



*Documentos de Trabajo del Departamento de  
Derecho Mercantil*

---

2011/40

Julio 2011

---

**LA TRANSMISIÓN DE LA EMPRESA O DE UNIDADES PRODUCTIVAS DEL EMPRESARIO  
INSOLVENTE COMO CONTENIDO DEL CONVENIO CONCURSAL**

**Carmen Alonso Ledesma**

**Catedrática de Derecho Mercantil UCM**

Departamento de Derecho Mercantil. Facultad de Derecho.

Universidad Complutense.

Ciudad Universitaria s/n

28040 Madrid

00 34 -913 94 54 93

E-mail autor: [calonsol@der.ucm.es](mailto:calonsol@der.ucm.es)

<http://www.ucm.es/centros/webs/d321/>

<http://eprints.ucm.es/>

LA TRANSMISIÓN DE LA EMPRESA O DE UNIDADES PRODUCTIVAS DEL  
EMPRESARIO INSOLVENTE COMO CONTENIDO DEL CONVENIO CONCURSAL

CARMEN ALONSO LEDESMA  
CATEDRÁTICA DE DERECHO MERCANTIL  
UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

Texto de la intervención presentada en el VIII Seminario Harvard–Complutense de Derecho mercantil, celebrado entre los días 27 y 30 de septiembre de 2010 en la Harvard Law School, con el patrocinio de Allen & Overy, Banco Santander, J & A Garrigues, Ilustre Colegio de Registradores de España e Ilustre Colegio Notarial de Madrid

**Resumen:** La transmisión de empresa cobra una relevancia singular cuando ese negocio traslativo se inserta en el marco de un procedimiento concursal como consecuencia de los intereses diversos que en él confluyen. A este respecto, la Ley contempla distintos supuestos en los que la empresa o determinadas unidades productivas pueden ser transmitidas no sólo como medio para lograr la satisfacción de los acreedores sino también como mecanismo de conservación de la empresa y la continuación de la actividad. El trabajo aborda la transmisión como posible contenido de un convenio concursal.

**Palabras clave:** transmisión de empresa; insolvencia; convenio

**Abstract:** The transmission of an undertaking charges a singular relevance when that business deed transferring is inserted in the context of insolvency proceedings as a result of the diverse interests that in the converge. In this regard, the Ley Concursal provides different scenarios in which the enterprise or certain productive units can be transmitted not only as a means to achieve the satisfaction of creditors, but also as a mechanism for the conservation of the company and the continuation of the activity.

**Keywords:** transfer of an undertaking; insolvency; covenant

## INDICE

**1. LAS POSIBLES VÍAS DE TRANSMISIÓN DE LA EMPRESA O DE UNIDADES PRODUCTIVAS EN EL SEÑO DEL PROCEDIMIENTO CONCURSAL.**

**2. LA ENAJENACIÓN DE LA EMPRESA COMO CONTENIDO DEL CONVENIO: EL CONVENIO DE ASUNCIÓN.**

**2.1. CONSIDERACIONES GENERALES**

**2.2. NATURALEZA DEL NEGOCIO JURIDICO: LA PROBLEMÁTICA INCARDINACIÓN DEL ADQUIRENTE EN EL CONVENIO.**

**2.3. ELEMENTOS CONFIGURADORES**

**2.3.1. LA ENAJENACIÓN DE LA EMPRESA**

**A) CONJUNTO DE BIENES Y DERECHOS DEL CONCURSADO**

**B) UNIDADES PRODUCTIVAS**

**C) CESION DE CRÉDITOS**

**D) EL PROBLEMA DE LAS ACCIONES REVOCATORIAS**

**E) CESIÓN DE CONTRATOS**

**2.3.2. LA ASUNCIÓN DEL PASIVO**

**A) EL ASUMENTE**

**B) ALCANCE DE LA ASUNCIÓN DEL PASIVO**

**C) EXTENSIÓN OBJETIVA DE LA ASUNCIÓN**

**2.3.3. LA CONTINUIDAD DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL: EL PLAN DE PAGOS Y EL PLAN DE VIABILIDAD.**

**2.3.4. AUDIENCIA DE LOS REPRESENTANTES LEGALES DE LOS TRABAJADORES.**

# LA TRANSMISIÓN DE LA EMPRESA O DE UNIDADES PRODUCTIVAS DEL EMPRESARIO INSOLVENTE COMO CONTENIDO DEL CONVENIO CONCURSAL

CARMEN ALONSO LEDESMA

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

## 1. LAS POSIBLES VÍAS DE TRANSMISIÓN DE LA EMPRESA O DE UNIDADES PRODUCTIVAS EN EL SENO DEL PROCEDIMIENTO CONCURSAL.

Es sobradamente conocido que la empresa<sup>1</sup>, sea en su integridad o parcialmente, puede ser objeto de negocios jurídicos, en especial de negocios traslativos. Este hecho, que cuando se trata de una empresa “in bonis” no deja de plantear algunas cuestiones no siempre fáciles de resolver<sup>2</sup>, cobra una relevancia singular cuando ese negocio traslativo se inserta en el marco de un procedimiento concursal en el que ya no se atiende solamente a los intereses contrapuestos de las partes interesadas en el negocio (comprador y vendedor) sino a otros intereses diversos, singularmente los de los acreedores, a cuya satisfacción está orientado todo el procedimiento, lo que hace que ese negocio traslativo presente (además de las dificultades inherentes al mismo en situaciones no concursales), unos perfiles singulares y que deba cumplir necesariamente con unos requisitos específicos sin los cuales la transmisión no se podría efectuar.

La Ley concursal (en adelante LC), en efecto, contempla distintos supuestos en los que la empresa del concursado o algunas de sus unidades productivas pueden ser

---

<sup>1</sup> Obvio es señalar que la referencia a la empresa se hace en su sentido objetivo, esto es, conjunto agregado de bienes y derechos organizados por la actividad del empresario o, si se quiere, conforme a la terminología empleada por la Ley concursal, al establecimiento.

<sup>2</sup> Vid., por todos, GONDRA ROMERO, J.M., (1998) «La estructura jurídica de la empresa (el fenómeno de la empresa desde la perspectiva de la teoría general del Derecho)», *RDM*, nº 228, pag. 571 y ss.; RUBIO VICENTE, P.J., (2001), *La aportación de empresa en la sociedad anónima*, Valladolid.

objeto de transmisión a un tercero como medio para lograr una mejor satisfacción de los acreedores que, en definitiva, es la finalidad perseguida con el concurso, pero con la intención también de mantener, en la medida de lo posible, la empresa y la continuidad de su actividad, aunque sea en manos de otro empresario. Dicho en otros términos, la finalidad solutoria del concurso no es incompatible con la conservación de la empresa y la continuidad de su actividad como fórmula que se presume tendencialmente idónea no sólo para satisfacer los derechos de los acreedores sino también para la tutela de los distintos intereses confluyentes en el procedimiento (intereses generales de la economía, conservación del tejido empresarial, mantenimiento del empleo etc.) Y ello porque aunque se trate de una empresa insolvente su valor unitario normalmente será superior al que podrían alcanzar los elementos materiales e inmateriales que la componen aisladamente considerados, teniendo en cuenta, sobre todo, la potencial capacidad productiva del conjunto, esto es, de la riqueza que se supone que puede generar en el futuro, sea en manos del deudor o, sobre todo, en manos de otro empresario que sea capaz de imprimir un nuevo sesgo a la explotación mediante la implantación de un diverso plan de negocio. Esta es, por otra parte, la tendencia generalizada en todos los ordenamientos de nuestro entorno en los que se distingue claramente la liquidación de la empresa de la liquidación del patrimonio que no implica necesariamente la primera; de ahí que con el fin de satisfacer mejor a los acreedores esta satisfacción se lleve a cabo mediante técnicas que, en la medida de lo posible, eviten la disolución, es decir, la liquidación de la empresa permitiendo la reorganización de la misma, con la sustitución del empresario, o mejor, y más en general, de aquél o de aquéllos a los que, como los socios (de la sociedad concursada) está destinado el valor neto del patrimonio de la empresa<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> FERRI jr., G. (2010) «La forma di esercizio dell'impresa fallita», *Dir. Fall.*, pag. 184.

No es de extrañar, por ello, que la LC prevea en las distintas fases del concurso la posibilidad de transmitir la empresa del deudor concursado. Así, en la fase de liquidación concursal (sea ordinaria o anticipada), esto es, en la fase destinada a convertir en dinero los bienes y derechos que conforman la masa activa, la LC permite que el patrimonio del deudor concursado no se liquide de forma disgregada mediante la realización individualizada de cada uno de los elementos que lo componen, sino que, antes al contrario, se favorece que la liquidación judicial de ese patrimonio se produzca de forma unitaria. O lo que es lo mismo, que se mantenga el patrimonio empresarial o profesional del deudor concursado unido mediante la enajenación en bloque de los bienes que integran la empresa o algunas de sus unidades productivas, tanto si esa enajenación tiene lugar de acuerdo a lo previsto en el plan de liquidación aprobado por el juez (art. 148 LC) o, de no aprobarse, con arreglo a las reglas legales supletorias previstas en el art. 149 LC.

En efecto, el artículo 148 LC establece que, siempre que sea factible, el plan de liquidación deberá contemplar la enajenación unitaria del conjunto de establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes y servicios del concursado o de algunos de ellos, con lo que se pone de manifiesto que en el plan de liquidación debe ser objetivo prioritario, siempre que sea posible, la transmisión de la empresa o de sus unidades productivas en lugar de realizar los bienes de forma aislada.

Y, si el plan de liquidación elaborado por la administración concursal no fuere objeto de aprobación, las operaciones de liquidación deberán ajustarse a lo indicado en las reglas legales supletorias que ordenan, en primer término, que la enajenación del patrimonio del concursado se haga primordialmente “como un todo”, es decir, se proceda a la enajenación no disgregada de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes o servicios, salvo que resulte más

conveniente para los intereses del concurso su previa división o la realización aislada de todos los elementos componentes o de algunos de ellos (art. 149 LC).

Pero también y especialmente, la transmisión de la empresa puede formar parte del contenido del convenio. El artículo 100 de la LC, en efecto, al ocuparse del contenido del convenio, se refiere a la enajenación de la empresa en su apartado 2, párrafo segundo (aunque no la mencione de forma explícita), al señalar que en la propuesta de convenio podrán incluirse proposiciones de enajenación del conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a su actividad empresarial o profesional o de determinadas unidades productivas, con obligación expresa del adquirente de continuar con la actividad empresarial o profesional propia de las unidades productivas transmitidas y de pagar los créditos de los acreedores en los términos expresados en la propuesta de convenio.

