

LA ADJUDICACIÓN DE LA UNIDAD PRODUCTIVA EN SITUACIÓN CONCURSAL: MÉTODO AC-IN PARA ADMINISTRADORES CONCURSALES:

ABSTRACT:

- Análisis de la nueva situación legal para la venta de unidades productivas de empresas en concurso en España.
- Desarrollo de un método de adjudicación estándar para esas unidades productivas en concurso.
- Todo lo expuesto en este artículo está dirigido a administradores concursales, con el objetivo de que puedan aportar valor al procedimiento concursal y defender su posición como pieza profesional angular en el mismo.

ÍNDICE de CONTENIDO:

1.	ABREVIATURAS	3
2.	INTRODUCCIÓN	5
3.	PROPUESTA PARA EL CUMPLIMIENTO DEL art. 75.2.5º LEY CONCURSAL	7
3.1.	CONCEPTO DE UNIDAD PRODUCTIVA:	7
3.2.	DETECCIÓN, DEFINICIÓN Y VALORACIÓN DE UNIDADES PRODUCTIVAS:	11
4.	DESARROLLO TEÓRICO DEL MÉTODO AC-IN de ADJUDICACIÓN DE UNIDADES PRODUCTIVAS:	15
4.1.	CONDICIÓN ÚNICA DE ADJUDICACIÓN:	15
4.2.	ESCENARIO DE DISCRECIONALIDAD JUDICIAL: LA DECISIÓN JUDICIAL. AJUSTES AUTOMÁTICOS DEL MODELO.	30
4.3.	SUBASTA PÚBLICA PARA LA OBTENCIÓN DEL PRECIO	37
5.	APLICACIÓN DEL MÉTODO AC-IN EN FASE DE LIQUIDACIÓN	39
5.1.	VIA PLAN DE LIQUIDACIÓN	39
5.2.	VÍA EXTRAORDINARIA (Art.43 y 188):	41
5.3.	CASO ESPECIAL 191.ter CON PRESENTACIÓN DE OFERTA VINCULANTE	42
6.	APLICACIÓN DEL MÉTODO AC-IN EN FASE COMÚN	43
6.1.	VÍA EXTRAORDINARIA (Art.43 y 188):	43
7.	INCONVENIENCIA DE LA APLICACIÓN DEL MÉTODO AC-IN EN FASE DE CONVENIO	44
7.1.	VENTA DE UNIDAD PRODUCTIVA COMO PARTE INTEGRANTE DEL CONVENIO	44
7.2.	VENTA DE UNIDAD PRODUCTIVA PREVIA A LA APROBACIÓN DEL CONVENIO	45
7.3.	CASO ESPECIAL: PROPUESTA DE CONVENIO ANTICIPADA	46

1. ABREVIATURAS

- **UP:** Unidad Productiva.
- **AC:** Administrador Concursal.
- **LC:** Ley Concursal.
- **ET:** Estatuto de los Trabajadores.
- **Art.:** Artículo.
- **CCM:** Crédito contra la masa.
- **TGSS:** Tesorería General de la Seguridad Social.
- **FOGASA:** Fondo de garantía salarial.
- **RM:** Resultado para la masa.
- **EPC:** Evaluación Propuesta de Convenio.
- **PV:** Plan de Viabilidad.
- **PAC:** Propuesta anticipada de Convenio.
- **PC:** Propuesta de Convenio.

- **TRMP_{UP}:** Tasa de retorno de la masa pasiva en caso de adjudicación de la Unidad Productiva.
- **TRMP_{NOUP}:** Tasa de retorno de la masa pasiva en caso de no adjudicación de la Unidad Productiva.
- **TR_{ABS}MP_{UP}:** Tasa de retorno absoluta de la masa pasiva en caso de adjudicación de la unidad productiva.

- **RM_{NOUP}:** Resultado para la masa sin transmisión de UP.
- **RM_{UP}:** Resultado para la masa con transmisión de UP.

- **C_{LI}T:** Cobros por la venta individualizada de activos.
- **C_{SD}T:** Cobro de saldos deudores.
- **C_{IND}T:** Cobro de indemnizaciones por rescisiones contractuales.
- **C_{EF.IMP}T:** Cobro por efecto impositivo en la venta de activos sin adjudicación de la Unidad Productiva.
- **C_{LI}NOUP:** Cobro por la venta individualizada de los activos no incluidos en la UP.
- **C_{SD}NOUP:** Cobro de saldos deudores no incluidos en la UP.
- **C_{IND}NOUP:** Cobro de indemnizaciones por rescisiones contractuales de contratos no incluidos en la UP.
- **C_{EF.IMP}UP:** cobros por efecto impositivo derivado de la venta de la unidad productiva.
- **C_{EF.IMP}NOUP:** cobros por efecto impositivo derivado de la venta de activos no incluidos en la unidad productiva.

- **D_{TGSS}UP:** Reducción de pasivo de la TGSS relativo a los trabajadores incluidos en la UP, tanto concursales como CCM.
- **D_{LAB}UP:** Reducción de pasivo laboral de los trabajadores incluidos en la UP.
- **D_{LAB}UP_{FGS}:** parte atendida por el Fogasa correspondiente a pasivo laboral de trabajadores incluidos en la UP.
- **D_{SUB}VOL:** Reducción de la MP por subrogación voluntaria de deudas.

- **P_{UP}**: Precio de la Unidad Productiva.
- **P_{CL}T**: Costes asociados a la liquidación (publicidad, achatarramiento, residuos, etc).
- **P_{CL}UP**: Costes asociados a la liquidación de la UP (publicidad, achatarramiento, residuos, etc).
- **P_{CLI}NOUP**: Costes asociados a la liquidación individualizada de los activos no incluidos en la UP.
- **P_{IND.LAB}T**: Indemnizaciones por rescisión de contratos laborales de toda la plantilla.
- **P_{IND.NOLAB}T**: Indemnizaciones por rescisión de contratos no laborales.
- **P_{IND.LAB}NOUP**: Indemnizaciones por rescisión de contratos laborales no incluidos en la UP.
- **P_{IND.NOLAB}NOUP**: Indemnizaciones por rescisión de contratos no laborales no incluidos en la UP.
- **P_{LAB}T**: Créditos laborales no indemnizatorios devengados durante el concurso.
- **P_{LAB}NOUP**: Créditos laborales devengados durante el concurso frente a los trabajadores no incluidos en la UP.
- **P_{EF.IMP}T**: Pagos por efecto impositivo derivado de la venta de activos sin adjudicación de la Unidad Productiva.
- **P_{EF.IMP}UP**: pagos por efecto impositivo derivado de la venta de la Unidad Productiva.
- **P_{EF.IMP}NOUP**: pagos por efecto impositivo derivado de la venta de activos no incluidos en la Unidad Productiva, pero existiendo adjudicación de la Unidad Productiva.

