la satisfacción de los propios intereses conduce a un resultado peor para el conjunto de acreedores que el que se obtendría con una conducta cooperativa entre ellos. Esta conducta racional de los acreedores que les lleva a una satisfacción menor que la que recibirían de cooperar entre ellos viene provocada por la existencia de costes de transacción (costes de información, de negociación y de ejecución de lo acordado), que impiden a los acreedores conocer el empleo alternativo de los recursos del deudor que maximice su valor: que continúen bajo titularidad del deudor, que lo empleen terceros, los propios acreedores, etc.»* JACQUET YESTE.T «Acuerdos de refinanciación versus propuesta anticipada de convenio», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 18, Sección Estudios, Primer semestre de 2013, p. 107 y bibliografía allí indicada.

9. GONDRA.M, «Reflexiones en torno a la “funcionalidad” del sistema concursal proyectado», AA.VV Número extraordinario dedicado al Anteproyecto de Ley Concursal, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Madrid, 1985, pp. 145 y 153.

10. IMMENGA. U, «Orden económico y Derecho de sociedades», *RDM*, núm., 276, 2010, p. 542.

bles desde un punto de vista operativo (es decir susceptibles de generar beneficios en su negocio ordinario) se han tornado en inviables desde un punto de vista financiero. Y ello, les aboca en muchas ocasiones a un irremediable concurso de acreedores al dejar de atender determinados pagos periódicos, principalmente.

Ante esta situación existen dos alternativas: o bien liquidar las empresas en su conjunto, o bien sanearlas desde un punto de vista financiero, con el fin de que la deuda remanente sea soportable, permitiendo así que la empresa siga atendiendo sus compromisos en el tráfico económico. Un nuevo paradigma por el que se sostiene, no solo «*la conservación de la empresa*», sino también «*una segunda oportunidad para volver a empezar dentro de la economía formal*», para el acreedor «*sin culpa*», y que se concibe, de este modo como un instrumento de política económica. Y ello porque a pesar de que *a priori* parece que el sistema financiero absorbe la mala suerte del deudor, se entiende que toda la Sociedad se beneficia de la liberación del deudor, en tanto, exonerado de su pasivo pendiente, ésta recuperara un miembro que puede ser productivo para la Sociedad¹¹. Es la denominada **teoría de la utilidad social o teoría humanitaria**. De alguna forma esta visión de la insolvencia puede catalogarse como más eficiente, tanto desde un punto de vista económico, como social. Con ello se introduce una visión moral que en términos gráficos se ha denominado “*ética-tapón*”¹², y que como ya apuntábamos en trabajos previos, deja traslucir una cierta “*responsabilidad social concursal*”¹³.

Como última pieza, formando parte de este nuevo paradigma; de esta “*nueva ética*”, la doctrina ha ubicado distintos instrumentos que persiguen en el preconcurs-

11. «muchas situaciones de insolvencia son debidas a factores que escapan del control del deudor de buena fe, planteándose entonces el fundamento ético de que el ordenamiento jurídico no ofrezca salidas razonables a este tipo de deudores que, por una alteración totalmente sobrevenida e imprevista de sus circunstancias, no pueden cumplir los compromisos contraídos. No puede olvidarse con ello que cualquier consideración ética a este respecto debe cohererarse siempre con la legítima protección que el ordenamiento jurídico debe ofrecer a los derechos del acreedor, así como con una premisa que aparece como difícilmente discutible: el deudor que cumple siempre debe ser de mejor condición que el que no lo hace» (E.M de la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social. (BOE, núm. 180 miércoles 29 de julio de 2015).

12. «Un modelo de valoración moral establecido por las propias instituciones capitalistas con el fin de garantizar el juego limpio en el mercado y asegurarse el apoyo de los operadores económicos, sin el cual el sistema perdería su base de legitimación social», en FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA.L, «Derecho, Ética y negocios», *Lección Inaugural del año académico 1993-1994*, Universidad de Alicante, Disponible en Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/derecho-etica-y-negocios-0/>

13. PASTOR SEMPERE. C, «Recuperación de pequeñas y medianas empresas en concurso a través de sociedades cooperativas y su contribución a la “responsabilidad social concursal”» *Revista Deusto Estudios Cooperativos*, núm. 2, 2013, pp. 61-82.

so¹⁴, situar al administrador en una posición cercana a la de un auditor de cuentas; lo cual ofrece *per se* un medio para asegurar, dentro del actual sistema de economía de mercado, que las empresas sean dirigidas por quienes estén en grado de mantenerlas con un grado eficiente de productividad¹⁵.