En este caso y a diferencia de la transmisión de la empresa a la que se hace alusión en la fase de liquidación a la que nos acabamos de referir, ésta de ahora no se lleva a cabo mediante los trámites establecidos para aquélla, sino como parte del contenido del convenio con expresa imposición al adquirente de, como más adelante se verá con detalle, no sólo la obligación de continuar con la actividad que venía desarrollando el anterior titular de la o de las unidades productivas transmitidas, sino también la de proceder al pago de los acreedores del concursado en los términos pactados. Se trata, por tanto, de una transmisión de empresa peculiar caracterizada por unas notas específicas que no concurren en lo que podría calificarse como enajenación ordinaria de la empresa en concurso o de algunas de sus unidades productivas que es la contemplada en la fase de liquidación<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> En el Proyecto de LC sólo estaba prevista la enajenación de la empresa en la fase de liquidación, sin embargo en sede parlamentaria y como consecuencia de la admisión de una enmienda del grupo

La transmisión de la empresa del concursado o de algunas de sus unidades productivas también puede realizarse a través del procedimiento de fusión o escisión, modificaciones estructurales a las que se hace referencia explícita en la LC (art. 100.3), o mediante otras modalidades de estas modificaciones como la cesión global de activo y pasivo y la segregación que ahora se contemplan en la reciente Ley de Modificaciones estructurales<sup>5</sup>, en cuyo caso habrán de modularse y coordinarse debidamente las normas societarias que regulan estas modalidades de reestructuración empresarial con las contenidas en la Ley concursal dado que aquéllas están previstas para sociedades *in bonis* y no para sociedades insolventes inmersas en un proceso concursal, lo cual no deja de suscitar algunas incertidumbres y dificultades interpretativas que, quizás, deberían haber sido despejadas por el legislador<sup>6</sup>.

Finalmente, y a pesar de la prohibición de disponer de los bienes afectos a la actividad profesional o empresarial del concursado que se formula en el artículo 43.2

---

parlamentario de Convergencia y Unión se introdujo la posibilidad de que también en el convenio la empresa pudiera ser objeto de transmisión.

<sup>5</sup> Como se indica en el texto, la LC sólo hace referencia expresa a las modalidades de modificaciones estructurales tipificadas en el momento en que se redactó la norma. El hecho, sin embargo, de que con posterioridad a la LC se haya promulgado la Ley de Modificaciones estructurales en la que se contemplan otras modalidades distintas a las tradicionales de fusión y escisión, tales como la cesión global de activo y pasivo y la segregación (esta última concebida como modalidad específica de la escisión) permite considerar que también estas nuevas figuras podrán ser utilizadas en caso de concurso. Hay que señalar, no obstante, que la segregación en cuanto consiste en la transmisión de unidades de negocio, ramas de actividad o unidades económicas (en la terminología legal) a una sociedad preexistente o de nueva constitución a cambio de acciones o participaciones que la sociedad segregante recibe de la sociedad beneficiaria no parece que pueda tener una especial significación en caso de concurso. Y, de otra parte, la cesión global de activo y pasivo consistente en la transmisión que hace una sociedad inscrita de todo su patrimonio en bloque por sucesión universal, a uno o varios socios o terceros, a cambio de una contraprestación que no podrá consistir en acciones, participaciones o cuotas de socio del cesionario plantea un doble orden de problemas. Por un lado, dilucidar si con esta cesión global de activo y pasivo se podría vulnerar la prohibición de llevar a cabo convenios liquidativos. Y, por otro, hasta que punto esta cesión global de activo y pasivo no se solaparía con el convenio de asunción de que aquí se trata.

<sup>6</sup> Sobre las modificaciones estructurales en el concurso Vid. LARGO GIL, R., (2008) «El convenio concursal mediante la modificación estructural de la sociedad concursada: (algunas consideraciones a los cuatro años de la entrada en vigor de la Ley concursal)», en *RcP*, pags. 87-116.



LC, no cabe descartar la posibilidad de que durante la fase común del concurso pueda la administración concursal en determinadas circunstancias y con la debida autorización del juez del concurso ex art. 43.2 proceder a vender determinados activos o, incluso, alguna de las unidades productivas o ramas de actividad de la empresa.

Como algunas de las formas de transmisión mencionadas son objeto de análisis en este mismo volumen, el presente trabajo se circunscribe, exclusivamente, a analizar algunas de las cuestiones más relevantes de la enajenación de la empresa como contenido del convenio realizado entre el concursado y sus acreedores.

## **2. LA ENAJENACIÓN DE LA EMPRESA COMO CONTENIDO DEL CONVENIO: EL CONVENIO DE ASUNCIÓN.**

### **2.1. CONSIDERACIONES GENERALES**

Prohibidos por la LC los convenios de liquidación (de amplia utilización bajo la vigencia del Código de comercio y de la Ley de suspensión de pagos) mediante los cuales eran objeto de cesión los bienes o derechos del concursado a los acreedores en pago o para pago de sus créditos, así como cualquier otra forma de liquidación global del patrimonio del concursado para la satisfacción de sus deudas (art. 100.3), la única posibilidad de transmisión de la empresa en el marco de un convenio es la expresamente prevista en el art. 100.2.II LC en el que se indica que, además del contenido esencial del convenio (quita y/o espera o ambas)<sup>7</sup> “también podrán incluirse en la propuesta de

---

<sup>7</sup> A pesar de los términos literales de la norma, algunos autores entienden que el contenido dilatorio y/o remisivo no constituye contenido necesario del convenio, sea o no de asunción, siendo posible, la existencia de convenios de pago inmediato sin quita alguna (convenios de reorganización) sobre todo en el caso de insolvencia inminente. Y de ser así, el asumente se obligaría en los términos de la obligación originaria. Así PULGAR EZQUERRA, J., (2007) «Los convenio con asunción de pasivo en el marco de la transmisión concursal de empresa», en *RDM*, pag. 909.

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. Las 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 y el pago de los créditos de los acreedores, en los términos expresados en la propuesta de convenio. En estos casos, deberán ser oídos los representantes legales de los trabajadores”.

Como puede apreciarse, a diferencia de lo previsto en el derogado art. 928 C. de C.<sup>8</sup> y en otros ordenamientos de nuestro entorno en los que prima la autonomía de la voluntad de los interesados (acreedores y concursado) a la hora de establecer las condiciones y forma de transmisión de activos o la enajenación de la empresa en su conjunto como contenido del convenio<sup>9</sup>, en la LC se acaba con el principio de libertad de contenido existente bajo la legislación anterior y esa transmisión sólo puede llevarse a cabo a través de una concreta modalidad de convenio (el llamado convenio de asunción) que constituye una excepción a la prohibición general contenida en el art. 100.3 de “cesión en pago o para pago de los bienes y derechos o liquidación global del patrimonio del concursado”<sup>10</sup>; se trata de un convenio sujeto a un régimen jurídico

---

<sup>8</sup> El texto del precepto derogado señalaba: “El convenio, en la quiebra de Sociedades Anónimas que no se hallan en liquidación, podrá tener por objeto la continuación o el traspaso de la Empresa con las condiciones que se fijen en el mismo convenio”.

<sup>9</sup> Así sucede, por ejemplo, en la secc. 1123 (a) (5) (B) del capítulo 11 del *Bankruptcy Code* norteamericano que se limita a prever la posibilidad de un simple enajenación patrimonial de activos que puede abarcar la totalidad de la empresa, o en la *Insolvenz Ordnung* alemana en la que el plan de insolvencia de *übertragende Sanierung* (§ 260 y ss.) no tiene que ajustarse a ningún contenido predeterminado, de forma que son libres las partes son libres para establecer, bien sea la enajenación del patrimonio empresarial a una *Übernahmegesellschaft* que, en principio, lo mantiene en funcionamiento y lo sana, bien sea la asunción del pasivo del concursado o cualquier otro contenido. Véase, por todos, KLUTH, Th. (2002) «Die übertragende Sanierung- Risiken und Nebenwirkungen einer Packungsbeilage zur Unternehmensveräußerung in der Insolvenz» *NZI*, pags., 1 y ss.

<sup>10</sup> Es opinión coincidente que el convenio de asunción constituye una excepción a la prohibición de convenios liquidativos, dado que, como se indica en el texto, la transmisión de la empresa con el

específico (aunque notablemente escaso) que impone al adquirente de la empresa o de una o varias unidades productivas una doble obligación: la de asumir el pasivo del concursado (en los términos especificados en el convenio) y la de continuar el ejercicio empresarial que éste venía desarrollando para, se supone, poder satisfacer los créditos con las rentas generadas por la explotación de la empresa transmitida, aunque, como luego se verá, esto no resulte totalmente exacto<sup>11</sup>. Con ello, de una parte, se constriñe en demasía la autonomía de las partes, sin que quede claro cual es la razón o el motivo que justifica este encorsetamiento legal, que dificulta notablemente el objetivo perseguido de la transmisión de la empresa sea en su integridad o sea de algunas de sus unidades de negocio o ramas de actividad dada la rigidez con que la LC aborda la transmisión y, de otra, no despeja las incertidumbres que siempre han rodeado a los negocios traslativos de la empresa que, en este caso, se ven acrecentadas por la inmixción en el negocio de la normativa concursal: una normativa que tampoco deja claro cuales son los perfiles del supuesto de hecho ni, por consiguiente, cuales son sus consecuencias o efectos<sup>12</sup>, los cuales quedan, por tanto, remitidos en gran medida a la labor del intérprete.

## **2.2. NATURALEZA DEL NEGOCIO JURIDICO: LA PROBLEMÁTICA INCARDINACIÓN DEL ADQUIRENTE EN EL CONVENIO.**

El convenio de asunción forma parte de los llamados convenios de continuación que son aquellos que tienen como premisa la continuación del ejercicio de la actividad profesional o empresarial del concursado, bien sea por el propio concursado o por un

---

consiguiente cambio de titularidad que implica del concursado al adquirente, no constituye otra cosa que una liquidación de la empresa por vía convencional y no a través de la liquidación ordinaria concursal. Vid., por todos, DE LA CUESTA RUTE, J.M<sup>a</sup>, (2005), «El convenio concursal y la conservación de la empresa», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, vol. IV, Madrid.

<sup>11</sup> Vid. apartado 2.3.2.

<sup>12</sup> DE LA CUESTA RUTE, J.M<sup>a</sup> (2005), «El convenio concursal...», cit., pag. 4499.

tercero. En este caso, como es obvio, la transmisión de la empresa supone un cambio en la titularidad de la misma, de forma que será el adquirente quien continúe la actividad empresarial que venía desarrollando el concursado. Este hecho aisladamente considerado podría llevar a la conclusión de que, en puridad, no podría hablarse de conservación o continuidad de la empresa en la medida en que el cambio de titularidad implica necesariamente la desaparición de la empresa del concursado o, lo que es lo mismo, su liquidación concursal, aunque por una vía convencional y no judicial. Desde esta perspectiva, pues, no podría hablarse de convenio de continuación (o de conservación de la empresa) ya que este término solo quedaría reservado para el convenio en el que es el deudor-concursado el que continúa con su actividad empresarial.

