

DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA, GRUPOS DE EMPRESA Y TRANSMISIÓN DE EMPRESA EN EL CONCURSO

SUMARIO: I. EL IMPACTO DE LA DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA. II. LOS GRUPOS DE EMPRESA Y EL ÁMBITO APLICATIVO DE LOS CONCURSOS. III. LA TRANSMISIÓN DE EMPRESA. 1. Reglas comunitarias condicionantes. 2. El momento de la adquisición de bienes del concursado y efecto subrogatorio. 3. Información y consulta a los representantes de los trabajadores. 4. Mantenimiento de condiciones laborales precedentes y asunción de deudas.

I. EL IMPACTO DE LA DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA

Las nuevas formas de organización del trabajo y, en particular, el fenómeno de la descentralización productiva ha experimentado una extensión tal en nuestra actividad económica que es difícil no advertir sus consecuencias sobre el conjunto de la aplicación del ordenamiento jurídico dirigido a regular tanto la actividad mercantil como el ámbito de las relaciones laborales. A los efectos de precisar conceptos aproximativos, entendemos por descentralización productiva aquella forma de organización del proceso de elaboración de bienes o de prestación de servicios para el mercado final de consumo, en virtud de la cual una empresa decide no rea-

lizar directamente a través de sus medios materiales y personales ciertas fases o actividades precisas para alcanzar el bien final de consumo, optando en su lugar por desplazarlas a otras empresas o personas individuales, con quienes establece acuerdos de cooperación de muy diversa naturaleza. A tenor de ello, la descentralización productiva da lugar a lo que diríamos todo un conjunto de relaciones triangulares, en el sentido de que aparecen involucradas cuando menos dos empresas, que son las que establecen relaciones contractuales mercantiles de muy diversa naturaleza, en las que se ven implicados los trabajadores de ambas empresas. Formalmente los trabajadores se encuentran vinculados contractualmente a una de las empresas, siendo ésta su empleador desde el punto de vista laboral; ahora bien, la relación existente entre las dos empresas alcanza también a tales trabajadores, de forma que sin tener vínculo contractual directo esos trabajadores con la otra empresa, los mismos se ven afectados indirectamente por la actividad mercantil de esta otra; y es por tal razón por la que se suele emplear el término de relaciones triangulares para referirse a este conjunto de fenómenos.

Tratándose de un fenómeno que se ubica en el ámbito organizativo de la producción empresarial, la descentralización productiva no puede identificarse con una institución jurídica concreta. Dicho de otro modo, la misma tiene repercusión o se manifiesta a través de fórmulas jurídicas de lo más variadas, unas situadas en el ámbito de la legislación laboral, otras se vienen a desarrollar exclusivamente en el plano de la legislación mercantil, civil o administrativa. Como hemos pretendido indicar con la definición antes propuesta, las relaciones contractuales establecidas entre las diversas empresas inmersas en un sistema de descentralización productiva son muy variadas en cuanto a su naturaleza y, por ende, también plural puede ser su recepción en el ámbito del ordenamiento laboral. Por sólo citar las manifestaciones jurídicas más directamente implicadas en ella podríamos referirnos al régimen de las contratas y subcontratas de obras y servicios (art. 42 ET y art. 24 LPRL), las empresas de trabajo temporal (Ley 14/1994), el cambio de titularidad de empresa o parte de ella (art. 44 ET), el

trabajo a domicilio (art. 13 ET), el teletrabajo, ciertas formas de expresión del trabajo autónomo, los grupos de empresa, contratos de suministro, compraventa, sistemas de franquicia, gestión privada de servicios públicos, contratos de asesoramiento o mantenimiento empresarial, etc.

Visto este complejo fenómeno desde la perspectiva concreta de la declaración de una entidad en concurso, derivada de una situación de insolvencia económica, la primera impresión es que como tal se encuentra extramuros del conjunto de la legislación reguladora de la misma. En efecto, de principio la legislación concursal atiende al devenir de la actividad productiva y el patrimonio de una determinada persona, física o jurídica, al margen de cuáles sean sus vínculos contractuales expresión de su inserción o no en un contexto de descentralización productiva. Para el análisis de la actuación que corresponda llevar a cabo desde la instancia judicial responsable del concurso, si se toma en consideración exclusivamente la perspectiva propia de la legislación mercantil, nos enfrentamos a una relación bilateral de intereses: de un lado, nos encontraríamos con el concursado y, de otro lado, no enfrentaríamos al conjunto de acreedores del mismo. En esa relación bilateral, en ningún momento la legislación parece tomar en consideración el hecho de que entre deudor y acreedor existan vínculos contractuales más o menos estrechos, expresivos de un contexto de producción en régimen de descentralización. Si a ello añadimos la perspectiva laboral, emergería un tercer grupo implicado, con intereses diferenciados a los precedentes, personalizado en los empleados de la empresa insolvente declarada en concurso. Los trabajadores se presentan como otro foco de intereses, cualitativamente diferenciados a la dualidad acreedor-deudor por cuanto que ponen en juego además de su condición de acreedores privilegiados su particular objetivo de mantenimiento de sus puestos de trabajo. En todo caso, para el aspecto que en estos momentos nos interesa, los trabajadores aparecen vinculados en la legislación concursal al concursado como empleador suyo, no emergiendo tampoco aquí el hecho diferencial de que exista o no una situación de descentralización productiva en el marco de la correspondiente declaración de concurso.

No obstante lo anterior, lo que sí resulta relativamente fácil imaginar es que aquellas empresas que trabajen en red por mecanismos variados de descentralización productiva, necesariamente, van a verse involucradas por un proceso concursal en una de ellas. Con seguridad muchas de estas empresas van a ser acreedoras de la declarada en concurso y, como tales, se personarán en el correspondiente procedimiento judicial; otras tendrán compromisos contractuales de suministro de bienes o prestación de servicios a la misma empresa, que cuando menos entrarán en cuestión o vendrán a menos a resultas del concurso. Ni siquiera es descartable que, cual efecto dominó, esa situación de insolvencia en una de las empresas provoque situaciones similares en otras, incluso la posible situación de insolvencia de las otras empresas en la medida en que el grueso de su actividad productiva dependa de la primera. Ciertamente, ello puede dar lugar a unas declaraciones en concurso en cadena, si bien desde la perspectiva procesal se tratará de procedimientos judiciales diferenciados, por mucho que se encuentren interconectadas las situaciones de créditos y deudas entre ellas.

Pero, sobre todo, lo que nos ocupa en este instante es la repercusión en el plano de las relaciones laborales que pueda presentar todo este fenómeno de influencia en cadena. En particular, la repercusión laboral en la aplicación de la normativa establecida en materia concursal. Aunque los aspectos a tratar pueden ser muchos, resaltamos los que a nuestro juicio pueden resultar más evidentes.

En primer lugar, como criterio general obvio, habría que indicar que la aplicación de la legislación concursal sólo puede producirse cuando la empresa en cuestión haya sido declarada formalmente en concurso por el Juez competente. A estas otras empresas, vinculadas contractualmente a la empresa en concurso, de principio, sólo les será de aplicación la normativa en su condición de entidades acreedoras de la primera y lo serán como una acreedora más sin diferencia alguna. Para ir más allá de ello, sería preciso que se verificara, a su vez, una declaración de concurso de estas otras empresas. En razón de ello, las previsiones específicas

de carácter laboral en la legislación concursal sólo le serían de aplicación a partir de que estas otras empresas también se declararan en situación de concurso. En sentido contrario, hay que atender a quien actúa formalmente como empleador de los concretos asalariados, en términos tales que si éstos se encuentran vinculados a una empresa que no se encuentra declarada en concurso, su régimen será el común establecido en la legislación laboral.

De otro lado, en segundo lugar, hay que tener en cuenta que por sí misma la declaración de concurso no provoca efectos inmediatos sobre la continuidad de las relaciones de colaboración, vía descentralización productiva, que pudieran estar en curso. Expresamente se establece que la declaración de concurso no interrumpirá la continuación de la actividad profesional o empresarial que viniera ejerciendo el deudor (art. 44.1 LC). Más aún, a pesar de la declaración del concurso, la empresa-deudora puede continuar ejerciendo su actividad mercantil y, con ello, mantener la producción, con pervivencia por ende de los vínculos contractuales con empresas auxiliares con las que colabore. Específicamente se determina que la declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte. Las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa (art. 61.2 LC). De este modo, las empresas contratistas que estuvieran trabajando con la entidad declarada en concurso, lo podrán seguir haciendo, con lo cual los empleados afectos a la contrata podrán seguir ejecutando su trabajo y percibiendo su retribución sin mayores dificultades. Incluso para evitar rupturas contractuales no suficientemente justificadas y constatadas, se prohíbe que en la contratación civil o mercantil se pacten cláusulas que establezcan la facultad de resolución o extinción del contrato por la sola causa de la declaración del concurso de cualquiera de las partes (art. 61.3 LC).

