



Roj: **AJM B 40/2012 - ECLI:ES:JMB:2012:40A**

Id Cendoj: **08019470092012200002**

Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**

Sede: **Barcelona**

Sección: **9**

Fecha: **23/07/2012**

Nº de Recurso: **14/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Apelación, Concurso de acreedores**

Ponente: **BARBARA MARIA CORDOBA ARDAO**

Tipo de Resolución: **Auto**

Resoluciones del caso: **AJM B 40/2012,**
AAJM B 50/2012

Juzgado Mercantil nº 9

Gran Vía de Les Corts Catalanes nº 111, edificio C, planta 13

08014 Barcelona

PROCEDIMIENTO : CONCURSO VOLUNTARIO 14/2012 SECCIÓN 3ª C3

Concursada : MEDIAPUBLI SOCIEDAD DE PUBLICACIONES Y EDICIONES SL

Procurador : JAVIER SEGURA ZARIQUIEY

Administrador concursal : Augusto Y Florencio

AUTO RESOLVIENDO RECURSO DE REPOSICIÓN

MAGISTRADA QUE LO DICTA : BÁRBARA MARÍA CÓRDOBA ARDAO

Lugar : Barcelona

Fecha : 23 de julio de 2012

HECHOS

PRIMERO . Por auto de fecha 23 de mayo de 2012, se autorizó la venta anticipada de la unidad productiva propiedad de la concursada en favor de DISPLAY CONNECTORS SL por valor de 412.00 euros, posteriormente aclarado por auto de 8 de junio de 2012.

SEGUNDO . Contra dicho auto interpusieron recurso de reposición Don Teofilo , Africa y la TGSS, de los que se dio oportuno traslado a la administración concursal, a la concursada y a DISPLAY oponiéndose a su estimación, quedando los autos en poder del proveyente para resolver.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO . Dispone el art. 197 LC " *Contra las providencias y autos que dicte el Juez del concurso sólo cabrá el recurso de reposición, salvo que en esta Ley se excluya todo recurso o se otorgue otro distinto*". Para su tramitación, habrá que estar a lo dispuesto en el art. 452.1 LEC a cuyo tenor " *El recurso de reposición deberá interponerse en el plazo de cinco días, expresándose la infracción en que la resolución hubiera incurrido a juicio del recurrente*".

A) Recurso de reposición planteado por Teofilo :



Considera el recurrente que el auto por el que se autoriza la venta de la unidad productiva infringe lo dispuesto en el art. 149 LC al no haberse dado publicidad alguna a la venta de la unidad productiva. Asimismo, porque el accionariado de DISPLAY coincide con el MEDIA PUBLI siendo por tanto la venta contraria a la masa activa del concurso y al interés de los acreedores. Por último, alega el recurrente indefensión al no haberse dado traslado del anexo II de la oferta de DISPLAY donde se acredita la viabilidad de la oferta formulada por dicha mercantil.

Impugnan los motivos del citado recurso de reposición tanto la concursada, como la administración concursal como DISPLAY CONNECTORS.

Pese a los argumentos esgrimidos por la representación procesal del Sr. Teofilo , procede la desestimación del recurso de reposición interpuesto tanto por motivos formales, pues no menciona el recurrente precepto alguno supuestamente infringido por la resolución judicial que impugna y por motivos de fondo:

En primer lugar, en cuanto a la falta de publicidad, indicar que el art. 188.2 LC dispone lo siguiente: "*De la solicitud presentada se dará traslado a todas las partes que deban ser oídas respecto de su objeto, concediéndoles para alegaciones plazo de igual duración no inferior a tres días ni superior a 10, atendidas la complejidad e importancia de la cuestión. El juez resolverá sobre la solicitud mediante auto dentro de los cinco días siguientes al último vencimiento*".