La circunstancia, sin embargo, de que uno de los elementos configuradores del convenio de asunción, al que luego nos referiremos más extensamente, sea la obligación del adquirente de continuar con la actividad empresarial que venía desarrollando el concursado permite hablar de que la transmisión no implica la desaparición de la empresa en sentido objetivo sino su conservación, puesto que el adquirente asume el compromiso de mantenerla en el tráfico. De ahí que se haya catalogado el convenio de asunción como un convenio liquidativo-conservativo, o solutorio-conservativo, puesto que participa de ambas características<sup>13</sup>.

Pero, más allá de esta consideración, el hecho de que en el convenio de asunción intervenga, además del concursado y de la colectividad de sus acreedores ordinarios, (como sucede en la generalidad de los convenios que no dejan de ser negocios

---

<sup>13</sup> Con acierto señala DE LA CUESTA RUTE, J.Mª, «El convenio concursal...», cit., pags. 4501-4502 que la conservación de la empresa no es privativa del convenio ya que son teóricamente posibles “convenios de liquidación [en el sentido apuntado en el texto] y liquidación judicial compatibles con la conservación de la empresa. Y ello porque la conservación podía ser el resultado fáctico del convenio, lo mismo que podía serlo del modo de realizar las operaciones de liquidación.

bilaterales pero de masa), un tercero, en principio ajeno al deudor y al conjunto de los acreedores, exige precisar cual es la naturaleza de este negocio y como ese tercero se incardina en el mismo.

Son varias las tesis que al respecto se han elaborado. Así, y bajo la vigencia del Código de comercio ante un supuesto semejante<sup>14</sup> se mantuvo por la doctrina más autorizada de la época<sup>15</sup> que la operación en su conjunto se escindía en dos negocios independientes; de una parte, el acuerdo entre el concursado y sus acreedores, o convenio propiamente dicho, mediante el cual el concursado (*rectius* quebrado) transmite el conjunto de sus bienes a los acreedores (*datio in solutum*), los cuales se constituyen en copropietarios de esos activos y, por tanto, pueden disponer libremente de los mismos y, de otra, un contrato entre los acreedores y un tercero por el que aquéllos transmiten los bienes a éste, negocio este último que podía reconducirse, finalmente, al esquema de la compraventa.

Esta concepción, sin embargo, ya fue rechazada en su momento con argumentos de variada índole<sup>16</sup> pero, sustancialmente, y a los efectos que aquí interesan, desde una perspectiva de derecho positivo ya que, el art. 928 del C. de C., de forma semejante (aunque no igual) a lo dispuesto ahora en el art. 100.2.II, señalaba que “el convenio, en la quiebra de sociedades anónimas que no se hallan en liquidación, podrá tener por objeto la continuación o el traspaso de la empresa con las condiciones que se fijen en el mismo convenio”. Lo que, en una interpretación lógica de la literalidad del precepto,

---

<sup>14</sup> El del artículo 928 del C.com. Vid. nota 8.

<sup>15</sup> URÍA, R. (1946), «Problemas y cuestiones sobre la quiebra de las sociedades» en *RDM*, nº 4, pags. 59-60; GARRIGUES, J., (1974), *Curso de Derecho mercantil*, T. II, 6ª edición revisada por F. Sánchez Calero, Madrid, pag. 472.

<sup>16</sup> Vid. PÉREZ DE LA CRUZ, A., (1978) «Cuestiones en torno al convenio de la quiebra», en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*, pag. 542., quien rechazaba la posibilidad de ese doble negocio transmisivo sobre la base, entre otros, de argumentos de tipo práctico, como la doble carga impositiva que eso supondría, argumento mantenido hoy también por PULGAR EZQUERRA, J., «Los convenios con asunción...», cit., pag. 915.

llevaba a la conclusión de que el legislador estaba concibiendo el convenio y el traspaso de la empresa, “no como dos figuras separadas, sino como un fenómeno jurídico unitario en el cual el traspaso, se constituye, cabalmente en objeto del convenio”; ya que de no ser así, carecería de sentido que el legislador señalara que en el convenio se determinarían las condiciones en que se produciría el traspaso o la continuación de la empresa, puesto que los acreedores en uso de su autonomía de la voluntad al haber devenido propietarios de la empresa por la cesión efectuada por el quebrado, podrían “pactar con el tercero cesionario el modo en que la cesión va a realizarse”<sup>17</sup>. Argumentos que con más razón todavía, dado el tenor literal de los preceptos de la Ley Concursal, son plenamente esgrimibles ahora.

En efecto, hoy es doctrina generalizada<sup>18</sup> que no puede verse en el convenio de asunción una doble transmisión patrimonial en los términos antes indicados sino un fenómeno jurídico unitario. Un fenómeno en el que convenio y transmisión de la empresa forman un todo inescindible desde el momento en que la transmisión constituye, precisamente, un elemento configurador del convenio, una parte integrante del mismo que, junto con la quita y/o espera, conforma su contenido esencial con lo que puede afirmarse que no existen dos negocios jurídicos autónomos y diferentes, sino uno solo o, si se quiere, que el negocio complejo que constituye el convenio de asunción es un único negocio con una única causa pero en el que pueden verse dos aspectos diferenciados aunque inescindibles: el aspecto obligacional de la asunción de deudas y de la continuación de la actividad (éste más discutible como luego se verá) y el aspecto traslativo de la enajenación de los bienes. Y ello porque este negocio no se agota simplemente en la posibilidad de enajenar la empresa con el consiguiente traspaso de la

---

<sup>17</sup> Ibidem, op. y loc. cit.

<sup>18</sup> Vid. por todos, CUESTA RUTE, J.M<sup>a</sup>, «El convenio concursal y la conservación...», cit., pag. 4503.

titularidad sobre la misma, ya que de ser así, en nada se diferenciaría de un negocio típico de realización del activo igual, por tanto, al contemplado en la fase de liquidación, sino que en él se contiene también una doble obligación a cargo del adquirente: la de pagar los créditos en los términos que se fijen y la de continuar con la actividad empresarial que venía desarrollando el concursado que es, justamente, lo que le dota de un carácter singular.

Pero rechazada la concepción del doble traspaso patrimonial y admitida la unicidad del negocio, la atención generalizada de la doctrina se ha focalizado, fundamentalmente, en el aspecto obligacional que puede distinguirse en el convenio de asunción tratando de dilucidar como se integra el tercero asumente-adquirente de la empresa en la relación obligatoria generada por el convenio que, por definición, es un negocio jurídico celebrado entre el concursado y el conjunto de sus acreedores ordinarios y aprobado por el juez.

Así, ya bajo la vigencia del C.com., esta incorporación se quiso reconducir a la promesa de un hecho ajeno en la que el promitente se compromete a procurar el hecho de un tercero y, en su caso, subsidiariamente a indemnizar los daños y perjuicios que se produzcan en el supuesto de que el tercero no cumpla<sup>19</sup>. En el caso que nos ocupa, el promitente (normalmente el concursado, aunque podría ser también un porcentaje de los acreedores) se comprometería o garantizaría, que un tercero (el asumente) se obligaría a satisfacer los créditos del concursado por la cuantía y en el plazo que se hubiera fijado en el convenio; y, como contrapartida, los acreedores renunciarían “a su derecho a la liquidación del patrimonio del deudor común, autorizando a los órganos de la quiebra para que pongan a disposición del tercero los elementos integrantes de la masa activa,

---

<sup>19</sup> DIEZ PICAZO, L., (1996), *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, T. I., 5ª ed., pag. 448.

una vez éste haya manifestado su conformidad, asumiendo la condición de obligado directo al pago”<sup>20</sup>.

Esta construcción dogmática que podría resultar adecuada bajo la vigencia del Código de comercio para justificar la presencia en el convenio del adquirente de la empresa, puesto que los términos escuetos del art. 928 no lo impedían, no resulta admisible a la vista de lo dispuesto en la LC. En ésta, en efecto, el art. 99 presupone que el asumente tiene una participación activa y directa en las negociaciones previas a la presentación de la propuesta de convenio, al exigir que la propuesta que contenga “compromisos de pago a cargo de terceros para prestar garantías o financiación, realizar pagos o asumir cualquier otra obligación deberá ir firmada, además, por los compromitentes o sus representantes con poder suficiente” además de por el proponente.

De este preceptos se deriva, pues, que el adquirente de la empresa y asumente de la obligación de pago de los créditos, no se limita a aceptar la realización de su prestación con posterioridad, como resultaría de considerar que estamos en presencia de la promesa de hecho ajeno, sino que, por el contrario, el adquirente se tiene que obligar en firme con anterioridad a la celebración del convenio al suscribir con su firma la propuesta de convenio junto con el proponente<sup>21</sup>.

Ahora bien, esta obligación firme contraída por el adquirente al suscribir la propuesta de convenio, aunque obviamente condicionada a que el convenio llegase a concluirse y fuera aprobado por el juez, podía conducir a pensar que existe un negocio entre proponente del convenio y asumente, distinto del negocio del convenio y en

---

<sup>20</sup> PÉREZ DE LA CRUZ, A., «Cuestiones en torno al convenio...», cit., pag. 543.

<sup>21</sup> Vid., por todos, RUBIO VICENTE, P. J., «La enajenación de la empresa...», cit., pág. 142



virtud del cual el adquirente asume las deudas del concursado a cambio de recibir el conjunto de los bienes o derechos; o lo que es lo mismo, que la operación contemplada en el artículo 100.2.II se desdoblaría en dos negocios jurídicos: el concluido entre proponente y adquirente y el negocio del convenio.

El hecho, sin embargo, de que el autor de la propuesta de convenio tanto pueda ser el deudor como alguno o algunos de los acreedores lleva a rechazar de plano esta posibilidad, ya que si bien podría llegar a admitirse, como mucho, la existencia de un negocio preparatorio o sometido a condición entre el deudor y el asumente, resulta totalmente carente de sentido pensar que ese negocio preparatorio o condicional se llevara a cabo entre los acreedores y el adquirente, como acertadamente ha sido señalado<sup>22</sup>.