Ahora bien, en los mismos términos, es fácilmente comprensible que la declaración de concurso, por traer su causa de una situación de crisis empresarial irreversible, haga inviable la conti-

nidad de ese tipo de relaciones contractuales que establecían una externalización de servicios a empresas contratistas. En tal caso, puede que no exista otra alternativa que la resolución contractual del vínculo que une a las dos empresas y, con ello, el riesgo de pérdida del empleo de los trabajadores afectos a esa contrata. La normativa concursal, como garantía de ello, exige que tal resolución contractual deba ser acordada por el Juez del concurso a través de auto judicial, previa solicitud de la administración concursal o del concursado, según los casos. El texto legal prevé un procedimiento más o menos simple. Si hay acuerdo entre los interesados (administración concursal, concursado y la otra parte del concurso), se procede inmediatamente a resolver el contrato por el Juez del concurso. En caso contrario, las diferencias se sustanciarán por los trámites del incidente concursal (art. 61.2 LC). Eso sí, adviértase que la perspectiva legal en este punto es estrictamente mercantil, en el sentido de que los intereses en juego son los de las partes involucradas directamente por la relación contractual mercantil, al margen de los efectos reflejos o consecuencias indirectas que ello pueda tener a resultas de la resolución sobre las relaciones laborales afectas a los mismos. De este modo, es significativo que la Ley no incorpore como partes interesadas en este incidente a los trabajadores o representantes de los mismos afectos a la ejecución de la contrata. Por ello mismo, la resolución del Juez del concurso tiene efectos exclusivamente sobre los derechos y deberes de las partes de ese contrato civil o mercantil, pero no de los laborales que pudieran estar anudados a los mismos.

En todo caso, no cabe la menor duda de que, en la hipótesis de que vía auto del Juez del concurso se produzca una resolución contractual del vínculo que une a las empresas que colaboran en régimen de descentralización productiva, ello puede tener su impacto inmediato sobre el empleo de los trabajadores afectos a la contrata. En tal caso, pueden ponerse en marcha el conjunto de mecanismos previstos en la legislación laboral común. Para los aspectos laborales de los trabajadores afectos a la contrata, carece de competencia jurisdiccional alguna el Juez del concurso, pero

sus resoluciones pueden desencadenar la concurrencia de supuestos de hecho previstos en la legislación laboral común. Por ejemplo, es viable que conforme a la interpretación jurisprudencial al uso, la empresa contratista haya celebrado con los empleados afectos a la misma un contrato de trabajo para obra o servicio (art. 15.1.a ET), cuya duración sea coincidente con la del contrato mercantil que lo justificó en su momento (STS 26 septiembre 1992, Ar. 6816; 30 noviembre 1992, Ar. 9292; 17 marzo 1993, Ar. 1866; 18 octubre 1993, Ar. 7838; 4 de mayo de 1995, Ar. 3746; 15 enero 1997, Ar. 497; 25 junio 1997, Ar. 6133; 8 junio 1999, Ar. 5209; 18 noviembre 2000; 26 junio 2001). Pero, sobre todo, es obvio que, de no poder continuar la contratista con la ejecución del trabajo comprometido con la empresa principal, devenida en concurso, difícilmente podrá continuar con los empleados afectos a la misma. Con carácter general, una situación de fuerte dependencia económica de una determinada empresa auxiliar respecto de otra empresa principal, declarada en situación de concurso, puede ser dato fáctico elocuente de la concurrencia de una situación económica que justifique la concurrencia de las causas legalmente exigidas para proceder a adoptar una medida de reestructuración o regulación de empleo, en aplicación una vez más de la legislación laboral común.

Cabe también preguntarse por los efectos que pueda tener sobre el mantenimiento o no de una situación de externalización productiva a resultas de un cambio en la titularidad de la empresa o parte de la misma, transmisión que se produzca precisamente en el marco de una empresa declarada en concurso. Más adelante analizaremos con todo detalle el efecto subrogatorio en lo laboral previsto para estas transmisiones en situaciones de concurso, con lo que se trata de garantizar la continuidad de los contratos de los trabajadores empleados por el empresario-deudor. Sin embargo, tales reglas nada dicen acerca de la continuidad de los compromisos contractuales que dicho empresario-deudor mantenga con las empresas con las que tiene externalizada parte de su actividad. Ya vimos que, de principio, dichos contratos se mantienen durante el tiempo de tramitación del concurso en tanto que continúe la acti-

vidad de la empresa titularidad del deudor insolvente (art. 61.2 LC). Pero este precepto tampoco precisa cuál puede ser el resultado de tales contratos mercantiles a resultas de la transmisión. Ante el silencio correspondiente, ha de interpretarse que todo ello queda a resultas de cómo vaya decidiéndose el devenir del patrimonio del deudor en la tramitación del concurso. Eso sí, cuando lo que se transmita, a resultas del convenio o del plan de liquidación, no sean bienes aislados, sino el conjunto de la empresa, por la misma han de entenderse la totalidad de bienes y derechos afectos a ella y, por tanto, también habrá de interpretarse que por principio se transmitirán los contratos mercantiles vinculados al funcionamiento de la actividad empresarial. En suma, como regla general habrá que presumir que se verificará igualmente una subrogación en los contratos de obras y servicios a través de los cuales funciona la empresa en régimen de externalización de parte de su actividad. Por esta vía, indirectamente, también puede lograrse la continuidad de los contratos de los empleados de las empresas contratistas vinculados a la empresa en situación de concurso. Naturalmente, todo ello podría ser alterado por decisión, conforme al procedimiento ya indicado anteriormente (art. 61.2 LC).

Posiblemente, la mayor complejidad y especialidad se puede presentar en relación con la satisfacción de los créditos laborales respecto de trabajadores de las empresas vinculadas por relaciones contractuales exponentes de una situación de descentralización productiva. En particular, hay que tener presente que en determinadas hipótesis la legislación laboral impone una responsabilidad conjunta a las empresas implicadas; por ejemplo, en el caso de contratas y subcontratas de la propia actividad se prevé una responsabilidad solidaria de la empresa principal respecto de las deudas salariales de la empresa contratista con sus trabajadores durante el tiempo de ejecución de la referida contrata (art. 42 ET). De igual forma, la empresa usuaria, asume una responsabilidad subsidiaria o solidaria, según los supuestos, respecto de las deudas de la empresa de trabajo temporal con sus trabajadores (Ley 14/1994). Téngase en cuenta, a su vez, que para la hipótesis de empresas declaradas insolventes, el Fondo de Garantía Salarial

asume parte de las deudas salariales pendientes de pago a los trabajadores (art. 33 ET).

Centrándonos sobre todo en el caso más habitual en la práctica de las contratas, cabe pensar tanto en la hipótesis de que la empresa insolvente declarada en concurso sea la principal como la contratista. Como criterio general ha de partirse de la idea de que este tipo de responsabilidades conjuntas, sean solidarias o subsidiarias, surgen históricamente como instrumento para establecer un sistema de más intensa garantía de la efectiva percepción de sus deudas laborales por parte de los trabajadores. Con independencia de que funcionalmente con la evolución normativa puedan pasar a atender otras finalidades, lo cierto es que su razón de ser básica es la de permitir a los trabajadores cobrar con más facilidad sus créditos laborales. Ello nos lleva a que debemos efectuar también una aplicación de la normativa procedimental y procesal conforme a esa finalidad, de modo que no produzca efectos negativos indeseados de entorpecer la atención a los intereses de los trabajadores. En concreto, con ello queremos llegar a la conclusión de que este tipo de responsabilidades conjuntas se ponen a disposición de los trabajadores, por si a los mismos les resulta útil hacer uso de ellas, pero que no les fuerza a exigir las. Dicho de otro modo, que respecto a la exigencia de esa responsabilidad solidaria, en términos procesales nos encontramos frente a una situación de litisconsorcio pasivo voluntario, en ningún caso necesario. En estos términos, si quien se encuentra en situación de insolvencia, declarada judicialmente, es la empresa contratista, el trabajador podrá opcionalmente acudir a reclamar la responsabilidad solidaria impuesta a la empresa principal, o bien podrá dirigirse directamente al Fondo de Garantía Salarial, reclamándole las prestaciones previstas legalmente; sin que el Fondo pueda denegarlas en base a que previamente debe agotar las posibilidades de satisfacer dicho crédito de la empresa principal en situación de liquidez económica para hacerlo.

Al propio tiempo, si opta por efectuar dicha reclamación de responsabilidad solidaria ante la empresa principal, la misma no podrá quedar bloqueada en su ejecución procesal por el hecho de

que a partir de la Ley concursal haya desaparecido el régimen precedente de ejecución separada. La necesaria incorporación al concurso de los trabajadores como acreedores, interrumpiendo la continuidad de la ejecución ante el orden social de la jurisdicción afecta exclusivamente a la empresa declarada en concurso, de modo que si la empresa principal no es insolvente y, como tal, no se encuentra en situación de concurso, podrá tanto ser condenada como responsable solidaria al pago de dichas cantidades, como procederse a la ejecución sobre su patrimonio por vía de la actuación del orden social de la jurisdicción. Dicho en sentido inverso, la empresa principal no declarada en situación de concurso, ni podrá oponerse a la ejecución ni podrá alegar en su defensa la situación de concurso de la empresa auxiliar contratista. Si procede al pago como responsable solidaria, a su vez, podrá posteriormente repetir, asumiendo la condición de acreedora de la empresa auxiliar contratista; eso sí, se enfrentará a una situación de mayor dificultad en satisfacer su crédito por vía de repetición, si continuamos en la hipótesis de que la empresa contratista se encontraba declarada en concurso, pues ello le obligará a incorporarse a la masa del concurso y además hacerlo sin poder reclamar privilegio o preferencia en el cobro por el hecho de haber abonado salarios de los trabajadores de la contratista.