2. INTRODUCCIÓN

Quienes esperen de la lectura del presente estudio un tono similar a los artículos que acostumbramos a publicar en nuestro blog (<https://acinblog.wordpress.com>) pueden sentirse algo decepcionados. En este caso, nuestra voluntad es ofrecerles una visión de cómo un administrador concursal debe actuar para facilitar el objetivo previsto en la Ley Concursal "añadido" tras las últimas reformas del 2014, el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal y la inmediatamente posterior Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial. Concretamente, nos referimos al primer párrafo del epígrafe IV del inicio del RD 11/2014, que textualmente nos indica (el resaltado es nuestro): *"En materia de liquidación se modifican determinados preceptos del capítulo II del título V de la Ley Concursal con el objeto de facilitar el desarrollo de esta fase de procedimiento concursal. Se trata, como se ha expuesto previamente, de **garantizar en lo posible la continuación de la actividad empresarial, facilitando, fundamentalmente, la venta del conjunto de los establecimientos y explotaciones del concursado o de cualesquiera otras unidades productivas.**"*

Curiosamente, a medida que un administrador concursal va leyendo pausadamente todo este "Preámbulo" ya ha percibido que algo parece estar cambiando y definitivamente se queda boquiabierto cuando en el tercer párrafo del epígrafe III, tras recordarle que uno de los principios que tiene asumido, la defensa de la **pars condito creditorum**, sigue estando vigente, es más tarde postergado en favor de otros principios como el **de la continuación de la actividad** y, ya en el articulado concreto, la **salvaguarda de los puestos de trabajo**. Veamos lo que expone dicho tercer párrafo: *"No debe olvidarse, por otro lado, que **uno de los principios que debe necesariamente regir el concurso es el de "pars condito creditorum"** y que la extensión indefinida de los privilegios es una contradicción palmaria de dicho principio. Además, el resultado práctico es que los acreedores que se benefician de dichas garantías únicamente tendrán un derecho de abstención que en nada beneficiará al convenio y a la continuidad de la empresa, y que en ningún caso garantizará el cobro efectivo de su deuda, menos aún si el concursado debe ir a liquidación. Téngase en cuenta que, en caso de liquidación o incluso de ejecución singular del bien hipotecado, el acreedor recibirá como mucho el valor de la garantía. Del resto de crédito no cubierto por la garantía, no cobrará más que aquella parte que hubiera quedado indemne en el convenio, aunque muy probablemente menos en un contexto de liquidación y no de empresa en funcionamiento."*

Esto no sería relevante si no fuera porque en la propia Exposición de Motivos de la Ley Concursal y más concretamente en el octavo párrafo del expositivo II se puede leer 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.", o lo que dice el séptimo párrafo del expositivo VI: "*Aunque el objeto del concurso no sea el saneamiento de empresas, ...*".

Esta esquizofrenia legal genera, en un principio, una disfunción clara en el trabajo del administrador concursal, pues uno no sabe a qué atenerse ni cómo... Este es el motivo fundamental que nos llevó a desarrollar nuestro método AC-IN, para conseguir que **nuestro trabajo llegue objetivamente a ofrecer a los acreedores sus máximas garantías mientras se protege aquella actividad económica que pueda perdurar en el tiempo. Y en aquellos extremos en los que ambos principios colisionen de forma clara, que sea el Juez del concurso el que tome la decisión de cual debe prevalecer.** Si somos capaces de informar debidamente a acreedores, trabajadores, empresarios y jueces, la transparencia del sistema y la reducción del riesgo para los operadores permitirá liquidaciones y transacciones de mucho mayor precio de lo que hemos estado viendo hasta ahora.

Manifestamos también de entrada que no nos vamos a centrar en aspectos procedimentales en profundidad, sino en el mecanismo de actuación del AC, partiendo de la hipótesis que éste conoce en profundidad la Ley y como aplicarla.

Y ya sin extendernos más, pasamos a exponer nuestro método AC-IN, considerándolo vigente hoy y ahora, deseando que su aplicación pueda demostrar su validez y que las seguras reformas que precisa y se anuncia de nuevo no lo convierta en un efímero análisis.

(En la fecha que publicamos este documento, ya ha entrado en vigor el Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social. No ha afectado a lo que a continuación exponemos, pero bien pudiera ser que la próxima convalidación del mismo incluyera nuevas enmiendas que sí que afectaran. En ese caso, tengan claro nuestro compromiso en un rápido ajuste de nuestro modelo.)

3. PROPUESTA PARA EL CUMPLIMIENTO DEL art. 75.2.5º LEY CONCURSAL

El art. 75.2.5º de la Ley Concursal modificado por el el art. único.2.2 del Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, introduce nuevos contenidos que la Administración Concursal deberá incluir en su informe. Concretamente, indica que al informe se unirá una "valoración de la empresa en su conjunto y de las unidades productivas que la integran bajo la hipótesis de continuidad de las operaciones y liquidación". Se trata pues de una obligación más que exige de una capacidad profesional especializada y que genera no pocos quebraderos de cabeza. Considerando que este estudio pretende consolidar un método de adjudicación de UPs, creemos conveniente introducir este apartado como previa al propio método AC-IN de adjudicación, para ofrecer al AC un protocolo de actuación eficiente para el cumplimiento útil del precepto.

3.1. CONCEPTO DE UNIDAD PRODUCTIVA:

La experiencia de estos últimos años ha dado lugar a una serie de definiciones de lo que nuestro ordenamiento jurídico y la doctrina entiende como UP. No pretendemos ahora empezar a exponer toda una retahíla de artículos, autos, extensos debates o brillantes ponencias. Es evidente que no hay una clara opinión de la misma ni un consenso generalizado, ni tampoco claridad en la propia norma que lo acote, ni uniformidad en las distintas normas sobre su tratamiento. Además, continuamente aparecen conceptos como establecimiento, explotación, empresa, negocio... que se utilizan como sinónimos de UP. Buscando un rápido resumen, observamos cierto consenso al combinar LC y ET (Arts. 149.2 y DF 14ª.2 con 44 y 57bis) que acaba con aportar una primera aproximación: entidad económica que mantiene su identidad, entendida como una actividad económica esencial o accesorio.

Ante semejante dispersión, el tiempo nos ha ido encaminando a consensuar que, en términos generales, una UP es un conjunto agregado de bienes y medios humanos y materiales organizados por la actividad del empresario para operar en el mercado.

Pero no, lamentablemente, lo anterior **no encaja para la totalidad de las UPs**. De hecho, yo mismo he escrito y defendido a ultranza que para que una UP sea definida como tal, debe necesariamente incluir medios humanos. Que si una UP no está formada por ellos, no es UP, sino un mero conjunto de bienes. Pero la realidad es tozuda y al final hemos cambiado nuestra percepción inicial, ampliando y generalizando la definición. Así, para considerar que se está ante una UP, lo realmente necesario es encontrarnos ante un conjunto de bienes y/o derechos y/o trabajadores que de forma conjunta sean capaces de generar flujos de caja positivos con su funcionamiento.

Los motivos que nos llevan a defender este concepto se centran básicamente en experiencias previas, vividas o escuchadas, que nos refuerzan en nuestra posición, pero también en un análisis teórico de las diversas posibilidades por la repercusión de la introducción del 146bis en la LC por el art. único.2.3 del Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre.