Por todo ello, es de compartir la opinión de quien sostiene que en la adhesión del adquirente a la propuesta de convenio no puede verse un contrato autónomo entre asumente y proponente (sea éste el deudor o algún o algunos acreedores) sino que dicha adhesión constituye una declaración unilateral vinculante del asumente cuya aceptación definitiva se producirá al concluirse o perfeccionarse el convenio según las normas de tramitación de éste<sup>23</sup>. Dicho en otros términos, el asumente en la propuesta de convenio, proceda ésta de quien proceda, se limita a manifestar su compromiso en los términos que figuran en la propuesta, su manifestación firme de obligarse pero todavía no está asumiendo ninguna de las obligaciones que se derivan de la aceptación del convenio. Las obligaciones de pago de las deudas en los términos comprometidos (y la continuidad de la actividad empresarial) con la firma de la propuesta del convenio sólo serán exigibles con el comienzo de la eficacia del convenio.

---

<sup>22</sup> En este sentido, DE LA CUESTA RUTE, J.M<sup>a</sup>, «El convenio concursal...», cit., pag. 4504

<sup>23</sup> Ibidem, op. y loc. cit., pag. 4504.

En consecuencia, hay que concluir que sólo existe un negocio jurídico que no es otro que el convenio y la asunción de deudas se produce en virtud del mismo que “unifica de un lado, la asunción de la deuda frente a los acreedores y, de otro, el título de transmisión del establecimiento del deudor”<sup>24</sup>, pero sin que esto suponga que el convenio constituye o se asimila a un contrato atípico de asunción de deudas, sea bajo la forma de delegación, asunción de deuda o expromisión<sup>25</sup>.

Antes al contrario, estamos ante un negocio jurídico traslativo-obligacional trilateral mediante el cual se transmite la empresa o las unidades productivas del concursado a un tercero que se compromete a pagar a los acreedores sus créditos en los términos establecidos en el convenio y a continuar con la actividad empresarial propia de la empresa o unidades productivas objeto de transmisión. No estamos, por tanto, ante una simple compraventa de empresa o, si se quiere, de una realización del activo del concursado, puesto que la asunción del pasivo por parte del adquirente en los términos fijados en la propuesta excluye esa posibilidad, como antes se dijo, sin perjuicio de que la normativa de la compraventa pueda ser utilizada para complementar o integrar normativamente la escasa regulación contenida en la LC, siempre, claro está, en la medida en que no entre en contradicción con las especialidades del concurso y se desnaturalice el instituto que nos ocupa<sup>26</sup>; ni tampoco ante un contrato autónomo de asunción de deuda (en cualquiera de las formas que conoce el Derecho civil)<sup>27</sup>, sino ante una asunción de deudas que tiene su causa en el propio negocio del convenio y que

---

<sup>24</sup> Ibidem, op. y loc. cit., pag. 4504.

<sup>25</sup> Esta es la interpretación que ante el artículo 124 de la *Legge Fallimentare* italiana de 1942, de contenido similar a nuestro artículo 100.2.II, hace un importante sector de la doctrina italiana. Así, TERRANOVA, G. (1976), *L'assunzione di concordato fallimentare*, pags. 22 y ss.; DI CATALDO, V., (1976), *Il concordato fallimentare con assunzione*, pags. 218 y ss.; BONSIGNORI, A., (1977), «Della cessazione Della procedura fallimentare. Della riabilitazione civile. Arts. 118-145», en *Commentario Scialoja-Branca, Legge fallimentare a cura di F. Bricola, F. Galgano y G. Santini*, Roma, pags. 185 y ss.

<sup>26</sup> RUBIO VICENTE, J., « La enajenación de la empresa...», cit. pag. 142

<sup>27</sup> Un detenido análisis de estas cuestiones puede verse en GARNACHO CABANILLAS, L. (tesis inédita) *La conservación de la empresa como contenido del convenio concursal*. En el Derecho italiano, vid., por todos, TERRANOVA, G. (1976), op. y loc. cit.

produce el *effectum iuris* de modificar la relación obligatoria primitiva existente entre el deudor y cada uno de sus acreedores, los cuales no prestan su consentimiento individualizado a ese cambio de deudor, como sería lo propio en el contrato atípico de asunción de deudas, sino que ese consentimiento lo es de mayorías al formar parte integrante de un convenio concursal o de masa, y tanto si ese consentimiento se produce mediante el sistema de adhesiones en el caso de la propuesta anticipada de convenio (art. 108) o se expresa mediante votación en la Junta, en el caso de la tramitación ordinaria del convenio.

En definitiva, mediante la celebración del convenio los acreedores no sólo aceptan el pago de sus créditos con las quitas y/o esperas que se hubieren determinado, sino también que ese pago se lleve a cabo por un sujeto distinto del concursado que se convierte en obligado directo frente a los acreedores.

### **2.3. ELEMENTOS CONFIGURADORES**

De lo dispuesto en el artículo 100.2.II se desprende que son tres los elementos configuradores del presupuesto normativo: 1) la enajenación del conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a su actividad empresarial o profesional o de determinadas unidades productivas 2) la asunción por el adquirente de la continuación de la actividad empresarial o profesional propia de las unidades productivas a las que afecte y 3) el pago de los créditos de los acreedores en los términos expresados en la propuesta de convenio a los que a continuación nos referimos

### 2.3.1. LA ENAJENACIÓN DE LA EMPRESA<sup>28</sup>

#### A) CONJUNTO DE BIENES Y DERECHOS DEL CONCURSADO

La LC no se refiere en ningún momento a la transmisión de la empresa como contenido del Convenio de asunción, pero de los términos empleados en el art. 100.2.II se puede deducir con claridad que el legislador tenía *in mente* como objeto de la transmisión la empresa, bien en su conjunto o bien algunos de sus establecimientos, unidades de negocio o ramas de actividad del concursado. Y ello porque no otra cosa puede estimarse que supone la referencia al “conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a su actividad empresarial o profesional”, máxime puesto en relación con la posibilidad, también admitida, de transmitir, en su defecto, “determinadas unidades productivas (de bienes y servicios)”. Esta aparente imprecisión terminológica probablemente haya de atribuirse al hecho de querer amparar bajo los términos amplios de la norma, a todo tipo de enajenaciones globales o unitarias de empresas, y no solamente a las empresas mercantiles en sentido estricto, así como a otras organizaciones de carácter profesional, lo cual resulta acertado en la medida en que el ámbito subjetivo de aplicación de la LC, como es sabido, se extiende a todo tipo de deudores, cualquiera que sea su actividad (mercantil, agrícola, ganadera, forestal, profesional liberal, etc.). Ello, no obstante, parece difícil que la norma pueda aplicarse a empresarios o profesionales distintos de los empresarios mercantiles ya que o bien la “organización” (de haberla) suele tener carácter personalísimo (caso de los

---

<sup>28</sup> Aunque se hace referencia a la transmisión de la empresa, sea en su conjunto, o a sus ramas de actividad, unidades de negocio, unidades productivas, etc. como entidades a transmitir, es evidente que si se trata de la transmisión total de la empresa ejercitada por una sociedad de capital, podrá transmitirse con la simple transmisión de las acciones o participaciones de la sociedad concursada.

profesionales liberales) o el valor patrimonial de la explotación residirá esencialmente en el fondo, salvo que se trate de empresas de transformación<sup>29</sup>.

La pretensión legal es, por tanto, no la de transmitir bienes aislados, por muy importante que sea su valor económico, sino la de que se transmita de forma unitaria el conjunto organizado de los bienes del deudor, dado que el adquirente asume la obligación de continuar con la explotación.

Por ello, la transmisión, no puede limitarse al conjunto de bienes afectos a la actividad empresarial, ya que la obligación de continuar con la explotación exige que se transmitan también los elementos inmateriales que posibiliten esa continuación (clientela, expectativas de venta, etc.) aunque, dada la situación concursal de la empresa, es evidente que el adquirente deberá llevar a cabo un plan de negocio diferente del que hubiera venido desarrollando el concursado que se ha demostrado fallido.

Y, en cualquier caso, como es obvio, es preciso proceder a una exacta delimitación del contenido traslativo unitario a fin de impedir que se excluyan algunos elementos indispensables para asegurar el ejercicio de la concreta actividad empresarial. En este sentido, el inventario realizado por la administración concursal (art, 82) adquiere un papel relevante proporcionando seguridad jurídica y certeza económica a los potenciales adquirentes acerca de los bienes y derechos que integran la empresa que se pretende enajenar en el marco del convenio de asunción<sup>30</sup>.

## **B) UNIDADES PRODUCTIVAS**

---

<sup>29</sup> La opinión de la doctrina es unánime en este sentido. Vid., por todos, VELASCO SAN PEDRO, L.A., (2004), «Comentario al artículo 100», en *Comentarios a la Legislación concursal*, Valladolid, T. III, pag. 2163, nota 24.

<sup>30</sup> RUBIO VICENTE, P.J, « La enajenación de la empresa...», cit., pag. 128

La enajenación, sin embargo, no tiene porque ser total, esto es, no tiene porque transmitirse la empresa en su conjunto sino que pueden ser también objeto de transmisión determinados subconjuntos o partes, pero siempre que esas partes constituyan unidades productivas.

En efecto, con la expresión “unidad productiva” la LC ha dejado claro que sólo pueden transmitirse partes o conjuntos de bienes que desde el punto de vista de la organización constituyen o son susceptibles de constituir una explotación autónoma, es decir, un todo capaz de funcionar por sus propios medios, desgajados de la empresa de la que forman parte, para producir bienes o servicios. Y es que, si como antes decíamos, la LC pretende favorecer la continuidad de la empresa, o, en este caso, la de alguna o algunas de las unidades productivas que la integran, tales unidades deben ser susceptibles de poder ser gestionadas de forma separada.

Esta unidad productiva puede delimitarse de forma amplia y flexible<sup>31</sup> pero siempre sobre la base de la existencia en los elementos patrimoniales que se transmitan de un mínimo de cohesión y de independencia respecto al resto del patrimonio social (empresarial) ya que de no hacerse así, no estaríamos ante una enajenación de una unidad productiva.

Aquí, todavía más que en la enajenación de la empresa en su conjunto, cobra especial relieve el informe que debe realizar la administración concursal ya que es preciso identificar y delimitar claramente las unidades productivas que van a ser objeto de transmisión lo cual, como ha sido puesto de manifiesto, puede resultar difícil cuando la transmisión se plantea en la propuesta anticipada de convenio.

---

<sup>31</sup> Se ha indicado que la unidad que debe constituir el conjunto o subconjunto de los bienes y derechos que integran la masa activa no requiere ser interpretada de forma absoluta o estricta, ya que es posible separar de los bienes y derechos que se transmiten algunos elementos, citándose el caso de la transmisión de un establecimiento comercial del que se separan los vehículos mediante los cuales se distribuyen las mercancías comercializadas. Vid. ROJO FERNANDEZ-RIO, A., (2004) «Comentario al artículo 100 de la Ley Concursal» en *Comentario a la Ley Concursal*, T. II, Madrid, pag. 1894.