En parecidos términos, si la empresa declarada en concurso es la principal, los trabajadores de la contratista no estarán obligados a hacer uso de los beneficios que derivan de la responsabilidad solidaria, pues ahora quien tendrá dificultades para cumplir con la misma será la empresa principal. En este otro contexto, los trabajadores se podrán dirigir directamente contra la contratista, como su empleadora, sin necesidad de demandar conjuntamente a ambas. Y, sobre todo, obtenido el título ejecutivo, podrán ir contra su empleadora en fase de ejecución, sin que se le pueda oponer de contrario tampoco en esta ocasión la supresión de la ejecución separada. Insistimos, la incorporación obligada de los créditos pendientes de pago al concurso lo son exclusivamente respecto de las deudas del concursado, no del resto de las empresas que mantengan lazos contractuales con el concursado.

Eso sí, cuando se pretenda ir como acreedores contra el patrimonio de la entidad declarada en concurso, sea empleadora o no de los trabajadores, sea o no en calidad de responsable solidario, habrán de hacerlo necesariamente a través de su incorporación a la masa del concurso, con la aplicación de todas las reglas establecidas al efecto en la específica ley concursal.

II. LOS GRUPOS DE EMPRESA Y EL ÁMBITO APLICATIVO DE LOS CONCURSOS

Al igual que sucedía con la materia anteriormente analizada, el punto de partida aquí también es que la normativa concursal toma como referencia la situación patrimonial de una determinada persona, física o jurídica. Por ello, de principio para la Ley concursal es indiferente que una empresa con personalidad jurídica propia se encuentre o no integrada dentro de un grupo de sociedades, pues lo que se declara en concurso es a cada persona jurídica.

No obstante, debe advertirse también que uno de los principios informadores de la nueva legislación concursal es lo que denominaríamos la unidad de tratamiento. Desde el punto de vista procedimental cabe resaltar que la nueva legislación concursal pretende responder a las situaciones de insolvencia empresarial de forma unitaria, coordinada y coherente a las múltiples y complicadas aristas que surgen en el contexto de una insolvencia empresarial: respuesta unitaria frente a los diferentes intereses en juego, para atender equilibradamente al conjunto de sujetos afectados y perjudicados por la situación concursal, para la búsqueda de una solución efectiva que procure conjugar debidamente las variadas opciones posibles. Como afirma expresamente la Exposición de Motivos de la Ley Concursal, se opta por "los principios de unidad legal, de disciplina y de sistema".

Lo anterior presenta muy diversas manifestaciones, pero nosotros nos centramos aquí exclusivamente en la que afecta a la materia que estamos tratando. Así, puede comprobarse que la propia legislación concursal propicia que se ascienda un nivel más, por

encima de la empresa, en términos tales que habilita para que la situación a contemplar tome en consideración el conjunto de un grupo de empresa.

En efecto, la nueva Ley Concursal lo prevé a través de dos vías. De un lado, contempla la posibilidad de que el acreedor pueda "instar la declaración conjunta de concurso de varios de sus deudores cuando exista confusión de patrimonios entre éstos, o, siendo éstos personas jurídicas, formen parte del mismo grupo, con identidad sustancial de sus miembros y unidad en la toma de decisiones" (art. 3.5 LC). De otro lado, se contempla la acumulación de concursos: en los casos de concurso de deudor persona jurídica o de sociedad dominante de un grupo, la administración concursal, mediante escrito razonado, podrá solicitar del juez la acumulación al procedimiento de los concursos ya declarados de los socios, miembros o integrantes personalmente responsables de las deudas de la persona jurídica de las sociedades dominadas pertenecientes al mismo grupo (art. 25.1 LC). Parece que constituye presupuesto necesario, tanto de la inicial declaración conjunta del concurso como de la sucesiva de acumulación, que las varias empresas del grupo individualizadamente se encuentren en situación de insolvencia.

En todo caso, más allá de cuáles sean los requisitos materiales de tal declaración, conjunta o acumulación, lo relevante para nosotros ahora son las consecuencias de ello. En efecto, si se produce tal resultado, lo significativo es que el procedimiento concursal discurrirá a partir de entonces de forma unitaria a lo largo de toda su tramitación. En definitiva, ello puede desembocar en que, cuando se desarrolle el correspondiente procedimiento, puedan intervenir todos los sujetos afectados e interesados, al propio tiempo que un mismo Juez del concurso gestione y resuelva sobre el conjunto de las empresas y personas vinculadas al grupo.

Cuestión, sin embargo, no claramente resuelta por el texto de la ley es si en estos casos se actúa a todos los efectos como si se tratase de un único patrimonio o, por el contrario, se trata de un análisis unitario en lo procedimental pero diferenciado en lo sustancial. En el primer caso, el órgano judicial procedería a analizar al grupo como un todo unitario desde el punto de vista economi-

co, lo que comportaría agrupar como al conjunto de los acreedores, así como de los trabajadores, de modo que la masa del concurso fuera una única. En el segundo de los casos, se trataría de tomar en consideración la interinfluencia de las decisiones de una empresa del grupo sobre las restantes, pero manteniendo la idea de que se trata de concursos diferenciados para cada empresa, con acreedores y trabajadores igualmente diferenciados, con un inventario y una masa distinta para cada uno de los concursos. Probablemente la falta de concreción se deba a que la respuesta haya de ser distinta según el tipo de grupo con el que nos enfrentemos. La fórmula más razonable, a mi juicio, es la distinguir según que se trate de grupos ficticios o de grupos reales. En el primer caso de grupo ficticios, lo que la ley contempla cuando se refiere a una situación de confusión de patrimonios, que habría que extender a la jurisprudencia social identificativa de los supuestos desencadenantes de la responsabilidad solidaria entre las diversas empresas del grupo, procedería efectuar un tratamiento unitario tanto en lo procedimental como en lo material. En el segundo caso de grupos reales, la unidad debería ser exclusivamente en lo procedimental, que no en lo material.

III. LA TRANSMISIÓN DE EMPRESA

Las reglas relativas a la transmisión de empresa o partes de ésta con identidad suficiente como para suponer cambio de titularidad de una unidad productiva autónoma, son muy escasas en la Ley Concursal. Sin embargo, las reglas comunes influyen notablemente sobre las situaciones concursales, además de que requieren ser comentadas desde el punto de vista de las especialidades que presenta su traslación a la situación de una empresa declarada en concurso. A mayor abundamiento, el texto legal en esta materia deja mucho que desear desde el punto de vista técnico: en su redacción resulta impreciso en muchos de sus apartados, por dejar muchas cuestiones sin resolver y confuso en su alcance concreto.

Por sólo adelantar un dato: no se marca la conexión entre la regulación de la Ley Concursal y la correspondiente general del Estatuto de los Trabajadores. A diferencia de lo que sucede con la normativa relativa al régimen del contrato de trabajo del art. 64 LC, donde de un lado hay una clara remisión de carácter supletorio a la legislación laboral común, al mismo tiempo que se procede a derogar el art. 51.10 ET y recoger un nuevo art. 57 bis de remisión a la Ley Concursal, en esta materia relativa a la transmisión de empresa se advierte un clamoroso silencio. De un lado, se deja vigente por completo el art. 51.11, sin alteración alguna, probablemente sin haberse pensado mucho cuando menos algún retoque parecería necesario, sea tan solo de remisión a la Ley Concursal. De otro lado, nada se dice en cuanto al art. 44 ET, si su regulación permanece como supletoria de lo dicho por la Ley Concursal, si es complementaria o debe entenderse sustituida.

Por lo demás, por escasa que sea la regulación contenida en la Ley Concursal relativa a la transmisión de empresa, la misma tiene un hondo calado en la orientación general de los objetivos que debe afrontar un procedimiento concursal. En efecto, por mucho que sea escasa su regulación, es evidente que se contienen reglas de intensa influencia sobre el desarrollo del concurso. Con la misma se fija con claridad en fases cruciales de la tramitación del concurso la pretensión fuerte de adoptar las medidas oportunas que puedan garantizar la continuidad de la actividad empresarial y, con ella, de los empleos vinculados a la misma. A partir de ese instante, la filosofía de la normativa concursal ya no puede ser como viene a decir su Exposición de Motivos la satisfacción de los créditos de los acreedores. En concreto, en su apartado II, prácticamente de pasada, se dice lacónicamente que la flexibilidad de la ley permite su adecuación a diversas situaciones y soluciones, "a través de las cuales puede alcanzarse la satisfacción de los acreedores, finalidad esencial del concurso". O bien más adelante, cuando afirma que "el sistema legal combina así las garantías del deudor con la conveniencia de adelantar en el tiempo la declaración de concurso, a fin de evitar que el deterioro del estado patrimonial impida o dificulte las soluciones más adecuadas

para satisfacer a los acreedores". De todo ello, podría deducirse que el texto expositivo rezuma una visión casi exclusivamente mercantil, de modo que se concibe que los únicos intereses en juego son los que refieren a la pretensión del deudor de salvar parte de su patrimonio frente al interés de los acreedores a satisfacer sus créditos. Ahora bien, a mi juicio personal, esos pasajes de la Exposición de Motivos no reflejan cabalmente cuál ha sido finalmente la filosofía de la nueva legislación concursal. Más claramente dicho, esa Exposición de Motivos trae su origen de un proyecto de ley que, tal como se presentó por el Gobierno al Parlamento, inicialmente tenía una redacción y orientación en lo que refiere a los derechos de los trabajadores cualitativamente diversa de lo que ha sido el resultado final, a tenor de las sustanciales enmiendas que el texto originario ha experimentado a lo largo de su tramitación parlamentaria. Y dentro de esas modificaciones, tiene un alcance muy relevante el relativo a las reglas en materia de transmisión de empresa.