Ahora bien, la pregunta que debemos hacernos es, en primer lugar si nuestra legislación se ha reorientado a este fin, y en segundo si realmente podemos sostener que podemos encontrar fundamentos para proponer “una segunda oportunidad” también para los trabajadores que ven con la crisis de la empresa peligrar su fuente laboral. Casi todos somos conocedores de algún caso en el que al banco acreedor se le adjudica en pago del derecho de cobro que tiene sobre la empresa concursada y en liquidación «la nave junto con la maquinaria y herramienta», siendo su futuro inmediato el ser objeto de vandalismo y expolio, perdiendo todo su valor físico presente, su capacidad productiva de cara al futuro y, en consecuencia, con un claro y negativo impacto social.

2. La posibilidad técnica de «Conversión de deudas en acciones» («debt-equity-swap») y posible articulación de una CRAM DOW, en el precurso, que favorezca la transmisión de la unidad productiva a sus trabajadores en España

La reforma de la Ley concursal 38/2011 ya supuso un auténtico avance en este campo. A ello contribuyo el uso que se hizo del art. 43.2 de la LC por parte de los

14. En referencia a Propuesta de Directiva comunitaria relativa a las sociedades unipersonales de responsabilidad limitada «Societas Unius Personae (SUP)» que, caso de ser aprobada definitivamente, podría coexistir con las unipersonales nacionales, con un régimen especial armonizado a nivel comunitario en materia de régimen de constitución, domicilio social, capital mínimo, (DOC. COM (2014) 212 final de 9 de abril de 2014), señala PULGAR EZQUERRA, J. «*Se aproxima en alguna medida en este ámbito, la función y significado de la actuación del administrador social a la de un auditor, que, de un lado, ha de pronunciarse sobre el “going concern” de la sociedad o principio de empresa en funcionamiento; y, de otro, efectuar un juicio de futuro, sobre la previsibilidad de que en el plazo de un año la sociedad podrá atender con la continuidad de su actividad al cumplimiento de sus obligaciones*» («El nuevo paradigma concursal europeo y su incorporación al derecho español» en AA.VV Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz cit. p.257.)

15. Sobre la relevancia individualizadora del régimen de responsabilidad legal, vid. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA.L, *La Atipicidad en Derecho de sociedades*, Zaragoza, 1977, pp.428-429.

jueces de lo mercantil¹⁶, en un procedimiento concursal a través del cual ya se contemplaba la opción traslativa (y, en su caso, conservativa) de la empresa concursada en cualquiera de sus fases, convenida (a pesar de la dicción del 100.3 de la LC) o reglada, ex arts. 100.2 II-III y 148-149 LC, frente a la que fuera nuestra legislación derogada. Con ello se hizo posible la enajenación/dación en pago de empresa «conservativa» al mismo tiempo que se tramitaba la fase común del concurso¹⁷. Y ello, a través del régimen propio de la liquidación judicial, al permitírsele al deudor concursado solicitarla «en cualquier momento» y procederse a su apertura dentro de los 10 días siguientes, en detrimento del llamado convenio de asunción¹⁸.

A ello se sumaron las últimas reformas de 2014, especialmente la reforma de Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, *de medidas urgentes en materia concursal* (núm. 217 Sábado 6 de septiembre de 2014) que completa y extiende (ya no solo al precurso) las medidas para favorecer la reestructuración y refinanciación de las deudas empresariales -aprobado el RD de 8 marzo 2014, convalidado a Ley de 1 de octubre de 2014, del mismo nombre- a la fase convenio.