En este caso, no sólo se respetó la citada publicidad tal como se recoge en la providencia de 26 de abril de 2012, habiéndose dado traslado de la oferta de Xarxa por un plazo de 10 días a las partes personadas para que pudieran mejorar la misma sino que también se publicó en el tablón de anuncios del juzgado (art. 645 y 646 LEC) y, como medio de publicidad complementario, se acordó su difusión a través del Gabinete de Prensa del TSJC siendo un hecho público y notorio que fue recogida en todos los medios de comunicación nacionales (doc. 1 aportado por la administración concursal). Pese a ello, únicamente DISPLAY pujó y mejoró la oferta inicial de XARXA en plica cerrada.

En segundo lugar, insiste la recurrente en el hecho de que los socios de DISPLAY coinciden con los de MEDIA PÚBLI. Conviene precisar que si bien es cierto que alguno de los socios puede ser los mismos, no existe una coincidencia del 100% del accionariado, tal como afirma la recurrente. Es más, aunque así fuera, no existe precepto legal alguno en la Ley Concursal que limite o regule quiénes pueden intervenir en el proceso de compra a fin de mejorar las ofertas recibidas por lo que, donde la ley no distingue, no puede ahora convertirse en un motivo para rechazar la oferta de DISPLAY, debiendo estar única y exclusivamente, a los criterios que prevé el art. 149.2 LC para valorar qué oferta es la mejor de entre las recibidas. Por último, no cabe confundir la personalidad jurídica de los socios con la de la propia sociedad válidamente constituida, pudiendo ésta operar en el tráfico mercantil de forma autónoma e independiente y obligarse frente a terceros.

En tercer lugar, respecto a la manifestación de que no se le dio traslado del anexo II de la oferta de DISPLAY, ni la misma queda acreditada, ni tampoco sería un motivo para sostener la nulidad de actuaciones sino que bastaría con su entrega en cualquier momento. Además, el contenido de la oferta estaba a su disposición en la unidad de apoyo pudiendo venir en cualquier momento a través de su representación procesal para su consulta. También pudo haber comparecido el día señalado a tal efecto para la apertura de plicas habiéndose procedido por la secretaria judicial a su lectura en audiencia pública. Por ende, la obligación del juzgado era la de notificar el auto por el que se aprobaba la venta de la unidad productiva en el que se recogen de forma pormenorizada tanto el contenido de cada una de las ofertas recibidas como las razones por las que este juzgador, siguiendo el criterio de la administración concursal, se decantaba por una de ellas en interés del concurso.

Por todos estos motivos, procede desestimar el recurso de reposición.

B) Recurso de reposición planteado por Africa

Considera la recurrente que debe dejarse sin efecto la el auto de venta de unidad productiva por los siguientes motivos:

Primero, porque la oferta de XARXA, además de la subrogación en 12 puestos de trabajo, invitaba a los 14 trabajadores restantes a participar en el proyecto como "socios trabajadores" de la cooperativa en las mismas condiciones que los ex trabajadores que van del parte del proyecto.

Segundo, insiste la recurrente en que el modelo de negocio que propone XARXA es más viable y acompaña a tales efectos, como doc. 2, el correspondiente plan de viabilidad mientras que el DISPLAY no garantiza la continuidad del negocio pues los accionistas de la citada mercantil coinciden con los MEDIA PUBLI.

La administración concursal, la concursada y DISPLAY se oponen a su estimación.



Al igual que en el caso anterior, procede desestimar el recurso de reposición planteado y ratificar el contenido del auto de 23 de mayo de 2012, aclarado por auto de 8 de junio de 2012.

En cuanto al primero de los argumentos esgrimidos indicar que el art. 149 LC recoge los criterios a tener en cuenta para poder valorar cuál de las ofertas recibidas es la más interesante para el concurso: a) la que mejor garantice la continuidad del negocio o unidad productiva; b) Conservación de los puestos de trabajo y c) La mejor satisfacción de los acreedores, elementos que deben ser valorados todos ellos en su conjunto y no de forma aislada.