1. Reglas comunitarias condicionantes

Para empezar, el referente comunitario tiene una fuerte impronta en esta materia, a partir de lo previsto en la Directiva Comunitaria relativa al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad. Esta Directiva se remonta al año 1977 (a través de la Directiva 77/187, de 14 de febrero), si bien ha experimentado diversas reformas, todas ellas refundidas finalmente en un texto consolidado a través de la vigente Directiva 2001/23, de 12 de marzo (DOCE 22 de marzo). A la postre, puede afirmarse que nuestro art. 44 del Estatuto de los Trabajadores constituye en lo esencial la transposición al ordenamiento laboral español de las pautas recogidas en dicha Directiva comunitaria, cuya redacción vigente ha de recordarse se reforma en el año 2001, precisamente para proceder a transponer la Directiva Comunitaria y, en particular, la reforma de 1998.

Resumidamente, dicha Directiva contempla una regla general de continuidad de los contratos de trabajo a resultas de una transmisión de la empresa para la que se trabaja o el cambio de titularidad de una unidad productiva de la misma con autonomía desde el punto de vista empresarial. La finalidad principal de la norma es la de garantizar la estabilidad en el empleo de los trabajadores, sin que sobre la misma incida la transmisión de la empresa. A tal efecto, procede a establecer un régimen de subrogación contractual laboral del cesionario en la posición empresarial del cedente, asumiendo la condición de empleador. En segundo lugar, por añadidura, se trata de una normativa ampliamente tuteladora de la posición jurídica de los trabajadores afectados por el cambio de titularidad; esa tutela se manifiesta, en concreto, en la imposibilidad de despedir a los trabajadores por el solo hecho de que se produzca la transmisión de empresa, el reconocimiento de un genérico derecho al mantenimiento de las mismas condiciones de trabajo que se les venían aplicando a los trabajadores hasta ahora vinculados a la empresa cedente, así como por la atribución al nuevo empresario cesionario de una responsabilidad solidaria por el pago de las deudas laborales pendientes de pago por parte del empresario cedente. Finalmente, y en tercer lugar, la norma comunitaria prevé todo un régimen de información y consulta a los representantes de los trabajadores tanto de la empresa cedente como de la cesionaria, por parte de sus empleadores, respecto de la decisión de cambio de titularidad adoptada, los efectos que la misma tendrán sobre los contratos de trabajo vigentes y, en su caso, los cambios que deban efectuarse con repercusión sobre el empleo y las condiciones de trabajo.

Esta Directiva resulta de aplicación con carácter general a los traspasos de empresa o de partes de ésta como resultado de una cesión contractual o de una fusión. A tal efecto se considera traspaso el de una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesoria (art. 1). En estos términos, en la delimitación general del ámbito de aplicación de la Directiva no consta exclusión alguna por el

hecho de que tal tipo de transmisiones se efectúen en el marco de un procedimiento concursal. La clave, al igual que en el resto de los supuestos aplicativos de la Directiva, se sustancia en que efectivamente se haya verificado o no el traspaso de una entidad económica que mantenga su identidad, o por el contrario se hayan transmitido tan solo ciertos bienes de la empresa que no llegan a tener entidad propia como para comportar un *continuum* de cierta actividad empresarial. En suma, al ser lo importante el objeto de la transmisión, deviene indiferente el cómo se materialice ésta, la circunstancia de que se lleve a cabo o no a través de un procedimiento concursal con intervención de un órgano judicial.

A pesar de lo anterior, a partir de finales de los años noventa, se aprecia como desde las instancias comunitarias se comienza también a ser sensibles a la circunstancia de que no todas las situaciones empresariales son las mismas. En concreto, se empieza a ser conscientes de que cuando una empresa es titularidad de un deudor insolvente, declarado en situación de concurso, nos enfrentamos a un escenario de manifiesta crisis empresarial, donde está en juego la viabilidad de la actividad productiva. A su vez, que frente a ese panorama puede ser más difícil encontrar alguien dispuesto a asumir los bienes afectos al proceso productivo, en términos tales que la transmisión a éste sea la vía de superación de la situación de crisis y, con ella, de la continuidad de los empleos afectos a esa empresa en dificultad. En tales condiciones, la norma comunitaria introduce, como opción alternativa, la posibilidad de reducir los estándares de tutela a los trabajadores, siempre que ello facilite la continuidad de la actividad empresarial; dicho de otro modo, se autoriza desde la norma comunitaria que se eliminen las reglas de tutela individual antes resumidas, si con ello se consigue incentivar a que terceras personas estén dispuestas a adquirir la empresa o parte de ella, salvando con ello todo o parte del empleo existente hasta ese instante.

En estos términos, lo que se contempla en la Directiva es una exclusión parcial de la aplicación de ciertas reglas cuando nos enfrentamos a una situación de insolvencia empresarial. Tal excepción no se contemplaba en la versión originaria de la Direc-

tiva de 1977. Sin embargo, a partir de la reforma de la misma en 1998, introducida por medio de la Directiva 98/50, de 29 de junio, se incorpora una importante posibilidad de exclusión del régimen de derechos y deberes previsto en la misma justamente para los casos singulares de intervención judicial en situaciones concursales de las contempladas en nuestra legislación nacional. En el texto actualmente vigente de la Directiva, salvo disposición en contrario por parte de los Estados miembros, no resultan de aplicación las prescripciones relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores "cuando el cedente sea objeto de un procedimiento de quiebra o de un procedimiento de insolvencia análogo abierto con vistas a la liquidación de los bienes del cedente y éstos estén bajo la supervisión de una autoridad pública competente" (art. 5). Es precisamente el caso por excelencia de los procedimientos concursales intervenidos judicialmente.

De este modo, la Directiva prevé la inaplicabilidad de los arts. 3 y 4 de la misma, que son precisamente los preceptos que contemplan las reglas más incisivas de tutela individual: estabilidad en el empleo para todos, mantenimiento de idénticas condiciones de trabajo, responsabilidad del cesionario por las deudas laborales pendientes de pago con anterioridad a la transmisión. Son estos los preceptos que resultan inaplicables en las situaciones concursales supervisadas judicialmente.

Ahora bien, esa exclusión de la aplicación de tales reglas requiere de dos importantes matizaciones o aclaraciones.

Primera aclaración, la exclusión de la aplicación de tales preceptos a las situaciones concursales comporta exclusivamente una permisión a las legislaciones nacionales para que no extiendan el régimen común laboral de la sucesión empresa en tales casos. Pero, de igual forma no lo impide ni lo prohíbe. Dicho de otro modo, da pie a que la legislación nacional pueda no imponer el efecto subrogatorio en el procedimiento concursal, pero de igual forma no sería contrario al Derecho comunitario que la legislación nacional optara por extender las reglas laborales comunes también a las situaciones concursales. Precisamente por ello la redacción literal del precepto comunitario arranca aclarando que dicha exclu-

sión de la subrogación se produce "salvo disposición en contrario por parte de los Estados miembros". Más, se contemplan soluciones templadas intermedias, conforme a las cuales se prevé que el Estado miembro a través de la transposición de la Directiva imponga la subrogación contractual, pero reduzca o aligere los otros derechos de tutela individual. Y, adelantándonos a lo que diremos a continuación, esto otro es precisamente lo que ha hecho nuestra legislación concursal: introducir esa disposición en contrario, por medio de la cual se establece la continuidad de los contratos también para las transmisiones realizadas en empresas en concurso, aunque reduciendo algunos de los derechos individuales.

Segunda aclaración, conviene hacer hincapié en el hecho de que la exclusión afecta exclusivamente a los arts. 3 y 4 de la Directiva, que resumidamente recoge los derechos de tutela individual. Frente a ello, el resto de la Directiva comunitaria sí que es vinculante para todas las transmisiones, incluidas las que se producen en el desarrollo de un procedimiento concursal. En concreto, los derechos de información y consulta a los representantes de los trabajadores incorporados por esta Directiva se ubican en capítulo distinto y en preceptos diferenciados, respecto de los cuáles no figura exclusión alguna por el hecho de que la transmisión se verifique a resultas de quiebra o cualquier otra situación de insolvencia empresarial intervenida judicialmente. La única excepción contemplada a estos efectos refiere a las empresas de pequeñas dimensiones donde no existen representantes de los trabajadores: se autoriza a que quede limitada la información y consulta a las empresas o centros de actividad que, con respecto al número de trabajadores, cumplan las condiciones necesarias para la elección o designación de un órgano colegiado que represente a los trabajadores" (art. 7.5). En suma, salvando la anterior excepción, ha de concluirse afirmando que todo el capítulo III de la Directiva, relativo a la intervención de los representantes de los trabajadores, vía facultades de información y consulta, es aplicable a cuantas transmisiones de empresa o partes de ésta sean articuladas a través de un procedimiento concursal supervisado judicialmente, como sucede con nuestra legislación concursal.

2. *El momento de la adquisición de bienes del concursado y efecto subrogatorio*

Las medidas consistentes en la transmisión de la actividad empresarial a un tercero se encuentran previstas legalmente en un momento muy avanzado de la tramitación del procedimiento concursal, a diferencia de lo que ocurre respecto del resto de las medidas laborales que se pueden adoptar en su seno. Resumiendo al extremo la enorme complejidad de la tramitación judicial del procedimiento concursal, dos son básicamente los instantes en los que se puede proceder a transmitir a terceros el conjunto de la actividad empresarial o simplemente parte del patrimonio del deudor que forma parte de la masa activa del concurso: la fase del convenio y la fase de la liquidación. En sentido contrario, no se contempla en el período previo a ambas, conocida como fase común.