Veámoslo en tres ejemplos, que definen los "tipos esenciales de UPs":

- UP "tradicional": Es en la que todos podemos pensar de forma automática: una nave industrial con su maquinaria instalada y preparada para atender los pedidos de sus clientes, con una plantilla adecuada y especializada que los realiza. Poca controversia puede generar dentro del concurso si definimos una UP de este tipo.
- UP "sin trabajadores": Sirva un ejemplo concreto: la explotación de un parque eólico o solar, con dos únicos contratos: uno con el cliente y otro con un proveedor que realiza el mantenimiento del mismo. Es capaz, sin duda, de generar flujos de caja, y su continuidad depende de que la actividad no cese y se resuelva el contrato con su único cliente, posibilidad que de forma clara permite ahora el ordenamiento con la previsión de la forzosa subrogación.
- UP "sin activos materiales": Sirva un nuevo ejemplo concreto: la explotación de una empresa de mantenimiento de ascensores, con un número determinado de contratos. El cumplimiento del servicio de mantenimiento es sin duda capaz de generar flujos de caja siempre y cuando no se interrumpa la actividad y no sean rescindidos los contratos por el cliente.

Este tipo esencial de UP tuvo su nacimiento con la introducción del menospreciado art.191.ter por el art. único.107 de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, en el que en el tercer párrafo del apartado segundo aparece "*En el auto por el que se apruebe el plan de liquidación el juez podrá acordar la resolución de los contratos pendientes de cumplimiento por ambas partes, con excepción de aquellos que se vinculen a una oferta efectiva de compra de la unidad productiva o de parte de ella*" y ha reiterado su voluntad de existir con el anteriormente comentado 146bis: "*1. En caso de transmisión de unidades productivas, se cederán al adquirente los derechos y obligaciones derivados de contratos afectos a la continuidad de la actividad profesional o empresarial cuya resolución no hubiera sido solicitada. El adquirente se subrogará en la posición contractual de la concursada sin necesidad de consentimiento de la otra parte. La cesión de contratos administrativos se producirá de conformidad con lo dispuesto por el artículo 226 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.*[]2. También se cederán aquellas licencias o autorizaciones administrativas afectas a la continuidad de la actividad empresarial o profesional e incluidas como parte de la unidad productiva, siempre que el adquirente continuase la actividad en las mismas instalaciones.
3. Lo dispuesto en los dos apartados anteriores no será aplicable a aquellas licencias, autorizaciones o contratos en los que el adquirente haya manifestado expresamente su intención de no subrogarse. Ello sin perjuicio, a los efectos

laborales, de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores en los supuestos de sucesión de empresa.

4. La transmisión no llevará aparejada obligación de pago de los créditos no satisfechos por el concursado antes de la transmisión, ya sean concursales o contra la masa, salvo que el adquirente la hubiera asumido expresamente o existiese disposición legal en contrario y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.2.

La exclusión descrita en el párrafo anterior no se aplicará cuando los adquirentes de las unidades productivas sean personas especialmente relacionadas con el concursado.” Es obvio que en interés del concurso se establece de forma clara que los contratantes de la concursada se ven obligados a mantener vigentes los contratos o licencias, a no ser que el adquirente de la UP renuncie a ellos, dejando en manos de la concursada o de la AC la posibilidad de solicitar dicha resolución previa vía Art. 61, cuya actual redacción ya se remonta a octubre de 2011. Es pues manifiestamente clara la voluntad del legislador de dar el máximo de opciones a la continuidad de la actividad. Mención especial merecen en cuanto a esta cuestión es destacar el trato a los contratos laborales. El art. 149.2 LC establece “2. Cuando, como consecuencia de la enajenación a que se refiere la regla 1.ª del apartado anterior, una entidad económica mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesoria, se considerará, a los efectos laborales y de Seguridad Social, que existe sucesión de empresa. En tal caso, el juez podrá acordar que el adquirente no se subroge en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por el Fondo de Garantía Salarial de conformidad con el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores. Igualmente, para asegurar la viabilidad futura de la actividad y el mantenimiento del empleo, el cesionario y los representantes de los trabajadores podrán suscribir acuerdos para la modificación de las condiciones colectivas de trabajo.”. Es obvio que la defensa del crédito público y de los derechos de los trabajadores debía ser considerado, y así ha sido. Aclarar la norma implica incrementar la seguridad jurídica de la operación y reducir el riesgo de la misma, con lo que el inversor requerirá para si una menor tasa de retorno, incrementando el precio de la operación, lo que redundará, sin duda en beneficio del concurso

Obsérvese que, en cada uno de las tipos esenciales de UP, **el denominador común es la actividad generadora de flujos de caja, no si son bienes, derechos o si hacen falta o no trabajadores para realizarlos o prestarlos...**

Dicho conjunto podrá integrar los siguientes elementos (que no debemos tomar como lista cerrada):

- Activos
 - Bienes
 - Derechos
 - Pedidos
 - Licencias
 - Autorizaciones administrativas
 - ...
- Contratos
 - de servicios a clientes
 - de préstamo con garantía real
 - de arrendamiento financiero
 - laborales

3.2. DETECCIÓN, DEFINICIÓN Y VALORACIÓN DE UNIDADES PRODUCTIVAS:

Cuando uno es nombrado AC en el mismo día de su nombramiento debe empezar a desplegar toda su capacidad para poder cumplir debidamente (y como mejor entienda) con lo que en la LC se le encomienda. En lo que nos interesa ahora, recordemos, el documento anexo al informe que preceptúa el Art. 75.2.5º: "*Valoración de la empresa en su conjunto y de las unidades productivas que la integran bajo la hipótesis de continuidad de las operaciones y liquidación.*" Y, desde luego, en los plazos previstos para la presentación del informe que en el mejor de los casos para el AC será de tres meses y en el peor, un mes.

Pretendemos ofrecer un esquema de nuestro protocolo que permita llevar a cabo lo encomendado para posteriormente relacionarlo con la aplicación del método de adjudicación.

Esquemáticamente, está compuesto por tres fases sucesivas:

<p>Detección Definición Valoración</p>

Así, si consideramos válido el concepto de UP definido anteriormente, el AC deberá empezar por detectar todas las posibles UPs. Puede parecer una obviedad. Pero en muchos casos puede generar un trabajo de grandiosas proporciones. Imaginemos una red de peluquerías. No una gran red, sino simplemente, cuatro peluquerías en una capital de provincia. Podríamos pensar: fácil iii: cuatro UPs, una para cada peluquería... Pero... ¿y si sabemos que dos están en el centro de la ciudad y otras dos en barrios periféricos? ...pues definimos dos UPs, centro y periferia; ¿o tres? ...centro, juntas y una por cada una de las de la periferia... Si buscamos todas las posibilidades, son las matemáticas las que nos dan la solución: podríamos contemplar perfectamente hasta veinticuatro UPs (Permutaciones ordinarias de 4 elementos = $4!$). Detectar pues 24 UPs nos hace vislumbrar un buen trabajo por delante... Pero... y si en lugar de cuatro peluquerías son cincuenta tiendas de juguetes, quieren saber las opciones? (Permutaciones ordinarias de 50 = $50!$. Ahí van: 30.414.093.201.713.400.000.000.000.000.000.000.000.000.000.000.000.000.000 millones de UPs!! Estoy seguro que nuestros habituales programas de oficina, son incapaces de aportar un informe automatizado de esta magnitud.... ¿Y, quienes de nosotros tendríamos capacidad económica para asumir el coste de realizarlo? A mayor abundamiento: en los anteriores ejemplos, sólo hemos realizado combinaciones de un tipo de variable (n° de establecimientos combinados de todas las maneras posibles). Imaginemos al AC de una gran cadena de centros comerciales generalista que entrara en concurso... el número de establecimientos y sus posibles combinaciones es evidente

que generará un número determinado de posibles UPs (aunque sea de colosales dimensiones)... Pero... ¿por qué pensamos sólo en el número de establecimientos? ¿Por qué no pensamos en su negocio de viajes, o el financiero, o el de alquiler de córners, o...? El AC se encuentra ante un indeterminable número de UPs a detectar...