Por tanto, la posibilidad técnica de «Conversión de deudas en acciones» («debt-equity-swap») se amplía a las posibilidades de extensión de los efectos del convenio a los acreedores «disidentes» y, en particular, a los acreedores privilegiados, en función de las mayorías que voten a favor. Respecto a los créditos privilegiados, sin modificar su clasificación, se crean cuatro clases diferenciadas, a efectos de la votación para la extensión del convenio, según se trate de acreedores laborales, públicos, financieros o el resto. Los acreedores privilegiados, tanto generales como especiales, mantienen su capacidad de adhesión voluntaria al convenio, pero se introduce la posibilidad de que se puedan extender los efectos del convenio a los acreedores privilegiados «disidentes». La condición es que voten a favor del mismo acreedores que representen amplios porcentajes del pasivo de cada una de las clases de créditos, dependiendo de las medidas a aplicar.

16. Como veremos, los arts. 43.2 y 155.3-4 LC han permitido la enajenación autorizada judicialmente de bienes y derechos del concursado, aun cuando se trate de bienes sujetos a una garantía especial (aquí, y en principio, con subsistencia del gravamen y con subrogación del adquirente en la obligación del deudor). Y es que para ese acreedor hipotecario, muy probablemente, sea mejor opción una vía negociada al respecto (aun cuando con ello tenga que condonar parte de la misma, en su caso) que el tener que proceder a la realización forzosa de su garantía. AZOFRA VEGAS, F., «La agilización de la reestructuración del activo: «pre-pack» y procedimiento abreviado en la reforma de la Ley Concursal», en *RcP*, 2012, núm. 17, pp. 131-143, p. 135.

17. PASTOR SEMPERE, C./HERNANDO CEBRIÁ, L., «La dación de la PYME como “unidad productiva” en pago de deudas en el acuerdo extrajudicial de pagos», *RcP*, núm. 22, 2015, pp. 353-368.

18. Vid *in extenso*, GARNACHO CABANILLAS, L., *El convenio de Asunción*, Colección Estudios de Derecho Concursal, Madrid 2014.

Si pese a todo, la empresa entra en liquidación, la norma establece una serie de mejoras técnicas respecto de los procedimientos actuales. Con el fin de facilitar la transmisión de unidades productivas de bienes o servicios del deudor, se incorporan tres medidas. En primer lugar, se permite la transmisión de contratos y licencias sin el consentimiento de terceros (contrapartes y administración). También se hace posible la transmisión de unidades productivas libre de obligaciones de pago preexistentes, salvo que se acuerde lo contrario o que lo disponga así la Ley como es el caso de salarios y obligaciones con la Seguridad Social. Finalmente, se permite la venta de unidades productivas con bienes dados en garantía, donde se elimina el consentimiento del acreedor, si el adquirente ocupa el lugar del deudor o si percibe el valor de la garantía; y, en otro caso, se prevén mayorías de arrastre, como veremos¹⁹.

Como comprobamos, el RD- Ley 11/2014 aborda fundamentalmente dos tipos de medidas, según declaró el propio Ministro²⁰. Primero, la extensión de tres premisas ya introducidas en la fase preconcursal, a través del RD-Ley 4/2014, al propio convenio concursal, lo que supone considerar la continuidad de las empresas económicamente viables como beneficiosa no sólo para las propias empresas, sino para la economía en general y, muy en especial, para el mantenimiento del empleo y, segundo, la inclusión de una serie de medidas para flexibilizar la transmisión del negocio del concursado o de alguna de sus ramas de actividad. No obstante siguen existiendo en la actualidad algunas trabas, que, bien durante la tramitación del proceso concursal, bien cuando la liquidación del concursado sea inevitable, están dificultando su venta²¹. La principal, es un procedimiento lento y costoso. Gráficamente el Juez D. Juan Manuel de Castro, -magistrado responsable del concurso y la liquidación de la

19. El art. 146.bis LC, dentro del Capítulo dedicado a la fase de liquidación, recoge una serie de especialidades aplicables en caso de transmisión de unidades productivas, con el objeto de garantizar en lo posible la continuación de la actividad empresarial, facilitando la venta del conjunto de los establecimientos y explotaciones del concursado o de cualesquiera unidades productivas. No obstante, este régimen tiene carácter más general, ya que se aplica por remisión expresa a la transmisión en la fase común (art. 43.3 LC) y a la que tenga lugar en el convenio (art. 100.2.III LC). A estos efectos deberá constar en el informe de la administración concursal la valoración de la empresa en su conjunto y de las unidades productivas que la integran bajo la hipótesis de continuidad de las operaciones y liquidación (art. 75.2.5.º LC), para permitir una comparación de valores que justifique el recurso a determinados procedimientos.