Antes de entrar en el detalle de la regulación contenida en la Ley en esos preceptos, conviene indicar que la misma se presenta de forma separada para cada una de las fases. Más aún, por lo que refiere a la fase de la liquidación, a su vez, figura una regulación relativa a la elaboración y aprobación del plan de liquidación, junto a otra diferenciada que denomina reglas legales supletorias para la hipótesis de no aprobación del referido plan. De este modo, un problema técnico que es necesario sacar a la luz deriva de esta presencia de regulaciones aisladas e independientes, con ausencia de conexión entre las mismas. Ciertamente, sobre todo por lo que refiere a la comparación entre la fase de convenio y la fase de liquidación, éstas son muy diversas entre sí, que la finalidad de ambas es muy específica y sobre todo diferenciada la una de la otra, en términos tales que la presencia de una regulación propia para cada una de ellas no incide exclusivamente sobre la perspectiva mercantil sino que también influye sobre la laboral. Sin poder detenernos en ello con la suficiente profundidad, es obvio que en la fase de convenio el legislador tiene en mente un resultado final de que el concursado va a superar mediante el mismo su situación de insolvencia, por lo que el escenario lógico será el del mantenimiento de la gestión de la actividad empresarial por parte del con-

curtido; es decir, la hipótesis de enajenaciones de bienes serán subsidiarias o secundarias y, con ellas, también las posibles transmisiones a terceros adquirentes de parte de la actividad empresarial. Por el contrario, en la fase de liquidación, se presume que las enajenaciones del patrimonio del concursado van a centrar la actuación del procedimiento judicial, con lo cual puede ser más recurrente la transmisión a terceros de la actividad empresarial.

Ahora bien, lo anterior estimamos que no está reñido con identificar señas de identidad comunes en la legislación concursal, en términos tales que quepa una presentación de principios generales aplicables a la transmisión de empresa en el contexto de cualquier fase del concurso. Y esos principios comunes son relevantes a la hora de poder establecer los debidos puentes de conexión entre unos y otros preceptos, a los efectos de resolver con más facilidad los diversos interrogantes interpretativos derivados de los defectos de técnica jurídica en la redacción de los correspondientes preceptos advertidos con anterioridad. Es por esta razón por la que hemos optado por realizar un análisis conjunto y transversal institucional, de forma que analicemos conjuntamente las dos fases; dicho de otro modo, intentar presentar un régimen común como regla general, presumiendo que serán las menos las diferencias jurídicas por razón de la fase en la que se produzca la transmisión.

Entrando pues ya en la concreta regulación al efecto, en primer lugar, como consecuencia de la celebración del convenio entre los interesados, en el que se podrán incluir proposiciones de enajenación a favor de una persona natural o jurídica determinada. Tales enajenaciones podrán referirse a parte o a la totalidad del patrimonio empresarial; y, en particular, podrán consistir tanto en el conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a su actividad empresarial o profesional o de determinadas unidades productivas (art. 100.2 LC).

En segundo lugar, cuando, ante la hipótesis de fracaso del intento de celebración del convenio, la Ley se refiere a las reglas supletorias de liquidación del patrimonio del deudor (art. 149 LC).

Pues bien, para ambos momentos, la Ley establece que rigen también las reglas propias de la transmisión de empresa desde la perspectiva laboral, en particular las relativas a la continuidad de

los contratos de trabajo. De este modo es como se confirma que el legislador español no ha hecho uso de la posibilidad principal que le brinda la normativa comunitaria desde la reforma de 1998 de excluir la subrogación en los contratos de trabajo cuando este tipo de transmisiones se efectúen en el marco de una situación concursal intervenida judicialmente.

En el primero de los casos, el referido a la propuesta del convenio, se determina que 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 del pago de los créditos de los acreedores, en los términos expresados en la propuesta de convenio (art. 100.2 LC).

Para la segunda hipótesis también se indica que cuando, en el marco de una liquidación, se proceda a la enajenación de bienes que comporten una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesorio, se considerará, a los efectos laborales, que existe sucesión de empresa (art. 149.2 LC), por tanto que se producen los efectos laborales anejos a la misma previstos en el art. 44 ET. Formalmente dicha previsión se ubica dentro una disposición que lleva por título "reglas legales supletorias"; sin embargo, a nuestro juicio ello no puede ser interpretado en el sentido de que si la liquidación es el resultado de la aprobación del plan de liquidación presentado por la administración concursal conforme al precedente art. 148.1 LC éste no esté obligado a respetar las reglas de sucesión de empresa del artículo siguiente.

Naturalmente la novación subjetiva en los contratos de trabajo no se verifica en todos los casos en que se produzca una enajenación de bienes en la tramitación del procedimiento concursal. Ello ocurre exclusivamente cuando el adquirente asume la totalidad de los bienes y derechos del concursado afectos a la actividad empresarial o parte de ellos que impliquen unidades productivas con capacidad de continuidad empresarial autónoma.

La redacción literal de los dos preceptos recoge de forma diversa el supuesto de hecho que provoca la sucesión de empresa,

como igualmente ambos difieren en su literalidad de lo especificado por el art. 44 ET como supuesto de hecho. Sin embargo, a nuestro juicio, las diferencias son de carácter puramente gramatical, sin que con ello se pretendan establecer distintos tratamientos jurídicos en base a que sean a su vez diversos los tipos de cambios desencadenantes de la subrogación contractual.

Es cierto, para empezar, que el supuesto de hecho contemplado en los dos preceptos de referencia de la Ley Concursal se ciñen exclusivamente a una transmisión de empresa que se verifica como resultado de una enajenación, adquiriendo el nuevo titular de la empresa la titularidad de los bienes y derechos del anterior empresario deudor. A estos efectos, el art. 44 ET aparentemente resulta más amplio, por cuanto que para éste lo relevante es que se verifique el cambio de titularidad, siendo indiferente el medio contractual empleado para efectuarlo, con lo cual da igual también el título a tenor del cual asume la actividad empresarial. Para el art. 44 ET no es imprescindible que se produzca una venta, mientras que sí es necesario que ocurra así en el caso de la normativa concursal. Ahora bien, esta circunstancia no provoca que en aplicación de la legislación concursal se excluyan del efecto subrogatorio algunos supuestos a resultas de la liquidación del patrimonio del deudor insolvente; lo que sucede es que precisamente porque lo que se produce en estos casos es la liquidación de ese patrimonio o la transmisión parcial a un tercero, ello sólo se puede llevar a cabo a través de actos de enajenación. Más aún, comoquiera que lo enajenable por esta vía son tanto bienes como derechos, ello puede provocar que el adquirente lo que asuma no sea la propiedad de los medios afectos al proceso productivo sino exclusivamente la posesión, particularmente de los inmuebles, por cuanto que la propiedad corresponda a un tercero diferenciado del concursado; piénsese, a título de ejemplo, que los locales donde se desarrolla la actividad empresarial se encuentren alquilados, de forma que vía la transmisión de la empresa, el adquirente lo que haga es subrogarse en los derechos derivados del alquiler de tales locales.

En todo caso, el elemento diferencial clave refiere al objeto de lo transferido. En concreto, lo más relevante es que se entiende

que no se produce sucesión de empresa cuando se transmiten bienes materiales aislados, que no alcanzan entidad suficiente desde el punto de vista económico como para permitir un desarrollo propio de la actividad empresarial que se venía desarrollando hasta el momento presente. Eso sí, tal exclusión, por transmitirse meros elementos aislados, está presente en igual medida en el art. 44 ET y, por extensión, en la Directiva comunitaria.

Con carácter general, para cualquier venta judicial de empresa, lo prevé el propio Estatuto de los Trabajadores, cuando prevé que para tales transmisiones "sólo será aplicable lo dispuesto en el art. 44 de esta Ley cuando lo vendido comprenda los elementos necesarios y por sí mismos suficientes para continuar la actividad empresarial" (art. 51.11 ET). La forma como está redactado el precepto induce a una importante confusión, porque al decir que "sólo será aplicable" el art. 44 cuando concurren las circunstancias previstas en el mismo, da pie a creer que se está reduciendo el ámbito aplicativo del art. 44 ET por lo que refiere al supuesto de hecho en él contemplado, cuando realmente no es así. En efecto, cuando lo vendido no comprenda los elementos necesarios y por sí suficientes para continuar la actividad empresarial por supuesto que nunca da lugar a que se produzca la transmisión de empresa contemplada en ese artículo; nunca da lugar a la transmisión, se verifique ésta a través de venta judicial, de enajenación directa, de transmisión *mortis causa* o de cualquier otro procedimiento a través del cual un tercero adquiera bienes y derechos del empleador. En definitiva, ese art. 51.11 ET contempla una pura tautología jurídica, que ni añade ni quita nada a lo ya establecido con carácter general por el art. 44 ET para cualquier cambio de titularidad de la empresa.