En este caso, tal como se razonó en la resolución recurrida, la oferta de DISPLAY cumplía todos esos requisitos y suponía una mejora respecto a la oferta presentada por Xarxa.

Primero, efectivamente, ambas ofertas garantizan la continuidad del negocio y aportan para ello el correspondiente plan de viabilidad. Por este motivo, este juzgador hizo especial hincapié en que se trata de dos modelos de negocio distintos no habiendo elementos de juicio suficientes para poder valorar cuál de ellos será más exitoso que el otro pues ello dependerá de la respuesta del mercado. El hecho de que parte de los accionistas de MEDIA PUBLIC coincidan con los de DISPLAY, no por ello nos puede llevar a la conclusión de que su modelo de negocio no es viable máxime cuando aportan con su oferta un informe razonado firmado por un experto independiente que lo avala.

Segundo, la oferta económica ofrecida por DISPLAY supera con creces la presentada por XARXA (412.000 euros frente a 240.000 euros) por lo que el interés de los acreedores se satisface en mayor medida pues permitirá obtener ingresos superiores de dinero para la masa activa del concurso y con ello, satisfacer un porcentaje superior de los créditos.

Tercero y último, en cuanto a la conservación de puestos de trabajo, la oferta firme de XARXA era de 12 puestos de trabajo frente a 21 de DISPLAY, por lo que ésta también superaba a aquella oferta. En cuanto a la invitación a los ex empleados de PÚBLICO de participar en el proyecto como "socios cooperativistas" no se trata propiamente de sucesión de empresa a efectos laborales, por lo que no puede ser tenida en cuenta a tales efectos. Con todo, reiterar que tampoco sería el único elemento a valorar sino en confluencia con los otros dos.

C) Recurso de reposición planteado por TGSS :

Alega la TGSS que el auto infringe lo dispuesto en los arts. 12.1 y 2 del Reglamento general de recaudación de la seguridad social y arts. 15.3, 104.1 y 127.2 TRLGSS debiendo el adquirente subrogarse en las deudas laborales, incluidos los créditos en favor de la TGSS.

Tanto la administración concursal como la concursada se oponen a su estimación alegando que la venta de la unidad productiva se efectúa al amparo del art. 43 y 149 LC lo que determina la aplicación directa de la normativa concursal y sus efectos.

Pese al esfuerzo de argumentación jurídica realizada por el letrado de la TGSS, procede desestimar el recurso de reposición planteado y ratificar la venta de la unidad productiva en los términos acordada por auto de 23 de mayo de 2012, aclarado por auto de 8 de junio de 2012.

Así, el auto de 23 de mayo de 2012 autoriza la venta de la unidad productiva propiedad de la concursada en favor de DISPLAY CONNECTORS al amparo del art. 43.2 y 149 LC . Por ello, los efectos que se derivan de dicha venta son los previstos en la ley concursal en virtud del principio de especialidad y no los recogidos en la normativa general de la Seguridad Social. Por este motivo, tampoco son aplicables las sentencias dictadas por la jurisdicción social respecto a los efectos de sucesión de empresa habida cuenta que las circunstancias concurrentes dentro y fuera del concurso son distintas. Es más, presentada la oferta de compra por parte de XARXA, se dio publicidad a la misma a fin de que cualquier tercero pudiera alegar lo que a su derecho conviniera no habiendo la TGSS formulado oposición alguna a su contenido.

Considera por otro lado la TGSS que el juez del concurso sólo es competente para pronunciarse sobre la no subrogación del adquirente en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que haya asumido el FOGASA de conformidad con el art. 33 ET no así para fijar qué se entiende por sucesión de empresa a efectos de seguridad social.

Cierto es que la cuestión planteada por la TGSS es controvertida, no habiendo un criterio unánime por parte de los juzgados mercantiles y audiencias provinciales, pudiendo encontrar resoluciones judiciales en sentido contrario.