Por lo demás, esa unidad productiva (lo mismo que la empresa en su conjunto) o, si se quiere, empleando la dicción legal, el conjunto de bienes y derechos del concursado, deben estar afectos a su actividad profesional o empresarial. Pero esa afección no tiene porque ser actual en el sentido de tratarse de un conjunto organizado en funcionamiento o explotación cuando se admite a trámite la propuesta de convenio, ya que es comúnmente aceptado<sup>32</sup> que también pueden transmitirse establecimientos, explotaciones o unidades productivas que se encuentren inactivas transitoriamente, bien por estarlo ya en el momento de declaración judicial del concurso, o bien por haberse decretado el cese o la suspensión de la actividad por el juez del concurso (art. 44.4). Y ello porque con independencia de la esencialidad o no, como luego se dirá, de que el adquirente continúe o reanude la actividad desarrollada con anterioridad al acaecimiento de la insolvencia con el conjunto o subconjunto de bienes y derechos que se enajena, lo cierto es que la transmisión debe ser de un conjunto organizado de bienes susceptible de poder ser objeto de explotación de forma inmediata y no de bienes aisladamente considerados.

### **C) CESION DE CRÉDITOS**

La LC no menciona expresamente la posibilidad de que junto con la empresa o las unidades productivas que se enajenan puedan también ser objeto de transmisión los créditos de que fuera titular el anterior titular de la empresa. Esta cesión, en la medida en que se trate de créditos procedentes de la explotación de la empresa o de las unidades productivas que son objeto de transmisión, va de suyo, salvo que se pactara otra cosa distinta en el convenio, ya que la LC habla de “enajenación de bienes y derechos” y

---

<sup>32</sup> ROJO FERNANDEZ-RIO, A., (2004) «Comentario al artículo 100...», cit., pag. 1894; PULGAR EZQUERRA, J., «Los convenios con asunción...», cit., pag. 910.

entre éstos, como es obvio, se encuentran los derechos de crédito que el concursado tiene frente a terceros que, además, forman parte del patrimonio neto de la empresa, siendo indiferente que estos créditos sean contractuales o extracontractuales.

Cuestión distinta a la admisibilidad de la cesión de los créditos, sobre la cual no puede haber ninguna duda, es la forma en que ésta tiene lugar y es que, a diferencia de la asunción de deudas que por virtud del convenio es automática, puesto que los acreedores dan su conformidad mayoritariamente y con la aprobación del convenio quedan obligados los disidentes, la cesión de créditos podrá hacerse en globo pero será preciso, como en cualquier supuesto de enajenación de empresa *in bonis*, proceder a su transmisión con arreglo a su ley de circulación si se trata de créditos incorporados a títulos valores nominativos, endosables o al portador o con arreglo a la cesión de créditos ordinaria (art. 1526 y ss. del Código civil y 347 y 348 del Código de comercio), es decir, fundamentalmente con comunicación al deudor para evitar el pago liberatorio al anterior acreedor.

Naturalmente, los créditos comprendidos en la transmisión de la empresa serán los que figuren en el inventario realizado por la administración concursal (salvo que se excluya alguno por voluntad de los acreedores o del asumente) con sus accesorios y, por tanto, aquélla habrá debido comprobar que son realmente créditos a favor del concursado y que no se trata de créditos simulados o extinguidos.

## **D) EL PROBLEMA DE LAS ACCIONES REVOCATORIAS**



Mayores dudas ha suscitado la posibilidad de cesión, con la empresa o la unidad productiva que se transmite, de las acciones que correspondan al concursado y, sustancialmente, las acciones rescisorias, ante el silencio que la LC guarda al tratar del convenio de asunción<sup>33</sup>.

En efecto, a diferencia de lo dispuesto en otros ordenamientos próximos al nuestro como es el italiano (y que en gran medida ha servido de inspiración al modelo legal), en el que al “assuntore” se le ceden por mandato legal las acciones que corresponden al quebrado<sup>34</sup>, tanto las revocatorias como cualquier otro tipo de acción que le pudiera corresponder relacionada con los bienes y derechos que se transmiten, en nuestro país nada se indica al respecto, con lo que resulta discutible que tales acciones puedan ser ejercitadas por personas que no están legitimadas para ello.

Un sector de la doctrina se muestra proclive a la admisibilidad de la cesión de las acciones de reintegración de la masa ya iniciadas por la administración concursal, sobre la base de que si se pretende la continuidad y conservación de la empresa por el adquirente resulta necesario que éste pueda proseguir con esas acciones<sup>35</sup> ya que el bien que se reivindica puede ser esencial para la continuidad de la empresa o puede ser susceptible de aumentar la productividad o las expectativas económicas de la empresa transmitida lo que, en último término, puede redundar en un beneficio para los acreedores a los que el asumente podrá satisfacer antes sus créditos. Y también por considerar que si se transmite la empresa el adquirente deberá asumir tanto las cargas como los beneficios que se deriven de los bienes que la integran y, entre ellos, las

---

<sup>33</sup> Tanto en el anteproyecto de Ley Concursal de 1983 (art. 227), como en la Propuesta de Anteproyecto de 1995 (art. 165) se preveía la cesión de las acciones rescisorias, quizás por influencia, como decíamos, del Derecho italiano y, sin embargo, esta mención no se recogió en la LC probablemente porque, como antes se dijo, el convenio de asunción fue consecuencia de la introducción de una enmienda durante el trámite parlamentario a imitación de la, en aquél momento, reciente ley belga que preveía este tipo de convenio como un convenio preventivo y no como solución a un procedimiento concursal.

<sup>34</sup> Así el artículo 124 de la *Legge Fallimentare*, citada. Sobre esta cuestión, véase TERRANOVA, G. (1976), op. cit., pags. 93 y ss.

<sup>35</sup> Por todos, RUBIO VICENTE, P.J., «La enajenación de la empresa...», cit. pag. 129

acciones de reintegración de la masa activa, dado que estas acciones tienen un valor patrimonial que se sumaría al de los bienes transmitidos y, por ello, debe ser tenido en cuenta por el asumente a la hora de firmar una propuesta de convenio con asunción<sup>36</sup>.

Al margen de estos argumentos que pueden resultar atendibles, la cuestión puede encontrar un amparo de derecho positivo en el artículo 176.3 en el que se indica: [que]“no podrá dictarse auto de conclusión por inexistencia de bienes y derechos mientras se esté tramitando la sección de calificación o estén pendientes demandas de reintegración de la masa activa o de exigencia de responsabilidad de terceros, salvo que las correspondientes acciones hubieren sido objeto de cesión”. Como puede apreciarse, aunque la norma se ocupa de la conclusión del concurso, lo que aquí importa es que se admite expresamente que las acciones de reintegración de la masa activa o las de exigencia de responsabilidad pueden ser cedidas.

Dejando al margen las acciones de exigencia de responsabilidad a administradores, liquidadores u otros cuya cesión no ofrece ningún género de dudas, la cuestión entonces se reduce a las acciones rescisorias y más en concreto a dilucidar si pueden cederse las acciones ya iniciadas o las que no se hubieren iniciado cuando tiene lugar la enajenación de la empresa. Y ello porque, como se acaba de indicar, mientras que algunos autores entienden que las acciones que pueden cederse son las ya iniciadas al tiempo de la enajenación, otros en cambio, consideran lo contrario: que las acciones que ya fueron iniciadas no pueden ser cedidas porque el concursado que necesariamente tiene que ser parte en el convenio es una de las personas contra la que se ha dirigido la acción y carece de sentido que quien es parte en el convenio pacte la cesión de una acción

---

<sup>36</sup> PULGAR EZQUERRA, J., «Los convenios de asunción...», cit., pag. 914

ejercitada contra el mismo y, sin embargo, si la acción no se ha iniciado si podrá ser objeto de cesión<sup>37</sup>.

Este argumento, aunque de peso, no parece suficiente para rechazar abiertamente la posibilidad de que pueda ser objeto de cesión la acción rescisoria ya iniciada puesto que, de un lado, la acción no se dirige solamente contra el deudor sino también contra quienes hubieren sido parte en el acto impugnado y, en su caso, contra el tercero a quien se hubieran transmitido los bienes y, de otro, que la dicción del propio artículo 176.3 autoriza a pensar que también en este caso la acción podrá ser cedida.

Más difícil resulta, en cambio, manifestarse en relación con las acciones rescisorias que no se hubieren iniciado cuando tiene lugar la enajenación de la empresa. Y ello porque el art. 72.1 LC sólo legitima a la administración concursal y a los acreedores, subsidiariamente, cuando aquélla no lo hiciera en el plazo de dos meses desde que le requirieron para rescindir o impugnar el acto concreto de que se trate. Y, aunque, como luego se dirá, el asumente puede ser un acreedor, en cuyo caso podría considerarse legitimado en las circunstancias que se acaban de indicar, no sucede lo mismo cuando el adquirente es un tercero ajeno al concurso que, en principio, y dado el tenor literal de la norma, carecería de legitimación para iniciar las acciones de reintegración.

Esta dificultad se ha intentado salvar considerando que el tercero es también acreedor como consecuencia de la adquisición realizada, “convirtiéndose a partir de ese instante en acreedor del concursado a la entrega efectiva e íntegra de todos los elementos que componen la empresa”, entre los que deberían figurar los que han salido indebidamente de la masa<sup>38</sup>.

---

<sup>37</sup> ROJO FERNANDEZ-RIO, A., «Comentario al artículo 100...», cit., pag. 1884.

<sup>38</sup> RUBIO VICENTE, P.J., « La enajenación de la empresa...», cit., pag. 129; y siguiéndole, PULGAR EZQUERRA, J., «Los convenios con asunción...», cit., pag. 914.

Es cierto que la cesión de las acciones rescisorias presuponen la del activo ya que tales acciones serían inexplicables separadas de la transmisión de todo el activo, pero también es cierto que, de una parte, el asumente adquiere la empresa, o la unidad productiva, en el estado en que se encuentra cuando se firma el convenio y, por tanto, ignorando si de la misma han salido o no bienes que pudieran resultar útiles o necesarios para su explotación. Argumento de más peso me parece el hecho de que habiendo adquirido el convenio plena eficacia desde la fecha de la sentencia de su aprobación, cesando todos los efectos de la declaración de concurso, incluido el cese de los administradores concursales, si no se hubieren iniciado las acciones de reintegración ya no podrían iniciarse por nadie (recuérdese que el art. 176.3 habla de “demandas de reintegración pendientes, es decir, iniciadas y no resueltas) dado el cese de la administración concursal, y de ello podría resultar no sólo un perjuicio para todos los interesados (acreedores, adquirente) sino un enriquecimiento para quien hubiera adquirido los bienes que salieron indebidamente y, probablemente, también para el concursado que estaría en connivencia con él.