Y, a todo ello, en la propia demanda ¿por qué no?, el deudor puede definir las tal y como él las interpreta, poniéndolas a disposición del AC para su valoración....

En definitiva, ante tal galimatías, al AC no le queda otra que argumentar qué UPs ha **detectado**, y las variables que ha utilizado para ello. Así, el sistema utilizado para la detección de UPs deberá ofrecerse al lector del informe para su comprensión y evaluación, entendemos que en documento anexo, estando obviamente sujeto a posibles solicitudes de aclaración que ayuden a encontrar la mejor solución del concurso.

La segunda de las decisiones que debe tomar el AC es, una vez detectadas, es **definir** qué concretas UPs procederá a valorar y sobre cuáles descartará el trabajo, explicando, de nuevo, la motivación de su decisión en documento anexo. No es una idea innovadora dentro de la LC. De hecho, se prevé en la misma no destinar esfuerzos baldíos a la disgregación de masas activas cuando su confusión es evidente (según los art. 25.2 y 25ter LC) cuando lo único que se conseguiría con ello es lastrar al concurso con costes temporales innecesarios o, quién sabe, económicos. La definición deberá ofrecer a los acreedores del concurso visión suficiente para proceder a la comparación entre lo que se podría obtener en caso de continuidad de la empresa (en la LC, "*continuidad de las operaciones*") apoyando el hipotético convenio que proponga, y lo que se podría obtener en caso de frustrarse ese convenio, incluyendo en el plan de liquidación la puesta en el mercado de esas concretas UPs definidas, para que pueda obtener perspectiva clara de la recuperación de su crédito en ambos escenarios (En la LC, "*las unidades productivas que la integran bajo la hipótesis de [...] liquidación.*" junto con el resto de activos cuya liquidación complementaría la de la UP (valores que obtiene de la atenta lectura de las valoraciones aportadas en el inventario).

Mención especial cabe expresar de lo que entendemos que la LC pretende cuando nos indica que también deberemos aportar una valoración de "las unidades productivas que la integran bajo la hipótesis de continuidad de las operaciones". A nuestro entender se trata de una situación que podríamos definir como especial, y que trataremos en un apartado concreto de este artículo. Básicamente, vemos la posibilidad de que se debe a la valoración de una posible desinversión de una UP integrada en un Plan Estratégico que incorpora un Plan de Reestructuración (operativa y/o de deuda) que precisa del concurso para que la tutela judicial y el AC le ayude a conseguirlo, deberá aportar para empezar en su informe la propia valoración de la UP definida previamente en el Plan de Reestructuración. Entendemos que es sólo en este caso donde tendremos la obligación de valorar una unidad productiva en hipótesis de continuidad.

Y para finalizar, con independencia de todas las consideraciones anteriores, en todo caso, y en toda fase común, el AC deberá **valorar**, sea cuál sea la decisión del

concurrido y su estrategia, las UPs que haya definido previamente de entre las detectadas.

Es evidente que en las fases de detección y definición de las UPs a valorar, el AC debe asumir el riesgo de acertar en lo que el mercado en cuestión considera relevante. Imaginemos que en el caso de las 50 tiendas de juguetes hubiéramos definido cada tienda como UP, cuando el mercado lo que hubiera preferido es definir las UPs agrupando tiendas por países, y no por establecimiento: las españolas, las francesas, la de NY... Ese punto de riesgo sólo podrá reducirse a base de experiencia y contactos. En todo caso, mientras el AC explique el porqué de su decisión, aún que pueda ser errónea, no tiene por qué afectar al resultado final del concurso, especialmente si aplica en su posible adjudicación nuestro Método AC-IN, puesto que las UPs definidas, como se verá, no constituyen un corsé para las UPs que finalmente serán liquidadas.

En cuanto a cómo valorar esas UPs (y la empresa en continuidad), no es este el espacio dónde desarrollarlo. Además, y adelantando pilar fundamental de nuestro Método AC-IN de adjudicación, el valor que hayamos obtenido en (casi) ninguno de los casos será objeto de debate. No es propio de economista reconocerlo, pero la clave la encontramos en una frase de un... poeta: Antonio Machado dejó en Campos de Castilla –creo- la brillante: **"Todo necio confunde valor y precio"**. Obsérvese que, en el momento de aplicación del método AC-IN, la detección y definición (y obviamente su posterior valoración no es, en ninguno de los casos, exhaustivo ni determinante, pues cualquiera, bien en proceso de alegaciones al informe de la AC o en el propio PL, puede apostar por UPs distintas..., con toda y mejor razón, e independientemente de lo detectado, definido y valorado por el AC.

Lo que sí queremos dejar de manifiesto claramente, es que el AC debe plantear la valoración de la UP como una Due Diligence de venta, pero con el perfil absolutamente en descubierto en todos aquellos datos que la LC obliga a informar. Sabemos que este punto tiene un encaje delicado con determinados aspectos de la Ley de Protección de datos o en términos de posible colisión por competencia desleal futura..., pero prevalece y es necesario y por tanto, imprescindible, que la transparencia que se exige en todo el cuerpo legal relacionado con la insolvencia, desde el inicio y en cada una de las reformas, deba ser máxima, con lo que debemos aceptar el acabar observando como interesados en el concurso a cualquier agente, de inicio. La concepción de "agente" es a su vez, difusa. ¿Es agente el adquirente? ¿O lo es su asesor legal o económico? Puesto que en determinados niveles es posible que no exista agente adquirente sin asesor legal o económico... y a esos niveles de asesoramiento es sencillo el conflicto de interés... ¿cómo lo podremos acotar? En tal sentido, establecemos como salvaguarda que para que un interesado no personado pueda revisar la documentación, deberá ser autorizado a tal efecto, asumiendo en el momento de convertirse en usuario, un **contrato de adhesión modelo** que le obligará no tan sólo a la confidencialidad que todos estos procesos precisan sino también a la aceptación de no utilizar ningún tipo de documentación en beneficio propio perjudicando al concurso por la identificación de know-how que de la información pueda manifestarse. Este contrato de adhesión será desarrollado y

evolucionado en función de las propias características del concurso, excediendo a los límites de este estudio dicho desarrollo. No dudemos, en ninguno de los casos, de la importancia de su concreta aportación, ni de la profundidad de desarrollo que el mismo se merece, incluyendo tanto aceptación de posibles cláusulas penales derivadas del uso inapropiado de la documentación como habilitación expresa del legitimado a la posta no adquirente final de ser demandado por el adjudicado en caso de uso inadecuado de la documentación expresa. De esta manera, los distintos documentos que se aportarán junto con el informe y el PL, y el propio informe y el PL deberán dar la misma información que precisaría un operador para adquirir una empresa o unidad de negocio fuera del ordenamiento concursal. De la misma manera, se debe prever en el contrato de adhesión que todo adherido acepta que se le entregue al adjudicatario final la lista concreta de todos aquellos que han accedido a la documentación a los efectos de seguridad en la transacción.