En cuanto a la redacción concreta de la Ley Concursal, a nuestro juicio, ésta se sitúa en la misma línea. Es palpable que en ambos preceptos de la Ley concursal se utilizan términos bien idénticos o bien asimilables a los de la legislación laboral común. En el art. 149.2 LC, se refiere a la transmisión de una entidad económica que "mantenga su identidad, entendida como conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económi-

ca esencial o accesoría", que viene a coincidir literalmente con lo recogido en el art. 44.2 ET. Por su parte, en el art. 100.2 LC la referencia lo es al "conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a su actividad empresarial o profesional o de determinadas unidades productivas"; se trata de una redacción diferente en lo formal, pero que sustancialmente se identifica también con la regulación del Estatuto de los Trabajadores, en particular, con el art. 44.1 ET. Algunos autores interpretan que la Ley, con esa redacción, para la fase de concurso solo está permitiendo que las enajenaciones se produzcan respecto de bienes que vayan a continuar afectos al proceso productivo y siempre que con ello continúe la actividad empresarial. Sin perjuicio de que es cierto que la finalidad esencial del convenio es la continuidad de la actividad empresarial, a nuestro juicio ello no está reñido con la posibilidad de que el mismo suponga también la enajenación aislada de bienes que no tienen utilidad alguna para la continuidad de la actividad productiva y que, como tales, no interesan lo más mínimo al adquirente del negocio para su continuidad. A nuestro entender, el precepto se refiere sólo a aquellas transmisiones que llevan aparejada el cambio de titularidad de la empresa, pero que con ello no se está prohibiendo en modo alguno que se verifiquen otra serie de enajenaciones de bienes aislados en paralelo. En definitiva, a nuestro juicio, pueden trasladarse en su totalidad los criterios interpretativos formulados por la jurisprudencia, tanto nacional como comunitaria, respecto de los requisitos fácticos necesarios para que se produzca un supuesto de transmisión de empresa o parte de ella, en términos tales que ello dé lugar a la subrogación contractual desde el punto de vista laboral.

Más aún, para el caso concreto de las enajenaciones que se producen en el momento de la liquidación del patrimonio del deudor en concurso, el precepto parte de la premisa como regla general de que la enajenación de principio debe llevar a la transmisión de la empresa. En una primera fase, abierta la liquidación, se prevé una propuesta a formular por la administración concursal al Juez; expresamente se indica que dicha propuesta "siempre que sea factible, deberá contemplar la enajenación unitaria del conjunto de

los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades, productivas de bienes y servicios del concursado" (art. 148.1 LC). Quiere esto decir que se priman aquellas formas de enajenación que conduzcan a la continuidad de la empresa y, con ella, al mantenimiento de los empleos vinculados a esa actividad empresarial. Sólo de forma alternativa, cuando ello no resulte factible, se acepta que se proceda a una enajenación desmembrada de la actividad productiva.

Para el supuesto de que no se logre aprobar el plan de liquidación, inicialmente propuesto por la administración concursal, por oposición al mismo, se contemplan una serie de reglas supletorias que, en lo que interesa en este momento, igualmente van en la línea anterior. En esas reglas supletorias se recoge que el conjunto de los establecimientos y explotaciones del deudor "se enajenará como un todo, salvo que, previo informe de la administración concursal, el juez estime más conveniente para los intereses del concurso su previa división o la realización aislada de todos los elementos componentes o sólo algunos de ellos" (art. 149.1.1.ª LC). Así, también en esta otra fase se da preferencia a aquellas enajenaciones que permitan la continuidad de la actividad empresarial y, con ello, de los contratos de trabajo vinculados a la misma.

En todo caso, conviene también advertir que la norma no lo prevé como una preferencia absoluta; sólo parece exigir una justificación del hecho de acudir a la solución alternativa de la enajenación aislada de bienes. Y, sobre todo, la redacción, ha de admitirse, introduce una alta dosis de imprecisión. Me refiero sobre todo al hecho de que la opción alternativa, entre la venta en su conjunto que permita la continuidad de la empresa o la enajenación de bienes aislados, se hace depender de lo que se estime "conveniente a los intereses del concurso". Y, naturalmente, a partir de ahí entramos en un amplio debate acerca de cuál es la finalidad del concurso y, en particular, cuáles son los intereses a tomar en consideración con carácter general y en este caso concreto a la hora de atender al buen fin del concurso. En la lógica exclusivamente mercantil, el interés tradicional del concurso es la satisfacción de los créditos pendientes de pago, particularmente en la fase de liquida-

ción de la masa activa. Sin embargo, esta Ley no solamente presenta la perspectiva mercantilista precedente, sino que junto a ella admite la presencia de una mayor complejidad de intereses, entre ellos por sólo indicar los más significativos los intereses de los trabajadores vinculados a la empresa deudora, así como los intereses de los pequeños inversores titulares minoritarios de la posible sociedad en concurso. La consideración en conjunto de todos estos intereses hace más compleja la determinación de cuál es en concreto la finalidad de la actuación judicial en este punto. Simplificando el debate podríamos concluir diciendo que debe ser la búsqueda de un equilibrio razonable de todos los intereses en juego.

Debe llamarse la atención sobre el hecho de que estas transmisiones acaecen en momentos en los que el procedimiento concursal se encuentra ya bien avanzado, de modo que vienen a coincidir con el momento de desenlace final del concurso. Debe venir precedido, por tanto, de una valoración exhaustiva de la situación del patrimonio del deudor, con precisa determinación de la masa activa y pasiva del concurso. Más aún, es posible que, a esas alturas, ya se haya adoptado algún tipo de medidas provisionales, incluso que se hayan adoptado ya algunas decisiones clave sobre el futuro de la actividad empresarial vinculada al concursado. No es este el momento de describir con detalle las medidas de carácter laboral que asume como responsabilidad el Juez del concurso a partir de la declaración de la insolvencia del deudor, pero sí de insistir en la idea de que el abanico de medidas de reestructuración laborales posibles previstas en la Ley concursal es amplio y, sobre todo, que por su ubicación se presupone que se han podido adoptar con carácter previo a la elaboración tanto de la propuesta del convenio como del plan de liquidación. La enajenación de bienes y, con ella, la posible transmisión de empresa, se presenta como el final de un relativamente largo proceso, de modo que las medidas previas que se pudieran haber adoptado tanto condicionan las posibilidades sucesivas de mantenimiento de la empresa, como igualmente pueden ir concebidas precisamente para propiciar después la transmisión misma con continuidad de la actividad empresarial.

Por ejemplo, expresamente se indica que en el caso de que las operaciones previstas en el plan de liquidación supongan la extinción o suspensión de contratos laborales, o la modificación de las condiciones de trabajo, previamente a la aprobación del plan, deberá tramitarse el correspondiente expediente de regulación de empleo ante el Juez del concurso, conforme al procedimiento específicamente previsto en el art. 64 de la Ley (art. 148.1 LC).

Con lo anterior queremos llegar a la conclusión de que la previsión de continuidad de los contratos a resultas de la transmisión de la actividad empresarial puede quedar relativizada, si con carácter previo a la transmisión, y pensando justamente en la misma, se ha procedido a adoptar alguna medida de reducción de empleo a través del expediente correspondiente. Eso sí, sin poder entrar tampoco aquí en mayores detalles, lo que resulta igualmente evidente es que las garantías legales establecidas en el desarrollo de estos expedientes son lo suficientemente intensas, como para asegurar una tutela equilibrada de los intereses en juego. En ese momento, el notable protagonismo reconocido a los representantes de los trabajadores, la obligada intervención de control por parte del Juez del concurso y con la interlocución de la administración judicial, marginando notablemente todo posible protagonismo del concursado, unido todo ello a la escasa actuación de los acreedores de la masa, ofrece un panorama bien favorable a que la decisión final pueda tomar en consideración debidamente los intereses de los trabajadores y, en particular, las expectativas de continuidad de la empresa y de los correlativos contratos de trabajo.

Por lo demás, es oportuno igualmente recordar el principio general que informa la legislación concursal, ya apuntado en otras ocasiones, enderezado a propiciar un tratamiento unitario de la situación patrimonial y económica del deudor. Ese principio de unidad de procedimiento se debe manifestar aquí en el hecho de que todo el conjunto de actuaciones y medidas adoptadas sean coherentes entre sí, pues vayan dirigidas a un objetivo común. Quiere esto decir que cuando se adopten las posibles medidas laborales de reestructuración empresarial al inicio del concurso, debe ya ir proyectándose el horizonte final, en particular debe ir

valorándose desde el inicio las posibilidades reales de continuidad de la actividad empresarial, bien sea con permanencia de la gestión por parte del mismo titular en esos instantes concursados, o bien por parte de un tercero todavía no claramente identificable a través del mecanismo de la transmisión de empresa objeto de análisis en estos momentos. El instrumento procesal presente en la Ley concursal para todo ello no es otro que la atribución de una competencia, de principio omnicompreensiva, a favor del Juez del concurso. Esta atribución unitaria al Juez del concurso del conocimiento, tanto de la situación de la empresa, como de las medidas concretas que se hayan de adoptar para hacer frente a la situación de insolvencia creada, es justamente el mecanismo a través del cual se materializa ese objetivo de tratamiento unitario, de forma que sea un mismo sujeto quien, con la colaboración de la administración concursal y tras una información exhaustiva de la situación de la empresa en sus muy diversas vertientes, decida el futuro de la misma, atendiendo particularmente a los múltiples intereses en juego y adoptando las medidas también de muy diversa naturaleza que resulten más adecuadas y razonables, al objeto de lograr un resultado equilibrado de los referidos intereses en juego.