Por todas estas razones creo que debe admitirse, quizás, no tanto la cesión de las acciones al adquirente basada en los argumentos que se esgrimen cuanto establecer en el convenio que los administradores ejercitaran esas acciones al amparo de lo previsto en el art. 133 LC que, después de señalar el cese de la administración concursal como uno de los efectos de la eficacia del convenio, indica “sin perjuicio de las funciones que el convenio pudiese encomendar a todos o alguno de ellos hasta su íntegro cumplimiento..”

Teniendo en cuenta, además, que si bien la transmisión del “conjunto de bienes y derechos” del concursado es uno de los supuestos de conclusión del concurso por inexistencia de masa, esta conclusión no tiene lugar mientras exista la posibilidad de

ejercitar acciones de reintegración o de responsabilidad contra terceros, como ha quedado indicado.

## **E) CESIÓN DE CONTRATOS**

La LC no se manifiesta expresamente acerca de la cesión de los contratos celebrados por el concursado y pendientes de ejecución cuando tiene lugar la enajenación de la empresa, pero es evidente que esta cesión puede formar parte también del contenido del convenio. Y lógicamente para poder proceder a la cesión habrá de estarse a las reglas generales en esta materia que imponen, como es conocido, el consentimiento del contratante cedido, salvo en el caso de ciertos contratos que disfrutan de un régimen especial que permite la cesión automática *ex lege* en el caso de enajenación de empresa.

Esta situación ha provocado severas críticas de la doctrina por entender que la falta de un régimen específico de transmisión de los contratos en casos como el que nos ocupa, no se compadece con las distintas soluciones previstas para el concurso ni con los objetivos propuestos con la enajenación total o parcial de la empresa del concursado. Y ello porque “mal se puede alcanzar la continuidad de la empresa si ésta no puede disponer de los instrumentos contractuales indispensables para el ejercicio de su actividad económica”<sup>39</sup>.

En consecuencia se propugna de *lege ferenda* una explícita previsión normativa favorable a la sucesión automática en los contratos pendientes de cumplimiento o, en su defecto, una específica atribución judicial que permita esa sucesión en las relaciones contractuales que puedan posibilitar la explotación de la empresa y garanticen su continuidad y recuperación económica, separándose del régimen voluntario de la cesión

---

<sup>39</sup> RUBIO VICENTE, P.J., «Le enajenación de la empresa...», cit., 130

contractual, de forma semejante a lo previsto en el Derecho francés. Y, hasta tanto no se establezca esa nueva normativa se aboga por una interpretación correctora que “aleje la operación de las reglas generales en materia de cesión de contratos...” lo contrario “supondría hacer depender de su entera y única voluntad [de los contratantes cedidos] no sólo la cesión contractual correspondiente pese a la eventual transcendencia del contrato en cuestión sino la propia solución concursal de la enajenación empresarial...”<sup>40</sup>.

No cabe duda de que una cesión automática de los contratos o, por lo menos, de algunos de ellos como los de suministros de bienes y servicios necesarios para el mantenimiento de la actividad sería sumamente útil cuando se transmite la empresa pero es difícil de admitir sin una norma expresa que lo autorice. A diferencia de la cesión de deudas en la que, por virtud del convenio, se produce un consentimiento mayoritario de los acreedores que vincula a los que no votaron o a los disidentes, en materia de contratos sigue siendo necesario el consentimiento individualizado del contratante cedido al que no se le puede obligar a aceptar a otra contraparte, por muy importante que el contrato resulte para la transmisión de la empresa. Y, desde luego, no creemos que pueda atribuirse al juez una facultad decisoria en este punto. De hecho, en aquellos ordenamientos como el francés en donde así se ha hecho, se han multiplicado las apelaciones del contratante cedido en contra de esta decisión judicial.

### **2.3.2. LA ASUNCIÓN DEL PASIVO**

#### **A) EL ASUMENTE**

La LC no establece ninguna indicación acerca de quien puede ser el adquirente de la empresa y asumente de la obligación de pago en los términos formulados en el

---

<sup>40</sup> RUBIO VICENTE, P.J., «La enajenación de la empresa...», cit., pag. 149

convenio, limitándose a señalar que ese adquirente debe estar determinado en la propuesta de convenio. Con esta exigencia parece que al legislador lo que le interesa es dotar de transparencia a la operación para evitar que por esta vía se pueda producir un eventual convenio de liquidación pero, sobre todo, para que los interesados (acreedores, trabajadores, etc.) puedan conocer de antemano la identidad del futuro adquirente de la empresa o de las unidades productivas que se pretenden transmitir y poder así valorar adecuadamente su solvencia y honorabilidad, su capacidad económica, organizativa y profesional (tanto del asumente o de sus administradores, si se trata de una sociedad de capitales) dado que lo que se pretende lograr con esta modalidad de convenio es la continuidad de la empresa insolvente en manos de un nuevo empresario.

Es de admitir, en consecuencia, que el asumente tanto puede ser una persona natural o jurídica de cualquier clase, sea nacional o extranjera y tanto si era preexistente como si se trata de una sociedad que se haya constituido para la ocasión. Asimismo, es opinión generalizada en la doctrina que, aunque la LC utilice el singular para referirse al asumente, pueden existir varios, sea porque cada uno de ellos asume la continuación y pago parcial correspondiente a la unidad productiva o explotación que va a adquirir o sea porque varios asumentes decidan asumir conjuntamente las obligaciones de continuación y pago<sup>41</sup>.

Mayores dudas puede suscitar el que el o los asumentes sean alguno o algunos de los acreedores concursales, cualquiera que sea su clase (privilegiados, ordinarios o subordinados) o, incluso, un acreedor de la masa<sup>42</sup>. Y ello porque esta transmisión podría entenderse que vulnera la prohibición del art. 100.3 de celebrar convenios cuyo contenido fuera la cesión de bienes y derechos a los acreedores en pago o para pago de

---

<sup>41</sup> Por todos, VELASCO SAN PEDRO, L., «Comentario al artículo 100», cit., pag. 360, nota 27.

<sup>42</sup> Esta es la opinión generalizada de la doctrina, vid. por todos, ROJO FERNANDEZ-RIO, A., «Comentario al artículo 100.», cit. pag. 1890.

sus créditos. Sin embargo, y a pesar de la aparente similitud que puede existir entre ambas figuras cuando son los acreedores los que en el convenio de asunción asumen los bienes y derechos del concursado, no creemos que pueda existir problema al respecto. Lo que la LC prohíbe es una *datio pro soluto* mediante la cual se produzca una transmisión directa a los acreedores de los bienes del concursado para que éstos apliquen los bienes recibidos a la extinción de sus créditos. En el convenio de asunción, en cambio, como se viene repitiendo, aunque existe una transmisión global de los bienes y derechos del concursado al asumente esto no supone una liquidación de la empresa en los términos anteriormente examinados, ya que esa transmisión se hace a cambio de que el acreedor asuma la obligación de pago de los créditos y continúe desarrollando la actividad propia de la empresa que se le ha transmitido<sup>43</sup>.

El único inconveniente (si es que puede calificarse de inconveniente) en este caso sería que el convenio de asunción podría entrañar un trato singular hacia el acreedor adquirente de la empresa en cuyo caso habría de estar a lo dispuesto en el artículo 125.1 LC que exige que la propuesta de convenio no se someta a las reglas generales de votación dictadas en el art. 124, sino que se rija por reglas especiales que son las que se contemplan en este artículo. Así pues y si del contenido del convenio se desprende que existe un trato singular para algún o algunos acreedores, no basta para su aprobación con las mayorías ordinarias que corresponda, sino que la LC requiere que la voluntad mayoritaria se integre con otra voluntad orientada al mismo fin que es la de los acreedores no beneficiados por la propuesta y para ello exige el voto favorable, en la misma proporción, del pasivo no afectado por el trato singular.

---

<sup>43</sup> En el mismo sentido, PULGAR EZQUERRA, J., «Los convenios de asunción...», pag. 905-906



## **B) ALCANCE DE LA ASUNCIÓN DEL PASIVO**

Como hemos visto, por virtud del convenio, el adquirente de la empresa o de las unidades productivas enajenadas, asume también la obligación e pago de los créditos en los términos establecidos en el convenio. El problema que la doctrina se ha planteado aquí, ante el silencio legal, es el de determinar cual es el alcance o los efectos de esa asunción de deudas: si la asunción de deudas que tiene lugar como consecuencia de la celebración del convenio tiene un alcance liberatorio para el concursado o si, por el contrario estamos ante una asunción de deuda cumulativa en la que el primitivo deudor no queda liberado al entrar un nuevo obligado en la relación jurídica, sino que ésta se ve reforzada al permanecer el primitivo deudor al que ahora se añade otro nuevo que se obliga junto con el anterior.

La respuesta que se da a esta cuestión reviste suma importancia en la medida en que de la misma se derivan importantes consecuencias y repercusiones prácticas que inciden directamente en materia de cumplimiento o incumplimiento del convenio y es, por otra parte, la cuestión nuclear que existe en todo supuesto de asunción de deudas.

Para un sector de la doctrina y sobre la base de considerar que la asunción liberatoria no forma parte intrínseca de la asunción de deudas en general, se admite que en el convenio de asunción aunque existiría una novación subjetiva modificativa de la obligación, “lo esencial a la asunción no es la novación, en el sentido de sustitución del deudor por otro que constituiría sólo uno de sus posibles efectos, sino un cambio en la persona del deudor que podrá conllevar sustitución de éste o su mantenimiento en compañía de otros deudores que se incorporen a la relación obligatoria en su lado pasivo, lo que conllevaría un refuerzo de la garantía patrimonial de los acreedores, pues el antiguo deudor no habría sido liberado pero el nuevo deudor habría quedado

obligado”. En consecuencia y, aunque en virtud de la autonomía de las partes, éstas podrían pactar que la asunción fuera liberatoria, se estima que en defecto de pacto habría que entender que la asunción es cumulativa porque ésta es la que mas protección ofrece a los acreedores<sup>44</sup>.

De admitirse esta tesis, es cierto, que la existencia de dos deudores (aunque no se hace explícito si responderían de forma solidaria o mancomunada o si sólo en defecto de pago por el asumente respondería el primer deudor) podría suponer una mayor garantía (muy dudosa) de cumplimiento de las obligaciones asumidas en el convenio pero no creemos, sin embargo, que esta tesis pueda ser aceptada. Y ello por las razones que a continuación se exponen.