20. Consejo de Ministros, Madrid, viernes, 5 de septiembre de 2014. Disponible en: <http://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/Paginas/2014/refc20140905.aspx#Concursal>

21. Nos indicaba CABANAS TREJO. R, «Una nueva reforma de la legislación concursal (RDL 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal)», *Diario La Ley*, núm. 8406, Sección Doctrina, 24 de Octubre de 2014, Año XXXV. La salvedad expresa a favor del art. 149.2 LC, como norma propia de la fase de liquidación, obligaba a plantear si existe una remisión sucesiva, de tal modo que este segundo precepto también resulte aplicable a la enajenación en la fase común o en el convenio. Conviene recordar que hasta ahora ha sido normal esa aplicación, con un importante efecto exonerador para el adquirente (v.gr, AJM de Barcelona [10] de 19 de diciembre de 2013).

compañía Spanair, uno de los procesos concursales más relevantes del panorama español por contar con más de 300.000 acreedores- en *VI edición del Congreso de Derecho Mercantil y Concursal de Canarias, 11 de julio de 2013*, los concursos: «*Tardan demasiado y esto hace que los jueces nos pongamos más el traje de ‘enterrador’ que el traje de ‘salvador’*».

Es necesario actuar en la fase temprana de la insolvencia; en el precurso, cuando la empresa aun puede ser viable. Si bien lo señalado no quita para que se desechen posibilidades en el propio concurso. Así, se evidencia nuevas lecturas evolutivas del proceso de liquidación «conservativo»²². En pronunciamientos judiciales como el Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 8 de Madrid, de 20 de diciembre de 2013,²³ sobre enajenación de unidad productiva en la fase común del concurso, varias partes personadas en el concurso alegan que el precio ofrecido por el adquirente no cubre la expectativa de cobro de los acreedores concursales. Consideran que el precio debe de ser de 25 millones de euros, tal y como se proyectó en junio de 2013 por la Administración Concursal, y que en el inventario de una sola de las sociedades concursadas ya arroja un valor de más de 112 millones de euros.

El juez del concurso opone que «*un activo vale en el mercado lo que alguien está dispuesto a pagar por él*»; si existe error, no está en la oferta, está en la valoración del inventario. Si el precio es bajo, lo que pueden hacer los interesados es presentar otros potenciales adquirentes que deduzcan ofertas superiores, lo que no sucedió. El juez destaca la oportunidad que supone dicha oferta, por su propia existencia y por sus términos. La alternativa de no enajenar por insuficiencia del precio de adquisición puede suponer desaprovechar una oportunidad de venta global. Además, constituye una entrada de dinero a favor de los acreedores de la concursada.

Corresponde al juez del concurso valorar si la autorización para la enajenación de la unidad productiva atiende de forma conveniente a los «intereses del concurso» (art. 43.2 LC). En concreto, el juez valora que «***dicha venta es la mejor manera de maximizar el interés de los acreedores y sirve a la conservación de la empresa y el empleo***».

Ahora bien, un aspecto descuidado por nuestras sucesivas reformas concursales es la participación de los trabajadores como posibles adquirentes de la empresa. En efec-

22. Al determinar la preferencia del legislador es por la venta de la unidad productiva, como conjunto organizados de bienes y derechos o de medios materiales o personales aptos para mantener o reemprender una actividad productiva. Ello permite optimizar el valor de los activos, mantener la actividad productiva y los puestos de trabajo. En este sentido se pronuncian claramente tanto el art. 148 como el art. 149 de la Ley concursal, el primer se refiere al plan de liquidación, y el segundo a las normas supletorias en ausencia del dicho plan.

23. Un comentario sobre el mismo puede encontrarse en, SIERRA NOGUERO, E, «La enajenación de unidad productiva en la fase común del concurso (A propósito del Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 8 de Madrid, de 20 de diciembre de 2013) », *RcP*, núm. 21, 2014, pp. 193-208.

to, en los **Acuerdos de los Jueces de lo mercantil y Secretarios Judiciales de Catalunya, seminario de 3 de julio de 2014**, se pronuncian sobre la valoración de la Unidad Productiva (UP), «su precio», no con el que consta a efectos contables como «valor histórico», sino a favor del método «de descuento de flujos de caja netos», sin desconocer la valoración del coste de cese de la actividad productiva²⁴, en el que si bien se menciona a los trabajadores, entendemos debería darse preferencia a las propuestas que partan de los propios trabajadores de la Unidad Productiva²⁵.