Se observa, pues, de todo ello que la valoración de las UPs tiene una relevancia relativa respecto al precio final de adjudicación. Las UPs valoradas en el informe de la Administración Concursal podrán ser definidas de forma distinta a las que finalmente reciban oferta y se adjudiquen. No entendemos que este hecho pueda constituir un error o que responda a ningún mal planteamiento.

4. DESARROLLO TEÓRICO DEL MÉTODO AC-IN de ADJUDICACIÓN DE UNIDADES PRODUCTIVAS

El método AC-IN pretende dar un instrumento indubitable, eficiente y transparente para que pueda ser usado por todos los intervinientes en la posible adjudicación de una unidad productiva en concurso.

4.1. CONDICIÓN ÚNICA DE ADJUDICACIÓN:

La unidad productiva se adjudicará siempre y cuando el resultado de su transmisión genere una mayor recuperación de las deudas para los acreedores que en caso de no adjudicación. Es decir, la tasa de retorno del pasivo para el caso de adjudicación de la unidad productiva deberá ser superior que para el caso de no adjudicación.

Avanzábamos anteriormente que nuestro método AC-IN no contempla para la adjudicación las valoraciones y ahora añadimos que tampoco precisa de las definiciones de las UP propuestas de antemano por el AC. Obviamente puede parecer incongruente, pero veremos, al final de su desarrollo, que realmente, no son precisas. En todo caso, la libertad y la seguridad que esto aporta al trabajo del AC para comenzar, y del Juez para continuar, junto con la tranquilidad que otorga ante los acreedores ofrecer una transparencia absoluta, debe servir para que entre todos lo adoptemos como **LA** manera de adjudicar UPs. Como cuando un actor o actriz añade el artículo delante de su nombre: "La Callas, El Robert de Niro...". Obsérvese que en la definición de la CONDICIÓN ÚNICA DE ADJUDICACIÓN no existe restricción alguna a ajustar el perímetro de la UP a lo detectado y definido por el AC, y mucho menos, a su valoración.

Entrando en materia, observemos el siguiente cuadro:

	SIN ADJUDICACIÓN UP	Código	CON ADJUDICACIÓN UP	Código
COBROS	Cobros por la venta individualizada de activos.	$C_{LI}T$	Precio de la Unidad Productiva.	P_{UP}
	Cobro de saldos deudores.	$C_{SD}T$	Cobro por la venta individualizada de los activos no incluidos en la UP.	$C_{LI}NOUP$
	Cobro de indemnizaciones por rescisiones contractuales.	$C_{IND}T$	Cobro de saldos deudores no incluidos en la UP.	$C_{SD}NOUP$
	Cobros por efecto impositivo derivado de la venta de activos.	$C_{EF.IMP}T$	Cobro de indemnizaciones por rescisiones contractuales de contratos no incluidos en la UP.	$C_{IND}NOUP$
			Reducción de pasivo de la TGSS relativo a los trabajadores incluidos en la UP, tanto concursales como CCM.	$D_{TGSS}UP$
			Reducción de pasivo laboral de los trabajadores incluidos en la UP excepto, en su caso, por la parte atendida por el Fogasa.	$[D_{LAB}UP - D_{LAB}UP_{FGS}]$
			Reducción de la MP por subrogación voluntaria de deudas.	$D_{SUB}VOL$
PAGOS			Cobros por efecto impositivo derivado de la transmisión de la Unidad Productiva.	$C_{EF.IMP}UP$
			Cobros por efecto impositivo derivado de la transmisión de activos no incluidos en la Unidad Productiva.	$C_{EF.IMP}NOUP$
	Pagos de costes asociados a la liquidación (publicidad, achatarramiento, residuos, etc.).	$P_{CL}T$	Costes asociados a la liquidación de la UP (publicidad, etc.).	$P_{CL}UP$
	Pagos de indemnizaciones por rescisión de contratos laborales de toda la plantilla.	$P_{IND.LAB}T$	Costes asociados a la liquidación individualizada de los activos no incluidos en la UP.	$P_{CLI}NOUP$
	Pagos por indemnizaciones por rescisión de contratos no laborales.	$P_{IND.NOLAB}T$	Indemnizaciones por rescisión de contratos laborales no incluidos en la UP.	$P_{INDLAB}NOUP$
	Pagos de créditos laborales no indemnizatorios devengados durante el proceso de adjudicación.	$P_{LAB}T$	Indemnizaciones por rescisión de contratos no laborales no incluidos en la UP.	$P_{INDNOLAB}NOUP$
	Pagos por efecto impositivo fruto de la transmisión de activos.	$P_{EF.IMP}T$	Créditos laborales devengados durante el concurso frente a los trabajadores no incluidos en la UP.	$P_{LAB}NOUP$
		Pagos por efecto impositivo fruto de la transmisión de la Unidad Productiva.	$P_{EF.IMP}UP$	
		Pagos por efecto impositivo fruto de la transmisión de activos no incluidos en la Unidad Productiva.	$P_{EF.IMP}NOUP$	

Se trata de una tabla de doble entrada que define todas las variables de cobros y pagos que nos podemos encontrar dentro del concurso en el escenario de adjudicación de una (o varias) UP(s) o en el caso de no adjudicación (nos hemos permitido la licencia de denominar cada una de las variables para mejor trato en el método AC-IN). Repasémoslo en cada escenario, aclarando los conceptos a los que se refiere cada una de ellas:

- En el caso de **NO adjudicación de UP**: situación en el concurso en la que se opta por NO adjudicar UP(s).
 - o **Cobros**: que efectivamente se incorporan a la masa del concurso.
 - **Cobros por la venta individualizada de activos**: Cobros concretos por cada uno de los activos liquidados. En los casos de liquidación de la concursada y cese de la actividad, conceptualmente deberemos incluir en este epígrafe los activos no corrientes, pero no en su definición estricta prevista en el Plan General de Contabilidad sino incorporando a los mismos las existencias, de cualquier tipo.
 - **Cobro de saldos deudores**: Cobros derivados de los activos corrientes (teniendo en cuenta el ajuste anterior), sin considerar los que ya son líquidos.
 - **Cobro de indemnizaciones por rescisiones contractuales**: Cobros derivados de indemnizaciones por rescindir antes de tiempo un contrato vigente (por deseo expreso del contratante y aceptación del mismo en el concurso).
 - **Cobro por efecto impositivo**: cobros procedentes del efecto impositivo de la venta de activos. Podemos pensar, por ejemplo, en una venta que esté afecta al Impuesto sobre el Valor Añadido que no contemple inversión del sujeto pasivo...
 - o **Pagos**: Identificamos aquellos pagos que definimos como créditos contra la masa vinculados directamente al proceso de adjudicación de activos, sin adjudicación de la Unidad Productiva:
 - **Pagos de costes asociados al proceso de adjudicación**: Incorporamos en este epígrafe los pagos referidos a publicidad del proceso o los derivados de la inexistencia de adquirentes para determinados activos sin valor de mercado, como pueden ser los de achatarramiento o tratamiento de residuos...
 - **Pagos de indemnizaciones por rescisión de contratos laborales de toda la plantilla**: Nos referimos a la extinción definitiva de los contratos laborales de la plantilla activa en el momento de aplicación del método AC-IN de adjudicación. Será un pago a considerar habitual, pero no siempre existirá (ver el caso de aplicación del método AC-IN en fase común).