Finalmente, conviene también advertir que en ciertas ocasiones los adquirentes de la actividad empresarial vienen a ser los propios trabajadores de la empresa en situación de concurso. Éstos, en tales casos, pasan de ser empleados a titulares de la empresa, de modo que para ello constituyen una cooperativa o sociedad laboral, con lo cual no es posible que sean al propio tiempo asalariados de esa empresa. Se trataría de un supuesto que no provocaría la subrogación contractual en los términos indicados hasta el momento presente. No obstante, la secuencia temporal de los actos jurídicos pueden dar en la práctica un resultado diferente. En todo caso, cuando esto suceda, las reglas son idénticas a las que rigen cuando este mismo mecanismo de adquisición de la empresa por los propios empleados se produce en una situación no concursal. Por ejemplo, en estos casos, a tales trabajadores se les suelen ofrecer amplias facilidades para poder asumir en

estos términos la titularidad de un negocio, de principio abocado al cierre. Así, por ejemplo, de un lado, se procede a extinguir sus contratos de trabajo conforme al expediente de regulación de empleo previsto en el art. 64 LC; extinción que da derecho a la percepción de las correspondientes indemnizaciones legales, no del concursado insolvente, sino del Fondo de Garantía Salarial. De otro lado, si dichas cantidades se destinan a reforzar los fondos de la nueva empresa, invirtiéndolos en los mismos, se prevé la imposibilidad material de recuperación de tales cantidades por parte del Fondo de Garantía Salarial (art. 2.5 RD 505/1985). Se trata de una fórmula que después veremos se puede generalizar para cualquier tipo de nuevo empresario adquirente en el momento de la liquidación del patrimonio del concursado.

Por otra parte, para el caso concreto del personal de alta dirección, aunque no se dice nada al respecto, rigen las reglas singulares fijadas para los mismos, tanto las relativas a su extinción en las situaciones concursales (art. 65 LC), como las propias de las transmisiones de empresas para ellos (art. 10.3.d RD 1382/1985, de 1 de agosto, BOE 12 de agosto). En particular, es obligado tener presente que en muchas ocasiones el concursado, junto a su condición de titular de la actividad empresarial puede tener concertado un contrato de alta dirección; de producirse en estos casos cualquier tipo de transmisión de la empresa poco sentido tiene que se produzca la subrogación contractual correspondiente, por lo que bien por cualquiera de las dos vías precedentes puede producirse con carácter previo la resolución del contrato de trabajo de alta dirección.

3. Información y consulta a los representantes de los trabajadores

La transmisión de empresa tiene una conformación notablemente colectiva desde el punto de vista de los trabajadores, por cuanto que las consecuencias laborales impactan colectivamente sobre la plantilla de la empresa. Esa nota de colectividad se tradu-

ce en el otorgamiento de un importante protagonismo a los representantes de los trabajadores, permitiéndoles conocer la situación real en la que se encuentra la empresa titularidad del deudor, así como la capacidad de influir defendiendo los intereses de sus representados en el momento de adoptar las decisiones que puedan tener repercusión sobre los mismos. Todo ello se materializa a través de la atribución a los representantes de los trabajadores de significativas facultades de información y consulta en la tramitación de todo el procedimiento concursal, con particular atención a los momentos en los que se decida el futuro final de la empresa, particularmente las opciones de transmisión de la misma y la subsiguiente subrogación en los contratos de trabajo por parte del posible adquirente de los derechos y bienes del deudor insolvente.

Ya vimos que, con carácter general, la Directiva Comunitaria sobre transmisión de empresa contempla este tipo de facultades de información y consulta a favor de los representantes de los trabajadores. Facultades que, también lo indicamos, las impone sin excepción en el supuesto de que esta transmisión se lleve a cabo en situaciones concursales intervenidas judicialmente. La propia Ley Concursal de forma recurrente atiende a este tipo de derechos de información y consulta; aparte de que, con carácter general, cabe una remisión en su totalidad a lo previsto en el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores, por cuanto que se trata de un precepto aplicable a todos los efectos para las situaciones concursales, cuando se trate de proceder a medidas de transmisión de empresa. La transposición de la mencionada Directiva se ha efectuado en nuestro ordenamiento jurídico por el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores y, en la medida en que la Ley Concursal no establece regulación alternativa, ni excluye la aplicación de la regulación estatutaria, ha de interpretarse que todo lo en ella previsto respecto de la intervención de los representantes de los trabajadores en los casos de transmisión de empresa, le es de aplicación también a las empresas declaradas en concurso.

Si acaso ha de establecerse una especialidad al respecto es que esas facultades de intervención de los representantes de los trabajadores no tiene sentido que se desarrollen teniendo por interlo-

cutor al deudor-empleador. Si bien el concursado continúa siendo el titular de la empresa cedente y, por ello formalmente es el empleador, la Ley otorga funciones clave de gestión laboral de la misma a la administración concursal. En estos términos ha de interpretarse que, con relación a todas las competencias previstas legalmente en esta materia, tanto las relativas a derechos de información como las más intensas de consultas, tanto las derivadas del ET como de la LC, quien debe responder de ellas ha de ser la administración concursal. En concreto, ha de valorarse el hecho de que es justamente la administración concursal quien controla más directamente la información y todos los datos relativos a la situación económica del deudor y de la actividad empresarial, por lo que es lógico llegar a la conclusión antes referida; que es quien ostenta las facultades de proposición de adopción de medidas al Juez del concurso. Por todo ello, el interlocutor será por lógica la administración concursal, siendo ésta quién deberá transmitir la información y desplegar en su caso las debidas consultas.

En cuanto al contenido de estas competencias informativas, en primer lugar, el art. 44.6 ET establece la obligación de ambos empresarios, en nuestro caso administrador concursal y cesionario, de informar a los representantes de los trabajadores respectivos sobre todos los aspectos relacionados con el cambio de titularidad. Debe destacarse que la obligación afecta a cada empresario particularmente respecto de las representaciones de los trabajadores afectados por la transmisión, es decir, la administración concursal debe informar a los trabajadores afectados al concurso, mientras que el empresario cesionario debe ponerse en contacto con los suyos. La virtualidad del precepto reside en que el proceso de cambio de titularidad se observa desde una perspectiva más amplia, pues se parte de la hipótesis de que el proceso de transmisión en la práctica puede producir efectos sobre tres grupos de trabajadores: en primer lugar, los trabajadores objeto de subrogación contractual; en segundo lugar, los trabajadores que permanecen vinculados a la empresa cedente tras la transmisión, porque pertenecen a centros de trabajo o unidades productivas que no son objeto de cambio de titularidad, pero sobre los que puede tener

efectos reflejos la transmisión de otras unidades productivas; en tercer lugar, los trabajadores que con anterioridad a la transmisión prestan sus servicios en la empresa cesionaria, en la medida en que puede ser objeto de reestructuración productiva a resultas de la integración de nuevos trabajadores en su plantilla y del incremento de unidades productivas.

La información que debe suministrarse a los representantes de los trabajadores se extenderá sobre aspectos como la fecha, los motivos, las consecuencias de todo tipo que puedan afectar a los trabajadores y las medidas que se pretenden poner en marcha con relación a éstos. En caso de que no exista representación de los trabajadores, por mandato del art. 44.7 ET, la información deberá ser transmitida directamente a los trabajadores afectados.

En segundo lugar, el art. 44.8 ET se ocupa de garantizar la eficacia de la información, a los efectos previstos en la norma, exigiendo que ésta sea recibida por los representantes de los trabajadores en tiempo hábil. En nuestro caso la administración concursal deberá proceder a facilitarla "con la suficiente antelación", y siempre antes de que el traspaso se haya producido. Por su parte, el cesionario deberá informar a sus trabajadores antes de que los efectos derivados de la transmisión puedan afectar a sus condiciones de empleo.

Por lo que refiere a las facultades de consulta, el art. 44.9 ET obliga a la celebración de un período de consultas sobre las medidas laborales que el empresario cedente —en nuestro caso, de nuevo la administración concursal— o el cesionario pudieran tener previsto adoptar con motivo de la transmisión. La peculiaridad de este procedimiento de consultas reside en que ambos interlocutores deberán abordar las consultas bajo los principios del deber de buena fe, "con vistas a la consecución de un acuerdo". Por lo demás, cuando estas consultas se articulan previamente a la transmisión en el marco del procedimiento concursal, hay que remitirse al procedimiento común en la Ley Concursal para el conjunto de las medidas de reestructuración empresarial: modificaciones, traslados, suspensiones y extinciones de contratos de trabajo (art. 64 LC). Ahora bien, cuando tales medidas se vayan a acometer

una vez producida la subrogación contractual, el nuevo titular de la empresa se presupone que no se encuentra en situación de concurso y, por ende, no le es de aplicación el citado art. 64 LC; en cuyo caso, habría que aplicar las reglas comunes de consulta previstas en el Estatuto de los Trabajadores.