3. El favorable sistema de transmisión de la unidad productiva a los trabajadores en Argentina a través de la articulación de una CRAM DOW

Una precisión. Nos referimos, en todo momento, a empresas «viables y honradas» que con las daciones en pago a los trabajadores, y/o acreedores, de la unidad pro-

24. Señalan al respecto que: «Una vez identificados esos medios hay que valorarlos, para poder saber cuánto se puede pedir por ellos a los posibles interesados y poder justificar que esta es la mejor opción del concurso para los acreedores. La valoración siempre es complicada, y no deja de ser una mera hipótesis de trabajo, pero es necesario para poder tener una referencia de cuál es el precio por el que se puede vender. El método que debería seguirse, en principio, es el de descuento de flujos de caja netos. Pero es que además, aun cuando la conservación de los puestos de trabajo y de la actividad industrial es un valor en sí mismo, la venta de la UP solo está justificada cuando su previsible sea superior al de los elementos del activo de forma aislada (art. 148 y 149 LC).

d) Valoración del coste de cese de la actividad productiva, incluyendo lógicamente el coste del despido colectivo de toda la plantilla. Es imprescindible valorar, la segunda opción, el cese de la actividad y su coste para poder tomar la decisión adecuada».

25. En su «3ª Regla. Publicidad de la venta de la UP y de sus condiciones.

La transparencia del proceso de venta de UP exige darle publicidad, para ello es necesario crear un espacio donde cualquier interesado pueda saber que es los que se vende en procedimientos concursales. Actualmente este espacio es el que ofrece el Departament de Industria de la Generalitat en su Canal Empresa.

Los interesados en general pueden ser:

a. Los competidores

b. Fondos de Inversión, inversionistas en general o sus mediadores

c. El propio empresario, que cree una nueva compañía, solo o con otros inversores.

d. **Los trabajadores (cooperativas o sociedades laborales)**

1. En primer lugar, el administrador concursal deberá identificar a los posibles interesados para invitarlos a participar en el proceso. También en este punto la AC tiene que recabar la colaboración del Departament de Industria, cuyos responsables son capaces de identificar a los interesados dentro del sector correspondiente.

2. En segundo lugar, la administración concursal debe de invitar a los posibles interesados a participar en el procedimiento. Es imprescindible asegurar que haya concurrencia en el proceso, es la única forma optimizar el precio, por lo que la administración concursal, además de la publicidad formal que pueda dar a la apertura del proceso y a sus condiciones, deberá tratar de identificar a aquellos interesados para tratar de conseguir que participen en la compra de la UP».

ductiva o de esos mismos bienes y/o activos de inmovilizado, mantendrían su capacidad de generar trabajo y riqueza en el presente y en el futuro como empresa que continua de una forma socialmente menos traumática.

Incluso, la necesidad de asumir la responsabilidad de conducirlos al ser abandonados por sus dueños, o de resguardar el patrimonio de las mismas para evitar su desguace con la consiguiente pérdida de su fuente laboral fue abordada por la Ley de Quiebras de la República de Argentina, en la se contempló la transferencia a sus trabajadores. Si bien su introducción fue calificada de voluntarista por la gran parte de la doctrina, que criticó entre otros aspectos, lagunas muy significativas como *«¿la cooperativa actúa a su propio riesgo empresarial o los pasivos que asuma serán soportados por la quiebra?»*²⁶. La reforma de la Ley núm. 26.684 incluye un artículo a continuación del artículo 203 que, por un lado **dispone expresamente que la cooperativa de trabajo puede ser adquirente de la empresa y por otro, permite que los trabajadores puedan compensar sus créditos para pagar el precio de la misma** (de ahí la denominación de **SALVATAJE**, que se utiliza alternativamente con **CRAM DOWN**. Se trata de salvar la empresa y no a sus propietarios, que deben ceder obligatoriamente sus acciones o cuotas sociales, si el tercero obtiene el acuerdo con sus acreedores y el juez lo homologa). La nueva **ley permite que los créditos laborales se vuelvan un medio de pago de las participaciones sociales**²⁷.