- Pagos de indemnizaciones por rescisión de contratos no laborales: De la misma manera que el anterior, no siempre existirá.
 - Pagos de créditos laborales no indemnizatorios devengados durante el proceso de adjudicación: Hemos de considerar que en las ocasiones en las que se esté aplicando el método en UPs de tipo UP "tradicional" o UP "sin activos materiales", la actividad de la deudora muy probablemente no esté cesada. Y bien pudiera darse el caso que no disponiendo de masa en el concurso para mantenerla, las expectativas de que una UP sea adjudicada sean positivas para el AC y decida arriesgar en la generación de estos CCMs.
 - Pagos por efecto impositivo: los derivados de las obligaciones fiscales correspondientes a las distintas operaciones que pueden aparecer en el proceso. Podemos pensar en el Impuesto Municipal sobre el incremento del valor de los terrenos (plusvalía municipal) en el caso que no se transfiera al adquirente, en el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados (AJD), el propio Impuesto sobre Sociedades...
- En el caso de **adjudicación de UP**: situación en el concurso en la que se opta por SI adjudicar UP(s).
 - Cobros: que efectivamente se incorporan a la masa del concurso.
 - Precio de la UP: Concretamente es la parte dineraria que efectivamente ha propuesto el mejor ofertante por la adquisición de la concreta UP. Entendemos como tal toda oferta en efectivo que se incorpore a la masa del concurso.
 - Cobro por la venta individualizada de los activos no incluidos en la UP: Cobros concretos por cada uno de los activos liquidados que no han quedado incluidos en la definición de la UP de la que se pretenda su adjudicación. Recordemos que en determinados casos incluimos en este epígrafe los activos no corrientes y las existencias de cualquier tipo.
 - Cobro de saldos deudores no incluidos en la UP: Cobros derivados de los activos corrientes (teniendo en cuenta el ajuste anterior), sin considerar los que ya son líquidos.
 - Cobro de indemnizaciones por rescisiones contractuales de contratos no incluidos en la UP: Cobros derivados de indemnizaciones por rescindir antes de tiempo un contrato vigente (por deseo expreso del contratante y conformidad LC).
 - Reducción de pasivo de la TGSS relativo a los trabajadores incluidos en la UP, tanto concursales como CCM: No se trata de un cobro en el sentido estricto. Es decir, que no se ingresa a la masa directamente líquido alguno. Sin embargo, las implicaciones legales de la adjudicación de la UP junto con la aprobación de las cláusulas precisas en el modelo de

adjudicación permiten considerar que el hecho que el adquirente responda de estos pasivos fuera del concurso viene a ser lo mismo que considerar que este importe está incluido en el precio ofertado pero que, en lugar de incorporarse a la masa y que sea ésta quien, previo reparto, proceda al pago de esta deuda, pues lo haga directamente el adquirente.

- **Reducción de pasivo laboral de los trabajadores incluidos en la UP excepto, en su caso, por la parte atendida por el Fogasa:** En el mismo sentido que el anterior concepto, pero en este caso, relacionado con la deuda laboral.
 - **Reducción de la MP por subrogación voluntaria de deudas** (art. 146bis o 155.4 LC, por ejemplo): En el mismo sentido que los dos anteriores. Podemos pensar por ejemplo, en que la UP adjudicada incluya activos sujetos a algún tipo de privilegio especial. Previa aceptación del acreedor, esta deuda desaparecerá de la MP y será atendida fuera del concurso, de conformidad a la previa aceptación por parte del acreedor. Es asimilable este tipo de situaciones a las anteriormente comentadas en cuanto al cálculo se refiere. Pero no pensemos necesariamente en acreedores privilegiados. Bajo la óptica de AC-IN, cualquier tipo de acreedor, con las debidas prevenciones, podría ser imprescindible para continuar un proyecto empresarial, y no podría no haber distinta opción que un pago íntegro del mismo fuera del ámbito del concurso. Entendemos que puede ser una cuestión controvertida, pero no descartable (pensemos en un proveedor titular de una patente exclusiva, que no quiere seguir con el cliente concursado si no ve cubierto su riesgo).
 - **Cobros por efecto impositivo derivado de la transmisión de la UP:** los créditos fiscales derivados de la venta de la UP.
 - **Cobros por efecto impositivo derivado de la transmisión de activos no incluidos en la UP:** aparecerán en los casos en los cuales, aunque exista transmisión de la UP, algunos activos de la empresa no se hallen incluidos en ella. Cuando se liquiden dichos activos se podrán producir cobros por esta causa.
- **Pagos:**
- **Pagos de costes asociados al proceso de adjudicación:** Incorporamos en este epígrafe los pagos genéricos referidos a publicidad del proceso o los derivados de la inexistencia de adquirentes para determinados activos sin valor de mercado no incluidos en la UP, como pueden ser los de achatarramiento o tratamiento de residuos...
 - **Pagos de costes asociados a la liquidación individualizada de los activos no incluidos en la UP.** Es posible que la AC deba incurrir

en nuevos costes en el caso de que algún activo quede fuera del perímetro de la UP.

- **Pagos de indemnizaciones por rescisión de contratos laborales no incluidos en la UP.** Nos referimos a la extinción definitiva de los contratos laborales de la plantilla activa que no ha sido incorporada a la UP adjudicada. Será un pago a considerar habitual, pero no siempre existirá (ver el caso de aplicación del método AC-IN en fase común).
- **Indemnizaciones por rescisión de contratos no laborales no incluidos en la UP.** De la misma manera que el anterior, no siempre existirá.
- **Pagos de Créditos laborales no indemnizatorios devengados durante concurso frente a los trabajadores no incluidos en la UP.** Hemos de considerar que en las ocasiones en las que se esté aplicando el método en UPs de tipo UP "tradicional" o UP "sin activos materiales", la actividad de la deudora muy probablemente no esté cesada. Y bien pudiera darse el caso que no disponiendo de masa en el concurso para mantenerla, las expectativas de que una UP sea adjudicada sean positivas para el AC y decida arriesgar en la generación de estos CCMs.
- **Pagos por efecto impositivo derivado de la venta de la UP:** los derivados de las obligaciones fiscales correspondientes a las distintas operaciones que pueden aparecer en el proceso.
Pagos por efecto impositivo fruto de la transmisión de activos no incluidos en la UP: los derivados de las obligaciones fiscales correspondientes a las distintas operaciones que pueden aparecer en el proceso.

Una vez definidas las variables, pasamos a desarrollar la base de cálculos para la adjudicación:

Para empezar, consideramos que la diferencia entre cobros y pagos queda definida como **Resultado para la Masa**, esto es, aquello que quedará a disposición para pago de la Masa Pasiva Concursal (y de los créditos contra la masa, si los hubiere). En ambos escenarios (adjudicación – NO adjudicación UP), este resultado para la masa lo utilizaremos para la comparación de las **tasas de retorno**, como se verá. Así:

El **resultado para la masa sin transmisión de UP** lo identificamos como **RM_{NOUP}**, y se obtendría, según lo definido y observando las variables de la tabla, con el siguiente cálculo:

$$\begin{aligned} & \mathbf{RM_{NOUP} =} \\ & = C_{LI}T + C_{SD}T + C_{IND}T + C_{EF.IMP}T - [P_{CL}T + P_{IND.LAB}T + P_{IND.NOLAB}T + P_{LAB}T + P_{EF.IMP}T] \end{aligned}$$

El **resultado para la masa con transmisión de UP** lo identificamos como **RM_{UP}**, y se obtendría, según lo definido, con el siguiente cálculo:

$$\begin{aligned} \mathbf{RM_{UP} =} & P_{UP} + C_{LI}NOUP + C_{SD}NOUP + C_{IND}NOUP + D_{TGSS}UP + (D_{LAB}UP - D_{LAB}UP_{FGS}) + \\ & D_{SUBVOL} + C_{EF.IMP}UP + C_{EF.IMP}NOUP - [P_{CL}UP + P_{CLI}NOUP + P_{INDLAB}NOUP + \\ & P_{INDNOLAB}NOUP + P_{LAB}NOUP + P_{EF.IMP}UP + P_{EF.IMP}NOUP] \end{aligned}$$

Definido el resultado para la masa en ambos escenarios, pasamos a definir qué entendemos como **tasa de retorno de la masa pasiva**: el cociente entre el resultado obtenido para la masa y el pasivo total del concurso. Es un concepto que consideramos "intuitivo": lo que se ingresa respecto al total de la deuda es la tasa de retorno de ésta.