En primer lugar y desde un punto de vista lógico porque no parece muy realista pensar que el concursado que ha transmitido la empresa que venía ejercitando para que sea continuada por un tercero que la gestionará con arreglo a su particular criterio y sobre la que carecerá de control alguno, deba venir obligado, en caso de que éste incumpla las obligaciones de pago asumidas, a satisfacerlas, cuando hubiera sido menos gravoso para él, y probablemente más cómodo, solicitar la liquidación. En segundo lugar, porque pensar que un deudor que ha fracasado en su actividad y ha devenido insolvente puede aportar algún tipo de refuerzo o de garantía de cumplimiento de la obligación es un tanto ilusorio. Y, en tercer lugar, porque realmente lo que debe ser, y normalmente será, objeto de valoración por los acreedores a la hora de prestar su consentimiento en el convenio para la asunción, por el adquirente de la empresa, de la obligación de pago de sus créditos, será su capacidad económica, su solvencia, y su honorabilidad para cumplir debidamente con lo pactado y no si el primitivo deudor se mantiene o no en la obligación.

---

<sup>44</sup> PULGAR EZQUERRA, J., «Los convenios con asunción...», cit. pag. 9.... ; ROJO FERNANDEZ-RIO, A., «Comentario al artículo 100...», cit., también admite esta solución.

Pero, dejando de lado esas razones meramente empíricas, y, desde un punto de vista estrictamente jurídico, lo decisivo para considerar que no existe la asunción cumulativa que se pretende es, fundamentalmente, porque como acierto ha sido señalado, la figura del convenio de asunción no puede asimilarse a un contrato de asunción de deudas en cualquiera de las modalidades admitidas en Derecho civil y, por ello, no puede plantearse la cuestión de la liberación del concursado o su permanencia en la obligación en los mismos términos en que puede hacerse en aquellas modalidades<sup>45</sup>.

No hay que olvidar que el asumente asume la obligación de pago en los términos del convenio, esto es, con las quitas y las esperas y las demás condiciones que se hayan establecido, por lo que ya su obligación no es la originaria del primitivo deudor que ha sido modificada por obra de lo dispuesto en el convenio; por ello, no puede decirse que el asumente en puridad sustituya al concursado, ni que se sitúe en su lugar, sino que, contrariamente, lo que asume es una obligación propia y directa frente a los acreedores cuya fuente es el propio convenio. Lo que ahora existe, no es propiamente una sustitución de un deudor por otro, sino una nueva relación obligatoria que sustituye a las relaciones entre el concursado y la colectividad de sus acreedores<sup>46</sup>.

Y si esto es así, como creemos, habrá que concluir necesariamente que la aprobación judicial del convenio extingue la relación jurídica obligacional del concursado con la comunidad de sus acreedores que, por tanto, queda liberado. Ahora sólo existirá un obligado al cumplimiento de lo acordado en el convenio que es el asumente.

Corolario de lo anterior es que, de un lado, el cumplimiento por el asumente de las obligaciones asumidas en el convenio no constituirá propiamente cumplimiento del convenio con sus efectos propios, especialmente de clausura del concurso (art. 139 LC).

---

<sup>45</sup> DE LA CUESTA RUTE, J.M<sup>a</sup>, "El convenio concursal...», pag. 4506

<sup>46</sup> Ibidem op. y loc. cit.

Y, de otro y contrariamente, que el eventual incumplimiento por parte del asumente de las prestaciones comprometidas en el convenio, no constituirá un incumplimiento del convenio que produzca las consecuencias establecidas en el art. 140 LC, ni hará revivir tampoco la obligación del concursado, a la que se dio cumplimiento con la aprobación judicial del convenio y la consiguiente clausura del concurso.

Asimismo, el incumplimiento del asumente no dará lugar a la reapertura del concurso originario, sino solamente al ejercicio de las acciones legales correspondientes por incumplimiento y, en su caso, a la solicitud de su declaración en concurso.

### **C) EXTENSIÓN OBJETIVA DE LA ASUNCIÓN**

Como se acaba de indicar, el asumente se obliga en los términos del convenio por lo que el ámbito objetivo de su obligación será la que se derive de lo expresado en aquél y, por tanto, sería superfluo indagar acerca de cuáles son los créditos a los que se extiende su obligación de pago que, naturalmente, serán los especificados en el convenio con las quitas y esperas correspondientes<sup>47</sup>. No obstante, parece conveniente hacer una somera referencia a una serie de créditos cuya inclusión o no en el ámbito de la obligación de pago del asumente ha suscitado algunas dudas en la doctrina.

En primer lugar, el problema se ha planteado en torno a los créditos no insinuados o no reconocidos en el concurso, a la vista de lo dispuesto en el artículo 134.1.I LC que extiende los efectos del convenio a “los créditos anteriores a la declaración de concurso, aunque por cualquier causa, no hubiesen sido reconocidos”.

---

<sup>47</sup> En el mismo sentido, ROJO FERNANDEZ-RIO, A., «Comentario al artículo 100», cit., pag. 1892, el cual señala que la determinación de la obligación de pago a los acreedores puede hacerse de diversas maneras: “por clases (v.gr.: los acreedores ordinarios y subordinados), por grupos (los proveedores) o por importe de los respectivos créditos (los acreedores que sean titulares de créditos por importe inferior a 10.000 €)”, etc.

A este respecto se ha señalado que cuando el conjunto o los conjuntos de bienes y derechos que se transmiten al asumente no agoten la masa activa, es válida la cláusula por cuya virtud el adquirente no asume el pago de los créditos que, por cualquier causa, no hubieren sido reconocidos en el momento de la admisión a trámite de la propuesta de convenio<sup>48</sup>, lo que a *sensu contrario* implica, de una parte, que, si se transmite la totalidad de la masa activa, el asumente deberá hacerse cargo también de los créditos no reconocidos y, de otra, que si no se inserta esa cláusula, habría que entender que la obligación del asumente, aunque la transmisión del activo fuera parcial, se extiende también a esos créditos no reconocidos.

Parece evidente que, de entrada, hay que rechazar que la obligación de pago del asumente se extienda a créditos para él desconocidos puesto que no podría cuantificar exactamente el importe del pasivo que debería satisfacer ni valorar adecuadamente su interés por la operación<sup>49</sup>. Elementales exigencias de certeza impedirían al adquirente de los bienes y derechos celebrar un convenio en el que no estuvieran claramente delineados los contornos de sus obligaciones de pago.

Por ello, no puede admitirse que tanto si la transmisión abarca la totalidad de la masa activa como si no lo hace, la obligación del asumente se extienda más allá de los créditos insinuados y reconocidos en el concurso o que si no se indica así expresamente en el convenio, se entienda que debe satisfacer también esos créditos. El artículo 100.2.II expresa claramente que el asumente se hace cargo “del pago de los créditos de los acreedores, en los términos expresados en la propuesta de convenio” que, como ya se ha indicado, es lo que determina el alcance y extensión de su obligación que puede ser libremente establecida siempre que se respeten los límites establecidos en materia de quitas y esperas. Dicho esto, sin embargo, nada impide que se pueda pactar en el

---

<sup>48</sup> ROJO FERNANDEZ-RIO, A., «Comentario al artículo 100», cit., pag. 1892.

<sup>49</sup> En sentido semejante, PULGAR EZQUERRA, J., «Los convenios de asunción...», pag. 929.

convenio que la obligación del asumente se extienda también a los créditos no insinuados lo que no altera para nada lo indicado anteriormente: la obligación del asumente tiene su origen en el convenio que determina el alcance y contenido de la misma.

Y en virtud de esa misma libertad contractual a la hora de fijar el contenido de la obligación podrán admitirse las llamadas “cláusulas de no vinculación” que supriman, por ejemplo el derecho de los acreedores privilegiados a adherirse a la propuesta o votar a favor de la misma, así como a vincularse al convenio ya aprobado por el juez o, contrariamente, que se asuma expresamente el pago de los créditos con privilegio especial o general, incluso aunque los bienes sobre los que se hubiese constituido la garantía no formen parte del conjunto de bienes y derechos que se transmiten al asumente.<sup>50</sup>

En segundo lugar, la cuestión se ha suscitado también en relación con los créditos contra la masa. En principio y por las razones anteriormente expuestas, entendemos que solamente si en la propuesta de convenio se obliga expresamente el asumente a pagar los créditos contra la masa, sobre él pesará la obligación de satisfacerlos, lo que no sucederá si en la propuesta no está claramente indicado, aunque se trate de créditos anteriores a la declaración judicial de concurso (art. 84.2.1º y 2º)<sup>51</sup>, y sin que eso suponga, en absoluto “conculcar el carácter legal prededucible de estos créditos”, como ha sido sugerido<sup>52</sup>, tanto si lo que se transmite al asumente es el conjunto de bienes y derechos del concursado o sólo una parte de los mismos, sea explotación, unidad productiva o establecimiento. Y ello porque si el asumente puede obligarse a pagar

---

<sup>50</sup> Los ejemplos los tomamos de ROJO FERNANDEZ-RIO, A., «Comentario al artículo 100», cit., pag. 1893.

<sup>51</sup> De la misma opinión, ROJO FERNANDEZ-RIO, A., op. y loc. cit.

<sup>52</sup> PULGAR EZQUERRA, J., «Los convenios de asunción...», cit., pag. 930-931. La autora considera que sólo si lo que adquiere el asumente es una parte de los activos podrá no pagar los créditos contra la masa.

solamente algunos de los créditos concursales, con mayor razón aún, puede no pagar los créditos contra la masa, salvo que otra cosa se pactara. El hecho de que se transmita todo el conjunto de bienes y derechos del concursado al asumente no altera esta conclusión ya que, de hecho, lo normal en la práctica será que se liquiden los créditos contra la masa y que el adquirente asuma sólo los créditos concursales en los términos que se fijen.

Cuestión distinta es la relativa a los créditos salariales. En este caso no parece que por esta vía se pueda eludir la alteración del régimen ordinario de sucesión de empresa establecido en el artículo 44 ET<sup>53</sup> ya que ni siquiera existe una norma paralela a la prevista en el art. 149.2 LC para el caso de transmisión de la empresa en la fase de liquidación<sup>54</sup>, aunque, desde luego, y sobre la base de la libertad de negociación puede la propuesta de convenio regular el pago de las deudas preexistentes a la transmisión. No obstante, el margen de disponibilidad estará condicionado por los límites establecidos en la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o centros de actividad, que establece que la exoneración de cargas del adquirente sólo es legítima hasta el límite de cobertura de los créditos por las instituciones de garantía crediticia establecida en la legislación nacional, en nuestro caso el Fondo de Garantía salarial.

---

<sup>53</sup> En sentido contrario, PULGAR EZQUERRA, J., «Los convenios de asunción...», cit., pag. 933.