La viabilidad de la empresa es el presupuesto que justifica la continuación de la explotación. Como se comprueba, en la actualidad, en Argentina, La ley núm. 26.684 de Concursos y Quiebras (publicada en el Boletín Oficial de 3 de junio de 2011), -que modifica la anterior ley 24.522-, entre sus principales reformas, habilita la participación activa de los trabajadores en un proceso de quiebra y da prioridad de adquisición de una empresa cerrada, a sus trabajadores agrupados en una cooperativa. En este punto, la tendencia legislativa que reconoce un interés general al mantenimiento y conservación de la empresa, se ha de extender a los negocios jurídicos que la tengan por objeto cuando las circunstancias del caso aconsejen su transmisión, asegurando la continuación en función de la conservación de la fuente de trabajo. Así, el principio de la conservación de los elementos afectos a la actividad empresarial o de las unidades productivas, en defensa del «interés de la empresa».

La Corte Suprema de Justicia (CSJN), el 1 de agosto de 2013, dictó tres importantes fallos, idénticos en su fundamentos, con los que sentó por primera vez criterio

26. Vid. «El derecho concursal en la emergencia», ROITMAN.H /RIVERA, J.C, en Revista latinoamericana de Derecho, núm. 1, 2004, p. 423.

27. Vid. JUNTENT Y BAS. F/ «Alrededor de las principales directrices de la reforma al estatuto concursal por la Ley 26.684» Revista de la Facultad Universidad de Cordoba, Vol. III núm. 1 Nueva Serie II, 2012, pp. 53 a 80.

en relación a los principios de la ley de quiebras reformada. Los fallos son CLINICA MARINI SA s. Quiebra, CASE SACIFIE s Quiebra y AESA ACEROS ESPECIALES SA s Quiebra. El primero de ellos: CLINICA MARINI SA s. Quiebra CSJN, Fallos: C. 534; XLIV. 01/08/13; ha tenido indudable trascendencia. La Corte expresa en la sentencia, claramente la protección del trabajador en los procesos de quiebra, con lo que rompe el principio de igualdad de trato entre los acreedores -par conditio creditorum-, diciendo: *«no debe tomarse desde la misma perspectiva a un trabajador como a un acreedor financiero o a un acreedor comercial, aunque los dos integren la misma masa pasiva, dado el origen de cada crédito -en el primer caso, derivado del producto íntegro de su trabajo- y la disparidad de recursos con que cuentan unos y otros para seguir el proceso»* (Considerando 11).

Finalmente entra en el análisis de la reforma de la LCQ operada mediante la Ley núm. 26.684, -la reforma propiciada por las empresas recuperadas-, expresa: Cabe añadir que la reciente reforma de la Ley núm. 24.522 mediante la sanción de la Ley núm. 26.684, *«acentúa significativamente los recaudos legales para asegurar el conocimiento y participación de los trabajadores en los actos celebrados en los procesos de concurso preventivo y quiebra»* y luego de enumerar algunas de las reformas del sistema que propició la norma aludida acaba con una clara referencia teleológica. Dice: *«Resulta claro, de tal modo, que la orientación de la reforma legislativa se dirige a asegurar que los trabajadores de la empresa insolvente conozcan el trámite que les permitirá preservar su fuente de trabajo o percibir, aunque sea parcialmente, sus créditos alimentarios...»* (Considerando 11)

4. Una propuesta de lege feranda. La articulación de una ley “de segunda oportunidad”, que favorezca la transmisión de la unidad productiva a los trabajadores

Como comprobamos, no es impensable que técnicamente en España las soluciones preconcursales y contractuales de reestructuración (acuerdos de refinanciación o extrajudiciales de pagos), tras las últimas reformas, se puedan reorientar, y articular un sistema similar al **CRAM DOWN** argentino. Y ello por qué no, a través de un reconocimiento expreso a través de **«una ley de segunda oportunidad para los trabajadores»**, necesariamente transversal, y con la participación de los acreedores públicos, hasta ahora blindados y cerrados a cualquier posibilidad de participación en la capitalización de deuda. Y ello como un evidente y claro desarrollo material de nuestro artículo 129.2 de nuestra Constitución de 1978.