Pero, es más, este tipo de facultades de consulta previstas en el Estatuto de los Trabajadores se refuerzan, incluso se incrementa, en el caso de las situaciones concursales. En efecto, para empezar, la Ley obliga a consultar a los representantes de los trabajadores cuando una propuesta de convenio contemple la enajenación total o parcial de los bienes y derechos afectos a la actividad empresarial, de la que derive la asunción por el adquirente de la continuidad de la actividad productiva (art. 100.2 LC). Por contraste, en la legislación laboral común en ningún momento se prevé la necesidad de consultar a los representantes acerca de su proyecto de transmitir la empresa o parte de la misma, sino sólo de informar de una decisión ya adoptada al respecto y, caso de imponer la consulta, lo es en lo que afecta a las consecuencias de modificación de condiciones de trabajo que ello comporte y, por supuesto, siempre con posterioridad a que la decisión empresarial ya está adoptada en lo que afecta al cambio de titularidad. Además de todo esto, insistimos, la Ley Concursal añade una consulta previa y cifrada concretamente en la oportunidad de la opción por transmitir la empresa o parte de la misma. Al tratarse de una empresa transmitida laboralmente y puesto que el convenio es un resultado de propuestas y adhesiones de deudor y acreedores controlada judicialmente, tiene todo su sentido otorgar un cierto protagonismo a los representantes de los trabajadores. Ahora bien, donde resulta ciertamente confusa e imprecisa la Ley en este punto es respecto de quien se formula la consulta o parecer de los representantes de los trabajadores; aunque también es cierto que expresamente la Ley no lo indica, la lógica lleva a pensar que dicha consulta se desarrolla entre los representantes de los trabajadores y quienes formulen la propuesta de convenio. Debe tenerse presente que en esta fase del convenio, todo el protagonismo se le asigna a los acreedores, mientras que la actuación tanto de la

administración judicial como del propio Juez del concurso resulta muy secundaria; en concreto, que la intervención del Juez aquí es de mero controlador externo de la legalidad del desarrollo de la fase del concurso. En esas circunstancias, poco sentido tiene que las consultas se sustancien con el administrador judicial o con el propio Juez.

Otra regla relevante al respecto es aquélla que exige que el "plan de liquidación" del patrimonio del concursado se someta a informe de la representación de los trabajadores, a efectos de que éstos puedan formular observaciones o propuestas de modificación (art. 148.3 LC). Desde este punto de vista a los representantes de los trabajadores se les otorga idéntico tratamiento que al deudor o a cualquier acreedor, rigiendo para ellos las mismas reglas de procedimiento. En concreto, las observaciones o propuestas de modificación las podrán presentar durante los 15 días siguientes a la fecha de depósito del plan; concluido este plazo, se le concede a la administración concursal otro plazo de diez días, para contestar, resolviendo a continuación el Juez por medio de auto, según estime conveniente a los intereses del concurso (art. 148.2 LC). Se prevé la posibilidad de que contra el auto así dictado podrá interponerse recurso de apelación, debiendo interpretarse que los representantes de los trabajadores se encuentran legitimados procesalmente para interponer dicho recurso.

4. Mantenimiento de condiciones laborales precedentes y asunción de deudas

El efecto de subrogación contractual, derivado con carácter general, comporta no sólo la mera alteración subjetiva del empleador, sino que unido a ello se imputa al adquirente la posición jurídica del cedente a todos los efectos; es decir, el cesionario se subroga en todos los derechos y deberes del anterior. Este es el mecanismo legal a través del cual se establece igualmente una regla general de mantenimiento de las condiciones de trabajo que venían rigiendo con anterioridad a la transmisión. La Ley general

no lo especifica de forma expresa, pero ha de interpretarse como resultado natural del cambio contractual y, en particular, de la aplicación del art. 44 no excluida en nuestro ordenamiento para las situaciones concursales. Como indica el referido art. 44 ET, el nuevo empresario queda "subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior" (art. 44.1 ET). Algunos autores han interpretado que este mantenimiento de las condiciones laborales no es aplicable a la transmisión, cuando ésta se produce en la fase del convenio, por cuanto que la norma de referencia precisa que las proposiciones al respecto incluirán la continuidad de la actividad empresarial y el pago a los acreedores, "en los términos expresados en la propuesta de convenio" (art. 100.2 LC), de modo que conforme a esta interpretación todo dependería de lo que se estableciera en el convenio. A nuestro juicio, tal interpretación resulta demasiado formal en lo literal, sin atender al contexto general de la Ley en la que se inserta y de preceptos concretos que también son referencia obligada. De ser así, para empezar no se trataría sólo del mantenimiento o no de las condiciones laborales, sino que supondría negar también la necesaria continuidad de los contratos a pesar de que continúe la actividad empresarial. A nuestro juicio, sin embargo, el supuesto está pensando más en la posición en la que quedan garantizados los intereses de los acreedores del empresario deudor y no tanto en los correspondientes de los trabajadores. En cuanto a los trabajadores, la referencia a la propuesta entiendo que afecta de nuevo a la precisión de cuál es el objeto de la transmisión, si se trata de bienes aislados o de la actividad productiva, pues caso de ser lo segundo debe producirse tanto la continuidad de los contratos como el mantenimiento de las condiciones de trabajo; precisamente para que se alteren las condiciones de trabajo hay preceptos específicos de aplicación, que son justamente los que pasamos a referir.

En efecto, a pesar de la afirmación precedente bien es cierto que, a resultas de la transmisión y con vistas a garantizar una satisfactoria eficiencia y productividad de la actividad empresarial así asumida, puede resultar oportuno proceder a alterar las

condiciones de trabajo de los empleados asumidos por el nuevo empresario. A tal efecto, se prevé expresamente en la Ley Concursal que, 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 (art. 149.2 LC). La expresión legal es lacónica en exceso, por lo que se aprecia una notable falta de concreción respecto del régimen a través del cual se han de alcanzar esos acuerdos de modificación de condiciones de trabajo. Sólo precisa quienes son los sujetos intervinientes en ese acuerdo de modificación de condiciones: cesionario y representantes de los trabajadores. Se presupone que los representantes de los trabajadores lo serán de aquellos que se ven afectados por la transmisión de empresa y experimentan la novación subjetiva del contrato, suponiendo que eran los mismos que actuaban hasta ahora; téngase presente que cuando la empresa o unidad productiva autónoma conservan su autonomía, continúa el mandato de los mismos representantes de los trabajadores, que seguirán ejerciendo sus funciones en los mismos términos y bajo las mismas condiciones que regían con anterioridad (art. 44.5 ET). Sin embargo, no aclara ni el momento en el que se pueden producir dichos acuerdos, ni la tramitación del procedimiento negocial, ni los posibles límites materiales al contenido de las modificaciones a introducir. En atención a quiénes son los sujetos que conciertan el acuerdo, lo razonable es interpretar que el mismo se verificará en el momento inmediatamente sucesivo a la decisión judicial que va a producir el efecto subrogatorio. En lo demás, tanto en lo procedimental como en lo sustantivo, cabe deducir que a estos supuestos les será de aplicación el régimen general de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo previsto en la legislación laboral común (art. 41 ET); dado que el cesionario no se encuentra sometido a las reglas específicas del procedimiento concursal, no le pueden ser de aplicación las contenidas en el art. 64 LC, por lo que lógicamente ha de acudir al art. 41 ET a la vista de que el precepto que específicamente lo prevé, art. 149.2 LC, omite cualquier precisión o exclusión al respecto.

Al situarse el cesionario en la posición jurídica del empresario-deudor, asume igualmente el conjunto de créditos laborales pendientes de pago a los trabajadores (art. 44.3 ET). Ahora bien, han de efectuarse dos importantes correcciones a la conclusión precedente.

En primer lugar, en el caso concreto de la transmisión efectuada en el marco de una propuesta de convenio, expresamente se indica que cuando se verifique la transmisión del conjunto o de parte de los bienes y derechos afectos al proceso productivo, el adquirente asumirá "el pago de los créditos de los acreedores, en los términos expresados en la propuesta de convenio" (art. 100.2 LC). Esto, a nuestro juicio, ahora sí que habilita para que a través del convenio se exonere al nuevo empresario de asumir las deudas laborales pendientes de pago, de forma que no entraría en juego la responsabilidad solidaria prevista en el art. 44.3 ET antes referida.

En segundo lugar, la Ley también faculta al Juez para que exima al adquirente del deber de subrogarse en 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 art. 33 del Estatuto de los Trabajadores (art. 149.2 LC). Es la propia Directiva comunitaria la que da la pista autorizando medidas de este tenor. Esta última previsión la contempla la Ley en el momento concreto de regular las reglas legales supletorias que rigen el plan de liquidación. A nuestro juicio, sin embargo, no se entiende la razón de que ello venga previsto exclusivamente en este momento. De un lado, no se entiende la razón de que ello se recoja formalmente dentro de la relación de reglas legales supletorias, en caso de resultar imposible proceder a la aprobación del plan de liquidación presentado por la administración concursal. La Ley no precisa el momento en el que el Juez puede adoptar este acuerdo; teniendo en cuenta que el mismo también puede jugar como forma de impulso o fomento del compromiso de cualquier sujeto de adquirir los bienes y derechos afectos a la actividad productiva y el correlativo compromiso de mantenimiento de la empresa y de los empleos, una

interpretación flexible del precepto puede permitir que la decisión judicial se produzca incluso antes de la enajenación misma, de forma que venga incorporada al mismo plan de liquidación.

De otra parte, tampoco se entiende el porqué ello se vincula exclusivamente con la fase de liquidación y no se prevé expresamente también para la fase de convenio. Dicho de otro modo, la misma lógica tendría que con la misma finalidad se produjera esta exención cuando la transmisión se lleve a cabo a través de la resolución aprobatoria de la propuesta de convenio; siendo más explícito, quien puede lo más (exoneración completa de la deuda), puede lo menos (exoneración parcial de la misma).

Por lo demás, la norma otorga una notable discrecionalidad al Juez del concurso a los efectos de acordar dicha exclusión de la subrogación en los créditos del Fondo, si bien es lógico pensar que ello ha de decidirse en función de facilitar la continuidad futura de la empresa por parte del nuevo empresario.