Ahora bien, es criterio de este juzgador que la competencia del juez del concurso a la hora de aprobar la venta de la unidad productiva, no se agota a los estrictos términos del art. 149.2 LC , tal como plantea la TGSS sino que la competencia objetiva va más allá debiendo pronunciarse sobre los efectos que se derivan



de esa venta pues el art. 149.2 LC no lo limita, estableciendo por otra parte el art. 148 LC que los bienes deben venderse libres de toda carga y gravamen. Además, por el principio de seguridad jurídica que debe regir en las relaciones mercantiles pues el comprador debe conocer exactamente qué es lo que compra y cuáles son sus responsabilidades a fin de formar su convicción y emitir libre y conscientemente su consentimiento y proponer una oferta.

En este mismo sentido se pronuncia la SAP de Barcelona, sección 15ª, de 29 de noviembre de 2007 , cuyo fundamento de derecho tercero dispone lo siguiente:

Al Juez del concurso le corresponde no sólo aprobar el plan de liquidación, conforme al art. 148 LC , sino también dictar los autos de adjudicación correspondientes al activo realizado en la liquidación, y tanto en uno como en otro puede pronunciarse sobre los efectos o las condiciones en que se enajena una unidad productiva, en aplicación de la normativa concursal, en este caso el art. 149.2 LC . Fuera del concurso, el Juez Mercantil carece de competencia para decidir sobre la procedencia de la consideración de sucesión de empresa en caso de transmisión de una unidad productiva, a los efectos de que el adquirente se subrogue en las deudas de la Seguridad Social preexistentes, pero si la enajenación se realiza en la fase de liquidación de un concurso, es lógico que sea el Juez del concurso quien aplicando la normativa concursal se pronuncie sobre el alcance de la sucesión de empresa. En el ejercicio de esta competencia es lógico que se pronuncie sobre alguna cuestión de naturaleza administrativa o social pues, en la medida en que están directamente relacionadas con el concurso o son necesarias para el buen fin del procedimiento concursal, son cuestiones prejudiciales respecto de las que tiene extendida su competencia conforme al art. 9 LC .

Por último, en cuanto a la sucesión de empresa en la venta de unidad productiva en sede concursal, insistir que el art. 149.2 LC dispone que la sucesión de empresa es a los únicos efectos laborales (respecto de los trabajadores cuyo contrato de trabajo mantiene), no así respecto del resto de deudas, adquiriendo el comprador el negocio libre de toda carga y gravamen. En este sentido, SAP de Barcelona, sección 15ª, de 16 de diciembre de 2009 que reitera la jurisprudencia asentada en su sentencia anterior de 29 de noviembre de 2007, antes citada cuyo FJ 2º transcribo por la importancia del mismo:

"SEGUNDO: Como ya hacíamos en la resolución de referencia, hemos de distinguir entre el régimen legal de sucesión de empresa respecto de los créditos de la TGSS dentro y fuera del concurso de acreedores. Fuera del ámbito concursal la normativa legal propia, en concreto los arts. 104 y 127.2 TRLGSS, expresamente prevé que respecto de los créditos que la TGSS tuviera por cotizaciones, cuando se produzca una transmisión de la empresa o de una unidad productiva, existirá sucesión de empresa y consiguientemente el adquirente es responsable solidario del pago de las deudas con la Seguridad Social generadas por la empresa o la unidad productiva que adquiere. Una previsión paralela a ésta podemos encontrarla en el actual art. 42 LGT , respecto de los créditos tributarios, y en el art. 44 ET , respecto de los créditos laborales.

Pero este régimen general, que se regula por la normativa sectorial, queda afectado o alterado en caso de concurso de acreedores, en la medida que en ese caso la norma especial es la concursal, que regula y condiciona la sucesión de empresa en el caso de que la liquidación, realizada dentro de un plan de liquidación (art. 148 LC) o por aplicación de las reglas supletorias del art. 149 LC , se lleve a cabo mediante la enajenación del conjunto de la empresa o de una unidad productiva.