<sup>54</sup> El artículo 149.2 LC establece que “cuando, como consecuencia de la enajenación a que se refiere la regla 1ª del apartado anterior, una entidad económica 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, que existe sucesión de empresa. En tal caso, el juez podrá acordar que el adquirente no se subroge en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por el Fondo de Garantía Salarial de conformidad con el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores. Igualmente, para asegurar la viabilidad futura de la actividad y el mantenimiento del empleo, el cesionario y los representantes de los trabajadores podrán suscribir acuerdos para la modificación de las condiciones colectivas de trabajo”.

Quedan excluidas *ex lege* del ámbito de la asunción las deudas tributarias en virtud de lo dispuesto en el artículo 41.1.c *in fine* de la Ley General Tributaria que exime de la responsabilidad solidaria, establecida con carácter general en este artículo por las obligaciones tributarias contraídas por el anterior titular de una explotación o actividad económica, cuando se trate de explotaciones pertenecientes a un deudor concursado y la adquisición tenga lugar en un procedimiento concursal.

### **2.3.2. La continuidad de la actividad empresarial: el plan de pagos y el plan de viabilidad.**

Como ya se ha dicho anteriormente, según el tenor literal del art. 100.2.II, el adquirente de la empresa o de las unidades productivas no sólo se obliga a asumir las deudas del concursado en los términos fijados en el convenio, sino que asume también la obligación de continuar con la actividad empresarial específica que venía desarrollando el deudor. No obstante, la exigencia de que el adquirente continúe con la misma actividad no debe llevar a la conclusión (errónea) de que aquél no pueda introducir las variaciones o modificaciones que considere oportunas, y no sólo porque eso forme parte de su actividad organizadora como empresario, sino también porque la insolvencia de la empresa adquirida denota que su estructura u organización no eran las adecuadas y sería absurdo pretender que el adquirente la continuara del mismo modo.

Aunque la ley no subordina de forma expresa la continuidad de la actividad a las posibilidades de recuperación económica, no cabe duda de que la adquisición por un tercero de la empresa o de las explotaciones o unidades productivas sólo tendrá sentido en la medida en que la empresa del concursado aún presente signos claros y objetivos de salvación, ya que de otro modo sería difícil que se asumieran las obligaciones de pago



de los créditos en contraprestación a la transmisión de una empresa o de unas unidades productivas absolutamente inviables. Este hecho nos sitúa ante la necesidad de determinar si la exigencia de continuación con la actividad empresarial ha de verse necesariamente como un medio de generación de recursos para proceder al pago de las obligaciones contraídas por el asumente o si, por el contrario, no forma parte del presupuesto normativo que el pago se efectúe con los beneficios generados por la continuidad de la empresa pudiendo el asumente cumplir su obligación de pagar con independencia de las rentas generadas por la actividad empresarial o, incluso, con independencia de que ésta produzca pérdidas<sup>55</sup>.

Desde luego, en la LC no existe una vinculación expresa entre la obligación de continuar con la actividad empresarial y la obligación del pago de los créditos con los recursos obtenidos por el desarrollo de aquélla, pero tampoco se impide que el asumente especifique en la propuesta de convenio que el pago de la totalidad o de parte de los créditos a asumir se realizará total o parcialmente con los recursos que genere la continuación del ejercicio de esa actividad profesional o empresarial<sup>56</sup>, lo que, hasta cierto punto, resulta comprensible ya que la adquisición se hará contando con la posibilidad de que la empresa en un futuro pueda generar recursos. En tal caso es claro que los acreedores estarán interesados en evaluar el riesgo empresarial como elemento fundamental para adoptar su decisión de aceptar o no la propuesta de convenio. De ahí que en este convenio como en cualquier otro se exija (art. 100.5-1) que “cuando para atender al cumplimiento del convenio se prevea contar con los recursos que genere la continuación, total o parcial, en el ejercicio de la actividad profesional o empresarial, la propuesta deberá ir acompañada, además [del correspondiente plan de pagos con detalle

---

<sup>55</sup> DE LA CUESTA RUTE, J.M<sup>a</sup>, «El convenio concursal...», cit., pag. 4505.

<sup>56</sup> ROJO FERNANDEZ-RIO, A., «Comentario al artículo 100», cit. pag. 1897.

de los recursos previstos para su cumplimiento], de un plan de viabilidad en el que se especifiquen los recursos necesarios, los medios y condiciones de su obtención....”.

Lo que el legislador parece pretender con la exigencia de este plan de viabilidad es que los acreedores puedan hacerse una idea cabal de la situación, del plan de negocio que se pretende desarrollar, de los recursos que se piensan obtener por la ejecución del mismo para poder adoptar una decisión informada acerca de la bondad o no de lo propuesto y de capacidad del nuevo empresario para hacer la empresa productiva.

No obstante y aunque es posible, como se acaba de indicar, que el asumente cuente con los rendimientos esperados de la continuación de la actividad para satisfacer los créditos de los acreedores conforme a lo especificado en la propuesta, no por ello se acepta de forma pacífica que esa continuidad constituya un elemento esencial del convenio de asunción.

En efecto, la propia existencia de la obligación de asumir la continuación de la actividad ha sido puesta en cuestión por algún autor al considerar que esa obligación no tiene tal carácter porque no se asume frente a ninguna de las partes del convenio: ni frente al concursado porque el convenio produce un efecto liberatorio frente a él, como ya hemos visto, y, por tanto, el mantenimiento de la actividad empresarial le resultará indiferente; ni para los acreedores porque su interés radica solamente en ver satisfechos sus créditos en los términos pactados y, por tanto, mientras los pagos se produzcan el origen de los recursos les dará exactamente igual, tanto si provienen de la explotación empresarial que se ha continuado como si es otra la fuente de producción de los ingresos que permiten efectuar los pagos. Y si tales pagos no se realizan les será también indiferente que se mantenga la continuidad de la empresa. Y ello porque aunque se establezca un vínculo entre el pago de los créditos y las rentas empresariales

previstas, esto nunca podrá suponer la formación de un patrimonio separado destinado a satisfacer exclusivamente aquellas deudas<sup>57</sup>.

En definitiva se entiende que, en el mejor de los casos, la continuación de la empresa como obligación frente a los acreedores carece de significado jurídico ya que su única finalidad es la de transmitirles cierta confianza basada en las capacidades del nuevo empresario para hacer la empresa productiva y rentable, mejorando con ello sus expectativas de percibir el pago de los créditos en los términos del convenio. Y si no es una auténtica obligación en términos jurídicos, la consecuencia lógica es que la falta de continuidad o la paralización de la actividad empresarial de la empresa adquirida no daría lugar al incumplimiento del convenio sino, en todo caso, al incumplimiento de las obligaciones propias del asumente.

La cuestión es importante porque tiene indudablemente trascendencia al enlazar con el problema antes examinado de si el convenio es o no liberatorio para el concursado. Partiendo de la base de que la aceptación del convenio en los términos anteriormente indicados produce la liberación del deudor, hemos de considerar de forma coherente que la no continuación de la actividad empresarial por el asumente no supone incumplimiento del convenio, sino, como se ha indicado, incumplimiento de las obligaciones propias del asumente, especialmente si esa continuidad era esencial para obtener los recursos que se iban a utilizar para el pago de los créditos tal y como se hubiera diseñado en el plan de viabilidad anexo a la propuesta de convenio. Dicho en otros términos, sólo se podrá hablar de incumplimiento de las obligaciones propias del asumente si la paralización de la actividad incide negativamente sobre el pago de los créditos en los términos fijados en el convenio. Sin embargo, y a pesar de que se

---

<sup>57</sup> DE LA CUESTA RUTE, J.M<sup>a</sup>, « El convenio concursal...», cit., pag. 4505 y ss.

hubiera establecido esa vinculación entre la generación de recursos por la continuidad de la actividad y el pago de los créditos, no podría considerarse incumplimiento de la obligación si a pesar de la paralización de la actividad se siguen pagando los créditos con recursos procedentes de otras fuentes distintas, aunque esta paralización pudiera acarrear consecuencias de otro tipo. En definitiva, es de admitir, como se ha afirmado, que la falta de continuidad por si sola no será causa resolutoria bastante<sup>58</sup>.

#### **2.3.4. Audiencia de los representantes legales de los trabajadores**

Finalmente, el artículo 100.2.II, último inciso, establece la necesidad de que sean oídos los representantes legales de los trabajadores, sean delegados de personal (art. 62 ET), sean comités de empresa (art. 63 ET).

Los términos escuetos de la norma plantean varias cuestiones: qué trabajadores deben ser oídos; cuál es el alcance de esta audiencia y en que momento procesal ha de llevarse a cabo.

En relación con la primera de las cuestiones planteadas, se ha señalado que ante la falta de precisión normativa, es preciso entender que deben ser oídos los representantes legales no sólo de los trabajadores afectos a los establecimientos, explotaciones o unidades productivas que son objeto de transmisión al asumente, sino también los representantes de los demás centros de trabajo que pudieren existir.

La ley tampoco precisa cuál es el alcance de esa audiencia, si se trata de una simple consulta-audiencia o si, por el contrario, cabe un entendimiento más amplio del término empleado por el legislador. Esta última es la interpretación llevada a cabo desde una

---

<sup>58</sup> Ibidem, op. y loc. cit.

perspectiva laboralista que sostiene que la LC ha sustituido el derecho de información y consulta-negociación contemplado en el art. 7 de la Directiva que se acaba de mencionar, por una forma más débil de simple audiencia-consulta, por lo que la audiencia a que se refiere la norma debe entenderse en sentido amplio como consulta-negociación, dado que las garantías colectivas establecidas en la Directiva no son disponibles para los Estados miembros ni aún en el caso de procedimientos concursales<sup>59</sup>. Cualquiera que sea el entendimiento de la norma, lo cierto es que esta audiencia de los trabajadores no deberá limitarse a la mera comunicación de la propuesta de convenio que tiene por contenido la enajenación de la empresa, sino a conocer la opinión que les merece la operación y cuya visión puede llegar a posibilitar algún tipo de negociación sobre la transmisión que se pretende realizar<sup>60</sup>

Por lo que se refiere al momento procesal, parece que la solución más adecuada es considerar que en la medida en que el parecer de los representantes legales de los trabajadores tiene singular importancia por cuanto puede incidir en la viabilidad del convenio, deberá oírse a los representantes legales de los trabajadores antes de que los administradores concursales procedan a evaluar la propuesta<sup>61</sup>

---

<sup>59</sup> MONEREO PÉREZ, J.L., (2006) *La conservación de la empresa en la Ley concursal. Aspectos laborales*, Valladolid, pags. 115-116.

<sup>60</sup> RUBIO VIENTE, P.J., «La enajenación de la empresa...», cit., pag. 127.

<sup>61</sup> ROJO FERNANDEZ-RIO, A., «Comentario al artículo 100», cit., pag. 1894. Conforme, PULGAR EZQUERRA, J., «Los convenios de asunción...», cit., pag. 934.