Así, la **tasa de retorno de la masa pasiva en caso de no adjudicación de la unidad productiva**, que identificaremos como **TRMP_{NOUP}**, corresponderá al cociente entre el resultado obtenido por los activos individualizados y el pasivo total del concurso. Su fórmula:

$$\mathbf{TRMP_{NOUP} = RM_{NOUP} / MP}$$

Y de la misma manera, la **tasa de retorno de la masa pasiva del concurso en caso de adjudicación de la unidad productiva**, identificada como $TRMP_{UP}$, corresponderá al cociente entre el resultado obtenido para la masa y el pasivo total atendido dentro del concurso. Obsérvese que el denominador ha variado. **El Método AC-IN infiere como hipótesis cierta el que toda aquella deuda que los acreedores del concurso puedan obtener del adquirente de la UP, la recuperarán de éste. El Método AC-IN impone como condición que la adjudicación se perfeccione en el momento que el adjudicatario demuestre el pago de esas deudas, además de su renuncia expresa a la repetición contra la concursada**, como se verá en el apartado concreto.

$$TRMP_{UP} = RM_{UP} / [MP - D_{TGSSUP} - (D_{LABUP} - D_{LABUPFGS}) - D_{SUBVOL}]$$

Obtenidas las dos tasas de retorno, podrá observarse directamente si se cumple o no la fórmula para la **CONDICIÓN ÚNICA DE ADJUDICACIÓN**:

$$TRMP_{UP} > TRMP_{NOUP}$$

De la lectura y aplicación de lo anterior, se infiere una de las principales características que el método AC-IN defiende: para adjudicar una UP, en el escenario que sea, **debe permitirse recibir ofertas individuales por los activos que la conforman a la vez que se reciben ofertas por la UP**. No es defendible ningún proceso que convierta en fases sucesivas la recepción de ofertas por UP y por activos individualizados, pues no es posible determinar con seguridad qué es más beneficioso para el concurso sin la concurrencia de ambos procesos en paralelo.

Llegados a este punto, creemos que lo mejor es exponer una sucesión de ejemplos teóricos, lo más sencillos posibles, para consolidar lo expuesto en el método AC-IN: Imaginemos una sociedad, a la que llamaremos "MANDONGUILLA", concursada con una composición de inventario, de deuda y plantilla como la que sigue. En la columna de activo se indica que su inventario está formado por dos elementos concretos. En la columna del pasivo se detalla qué deuda corresponde a la TGSS y al resto. En la columna de los trabajadores, se identifican los cinco del ejemplo por categorías, y se indica su coste de indemnización previsto a la fecha de adjudicación:

ACTIVO	PASIVO		TRABAJADORES	
Nave Industrial	Deuda TGSS	20	A - Administrativo	1
Maquinaria	Resto deuda	80	B - Operario	3
			C - Operario	3
			D - Operario	3
			E - Comercial	5
	Total	100	Total	15

Obviamente, la empresa se encuentra en actividad y se procede a adjudicar o no, una UP como solución del concurso. Para ello, la AC ha propuesto el **uso del método AC-IN**.

En el plazo previsto, se recibe como resumen de las mejores ofertas para la adquisición de los activos, lo siguiente:

ACTIVO	
Nave Industrial	30
Maquinaria	5

Con lo cual, el **resultado para la masa sin transmisión de UP (RM_{NOUP}) sería de 20**. Si recordamos la fórmula:

$$RM_{NOUP} = C_{LI}T + C_{SD}T + C_{IND}T - [P_{CLI}T + P_{IND.LAB}T + P_{IND.NOLAB}T + P_{LAB}T]$$

En nuestro ejemplo tenemos:

$C_{LI}T = 35$ (Cobro por la venta de los activos individualizados)

$P_{IND.LAB}T = 15$ (Indemnizaciones por rescisión de contratos laborales de toda la plantilla.)

Siendo nulo el valor del resto de las variables,

$$RM_{NOUP} = 35 - [15] = 20$$

En el mismo plazo de tiempo recibimos una oferta para adquirir la siguiente UP, que libremente el ofertante, al que llamaremos WORKEANDO, define como lo que aparece en la izquierda de la tabla, y como pago al concurso, o sea, precio de la UP, lo que consta en la derecha:

UP (WORKEANDO)	
Maquinaria	7
Trabajadores: B, C y D, (operarios).	

Calculemos pues el **resultado para la masa con transmisión de UP** (RM_{UP}). Recordemos la fórmula:

$$RM_{UP} = P_{UP} + C_{LI}NOUP + C_{SD}NOUP + C_{IND}NOUP + D_{TGSS}UP + (D_{LAB}UP - D_{LAB}UP_{FGS}) + D_{SUBVOL} - [P_{CL}UP + P_{CLI}NOUP + P_{INDLAB}NOUP + P_{INDNOLAB}NOUP + P_{LAB}NOUP]$$

En nuestro ejemplo tenemos:

$P_{UP} = 7$ (precio ofertado por la UP definida)

$C_{LI}NOUP = 30$ (Cobro por la venta individualizada de los activos no incluidos en la UP).

$D_{TGSS}UP = 12$ (Reducción de pasivo de la TGSS relativo a los trabajadores incluidos en la UP, tanto concursales como CCM)

Para este valor necesitaremos conocer el desglose de la deuda de la TGSS para cada uno de los trabajadores. En nuestro ejemplo, la **deuda TGSS asociada a cada uno de los trabajadores** es como sigue:

DESGLOSE DEUDA TGSS	
A – Administrativo	1,33
B - Operario	4,00
C – Operario	4,00
D - Operario	4,00
E – Comercial	6,67
Total	20,00

Teniendo en cuenta que la oferta incluye a los trabajadores B, C y D (operarios), la deuda asociada a los mismos es 12 (del total de 20). AC-IN, por el momento, **defendemos la interpretación que la aplicación del art. 149.2 se refiere únicamente a las deudas de la TGSS relativas a los trabajadores incluidos en la UP, y así está definido en el Método AC-IN.** Las interpretaciones jurisprudenciales son diversas y crecientes en número con el paso del tiempo. **En el caso que finalmente se opte desde instancias superiores por que el adquirente deba afrontar la totalidad de la deuda, el Método AC-IN seguirá siendo el mismo, aunque D_{TGSSUP} se convertirá en D_{TGSS} y desaparecerá de la Masa pasiva de totalidad de la deuda de la TGSS.** Demos ese tiempo.