La venta de empresa o de una unidad productiva no deja de ser un medio de realización, dentro de la liquidación concursal, de los bienes y derechos de contenido patrimonial del deudor concursado, alternativo a la enajenación individualizada o por lotes de los distintos elementos de la masa activa. De hecho, tal y como se recoge en la exposición de motivos, "la ley procura la conservación de las empresas o unidades productivas de bienes o servicios integradas en la masa, mediante su enajenación como un todo, salvo que resulte más conveniente a los intereses del concurso su división o la realización aislada de todos o alguno de sus elementos componentes, con preferencia a las soluciones que garanticen la continuidad de la empresa" (E.m VII LC). Es precisamente el beneficio generalizado que produce la continuidad de la empresa, en la medida en que contribuye a conservar total o parcialmente los puestos de trabajo, lo que consiguientemente evita mayores gastos para la masa derivados de la extinción de los contratos de trabajo y genera riqueza al seguir operando empresarialmente en el mercado, el que lleva al legislador a favorecer esta forma de realización.

Primero, el art. 149.1.1ª LC , al regular las reglas legales supletorias de la liquidación, antepone claramente la venta de empresa o de unidades productivas a la enajenación aislada o en lotes de los elementos del activo. Y después, el art. 149.2 LC regula los efectos de tales ventas de empresa o de unidades de producción, disponiendo que "se considerará, a los efectos laborales, que existe sucesión de empresa", sin perjuicio de reconocer al Juez del concurso la facultad de "acordar que el adquirente no se subrogue en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por el Fondo de Garantía Salarial de conformidad con el artículo 33 del Estatutos de los Trabajadores".



Con ello, claramente, la Ley Concursal parte de la premisa de que la enajenación de la empresa o de la unidad productiva dentro de la liquidación se hace libre de deudas, esto es, el adquirente no se subroga en las deudas del concursado, sin perjuicio de las garantías reales que puedan gravar alguno de los bienes muebles o inmuebles incorporados a la empresa o unidad productiva. A estos efectos, la venta de la empresa o de una unidad productiva tiene el mismo régimen que la realización individualizada o en lotes de los elementos que componen el activo, pues el adquirente las recibe libre de cargas, salvo las reales que graven alguno de los bienes adquiridos. Y ello es así como consecuencia de la lógica del concurso que busca dar una solución común al problema ocasionado con la insolvencia del deudor común para sus acreedores, articulando un procedimiento que facilite un convenio y, si no es posible o no se llega a cumplir, una liquidación universal del activo del deudor. La liquidación concursal va encaminada a la realización de la masa activa para con lo obtenido pagar a los acreedores, afectados por el principio de la par condicio creditorum, según las reglas de pago derivadas de la clasificación de créditos y de la existencia de créditos contra la masa. En esta lógica, los acreedores cobran dentro del concurso y con lo obtenido de la realización del activo, por el orden derivado de la clasificación de sus créditos, sin que, salvo en el caso de quienes tengan garantizado el crédito con una garantía real, tengan derecho a hacerlo de los terceros que adquieran los bienes realizados o la empresa o unidad productiva, caso de optarse por tal forma de realización, pues de otro modo, se alteraría la par condicio creditorum.

Así se entiende que, bajo esta lógica del concurso, el art. 149.2 LC regule la única excepción a este principio general de que la transmisión de la empresa o de una unidad productiva no constituye propiamente una sucesión de empresa. Según este precepto tan sólo a efectos laborales se considerará que existe sucesión de empresa, y por ello el adquirente responderá durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la adquisición que no hubieren sido satisfechas (art. 44.3 ET), en este caso con la liquidación concursal.

No obstante, el art. 149.2 LC permite que el juez en el auto de adjudicación pueda acordar que el adquirente no se subrogue en la parte 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 ET . Esto es, el importe de los salarios e indemnizaciones que conforme al art. 33 ET pagó el FOGASA, como consecuencia del concurso del empresario empleador, y que tendría derecho a subrogarse para repetir contra el deudor concursado, no será reclamable del adquirente de la empresa o unidad productiva si ha sido liberado de esta obligación por el Juez del concurso.

Esta normativa nacional no contradice la normativa comunitaria, constituida originariamente por Directiva 77/187, de 14 de febrero, que ha experimentado diferentes reformas, entre otras la Directiva 98/50 de 29 de junio (que contempla las transmisiones de empresa en concurso), y que han quedado refundidas en el texto consolidado aprobado por la Directiva 2001/23, de 12 de marzo (DOCE de 22 de marzo de 2001). La Directiva, que pretende asegurar la continuidad de los contratos de trabajo tras la transmisión de la empresa o la unidad productiva en la que se trabaja, para lo cual se prevé la subrogación contractual laboral del cesionario en la posición empresarial del cedente, que asume la condición de empleador, permaneciendo inalteradas las condiciones de trabajo anteriores a la transmisión, en situaciones concursales reduce los estándares de protección para el trabajador siempre que con ello se consigue la continuación de la empresa, y con ello el mantenimiento de la mayor parte de los puestos de trabajo (art. 5).

En este contexto, el crédito de la Seguridad Social, como cualquier otro crédito que no sea propiamente laboral, no resulta exigible al adquirente de la unidad productiva, y ello sin necesidad de que se pronuncie expresamente en tal sentido la normativa sobre Seguridad Social. Podría haberlo hecho, como la Ley General Tributaria que expresamente lo prevé en el último párrafo de su art. 42.1 , pero ello no es necesario, pues como ya hemos apuntado en caso de concurso la norma especial, que regula no sólo el procedimiento concursal sino también sus efectos, es la Ley Concursal, que expresamente ha sido promulgada bajo el principio de unidad legal, de que sea esta Ley la única que regule el concurso de acreedores y sus efectos". Asimismo, AJ nº 2 de Barcelona, de 2 de julio de 2007 y AJM nº 1 de Tarragona, de 15 de junio de 2011.

Dicha interpretación es acorde, además, con la los principios que representa la Directiva 2001/23/CE, la cual distingue entre la transmisión de una unidad productiva, y la adjudicación como resultado de un procedimiento de insolvencia. Esta distinción no es casual, en la primera, impone al adquirente la responsabilidad de las deudas (art. 3 y 4 de la Directiva), mientras que en la segunda (art. 5 de la Directiva) libera de esa obligación a quien se adjudica como resultado de dicho proceso de insolvencia, y de forma más concreta, el apartado b) del memorando prevé que la modificación de las obligaciones contempladas en los artículos 3 y 4 de la Directiva, se haga cuando la adjudicación tenga como fin la salvaguarda de empleo asegurando la supervivencia de la unidad productiva. Esto no es otra cosa que recoger lo que establece la exposición de motivos de la LC: "conservación de la actividad profesional o empresarial del concursado."

En suma considero mejor fundada, con pleno respeto a las posiciones discrepantes, la jurisprudencia que aplican los juzgados mercantiles que resuelven con esta interpretación.



Por todo ello, procede desestimar el recurso de reposición planteado.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

PARTE DISPOSITIVA

ACUERDO desestimar los recursos de reposición planteados por Teofilo , Africa y la TGSS contra el auto de 23 de mayo de 2012, aclarado por auto de 8 de junio de 2012, cuyo contenido reitero.

Contra esta resolución no cabe recurso alguno sin perjuicio del derecho de la parte recurrente a reproducir la cuestión en la apelación más próxima siempre que formule protesta en el plazo de 5 días (art. 197.4 LC).

Así lo acuerda, manda y firma. Doy fe

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