$P_{INDNOLABNOUP} = 6$ (Indemnizaciones por rescisión de contratos no laborales no incluidos en la UP). Que corresponde a las indemnizaciones del personal administrativo y del comercial.

Siendo nulo el valor del resto de las variables,

$$RM_{UP} = 7 + 30 + 12 - [6] = 43$$

¿Y qué ocurre con las **tasas de recuperación**?

Empecemos por el cálculo de la **tasa de recuperación en caso de no adjudicación de UP**. Si recordamos la fórmula:

$$TRMP_{NOUP} = RM_{NOUP} / MP$$

En nuestro ejemplo:

$$TRMP_{NOUP} = 20/100 = 20\%$$

¿Cómo interpretamos lo anterior? **Que los acreedores del concurso recuperarán un 20% del total de su deuda, en el caso de no adjudicación de ninguna UP.**

Calculemos ahora la **tasa de recuperación en caso de adjudicación de UP** para la oferta presentada por WORKEANDO. Recordemos la fórmula:

$$\mathbf{TRMP_{UP} = RM_{UP} / [MP - D_{TGSSUP} - (D_{LABUP} - D_{LABUP_{FGS}}) - D_{SUBVOL}]}$$

En nuestro ejemplo:

$$\mathbf{TRMP_{UP} = 43 / [100 - 12] = 43/88 = 48.86\%}$$

¿Cómo lo interpretamos? **Pues que si se adjudica la UP definida a este precio, la recuperación de la deuda de los acreedores será del 48.86%. Siendo por tanto superior a la que obtienen en la venta sin adjudicación de UP, automáticamente se le adjudicará. Obsérvese que a pesar de que la UP no incorpora la nave industrial, esto no afecta a la decisión de la AC, pues en ambos escenarios, tanto el de adjudicación como el de no adjudicación, la nave será liquidada en su debido momento, incorporándose lo obtenido a la masa.**

Imaginemos también que durante el mismo periodo de ofertas, aparece otro ofertante, al que llamaremos FAMILY, para otra UP. En este caso, decide ofertar por:

UP (FAMILY)	
Nave	3
Maquinaria	
Trabajadores: B, C, D (operarios) y E (Comercial)	

Repetimos el proceso de cálculo anterior:

$P_{UP} = 3$ (precio ofertado por la UP definida)

$C_{LiNOUP} = 0$ (Cobro por la venta individualizada de los activos no incluidos en la UP). Ambos activos están incluidos en la UP.

$D_{TGSSUP} = 18.67$ (Reducción de pasivo de la TGSS relativo a los trabajadores incluidos en la UP, tanto concursales como CCM)

$P_{INDNOLABNOUP} = 1$ (Indemnizaciones por rescisión de contratos no laborales no incluidos en la UP).

$$RM_{UP} = 3 + 0 + 18.67 - [1] = 20.67$$

Y en lo referente a la tasa de recuperación:

$$TRMP_{UP} = 20.67 / [100 - 18.67] = 20.67 / 81.33 = 25.41\%$$

Que podemos interpretar que aun siendo mejor que la venta sin unidad productiva, con lo cual bien pudiera adjudicarse, la tasa de recuperación en la propuesta definida por WORKEANDO es superior, con lo que le sería adjudicada.

Y para terminar, imaginemos que durante el periodo de ofertas, aparece otro ofertante, CHINO, para otra UP. En este caso, decide ofertar por:

UP (CHINO)	
Nave	25
Trabajador: A (Administrativo)	

Repetimos el proceso de cálculo anterior para el resultado para la masa en caso de contemplar dicha oferta:

$P_{UP} = 25$ (precio ofertado por la UP definida)

$C_{LiNOUP} = 5$ (Cobro por la venta individualizada de los activos no incluidos en la UP). Ambos activos están incluidos en la UP.

$D_{TGSSUP} = 1.33$ (Reducción de pasivo de la TGSS relativo a los trabajadores incluidos en la UP, tanto concursales como CCM)

$P_{INDNOLABNOUP} = 14$ (Indemnizaciones por rescisión de contratos no laborales no incluidos en la UP).

$$RM_{UP} = 25 + 5 + 1.33 - [14] = 17.33$$

Y respecto de la tasa?

$$TRMP_{UP} = 17.33 / [100 - 1.33] = 17.33 / 98.66 = 17.56\%$$

En esta oferta, a diferencia de las dos anteriores, queda claro que los acreedores del concurso recuperarán mayor importe en el caso de no adjudicación que de adjudicación. Obviamente, el conjunto de los resultados indica que de forma automática debiera adjudicarse la UP que ha definido WORKEANDO y liquidar el resto de activos para el pago de los acreedores. Pero si sólo se hubiese presentado ésta, la decisión del AC sería la de no adjudicación de la UP, aunque con un matiz que desarrollamos en el siguiente apartado.

Creemos que los anteriores ejemplos son suficientes para comprender el funcionamiento básico del Método AC-IN de adjudicación. Obsérvese que la libertad del ofertante en la definición del perímetro de la UP y posterior oferta permite infinidad de posiciones ante un mismo negocio. Y el Método es capaz de discriminar cuál de ellas ofrece la mejor tasa de recuperación para la masa pasiva.

Pero además el Método permite que puedan darse ofertas y compararse, para UPs que sean complementarias entre ellas. Es decir, que los elementos que cada respectivo perímetro incorpora no colisionen entre ellos. O sea, que se pueda dar el caso de estudiar la adjudicación de varias UPs en el mismo acto. Ello es tan sencillo como generalizar la fórmula de la tasa de recuperación en caso de adjudicación de UP como:

$$\mathbf{TRMP_{UPn} = \sum RM_{UPn} / [MP - D_{TGSSUP} - (D_{LABUP} - D_{LABUPFGS}) - D_{SUBVOL}]}$$

siendo el subíndice "n" el correspondiente a tantas "n UPs" definidas y ofertadas en firme.

4.2. ESCENARIO DE DISCRECIONALIDAD JUDICIAL: LA DECISIÓN JUDICIAL. AJUSTES AUTOMÁTICOS DEL MODELO:

La simpleza del ejemplo que hasta ahora hemos desarrollado para MANDOGUILLA esconde un detalle que deriva de la esquizofrenia legislativa plasmada en frankesteniana LC. Proponemos hacer algunas modificaciones al ejemplo y veamos qué ocurre:

Para empezar, imaginemos que la estructura del pasivo es distinta a la inicialmente presentada. Concretamente, ahora es como sigue:

PASIVO	
Deuda TGSS	60
Resto deuda	40
Total	100

Y el desglose de esa deuda por trabajador, el siguiente:

DESGLOSE DEUDA TGSS	
A – Administrativo	5,00
B - Operario	12,00
C – Operario	12,00
D - Operario	12,00
E – Comercial	19,00
Total	60,00

En el plazo previsto, se recibe como resumen de las mejores ofertas para la adquisición de los activos, en lugar de lo anterior, lo siguiente, que como vemos, es superior:

ACTIVO	
Nave Industrial	40
Maquinaria	6

Todos los cálculos serán exactamente los mismos. Así, **el resultado para la masa sin transmisión de UP (RM_{NOUP})** lo calcularíamos:

$$RM_{NOUP} = C_{LI}T + C_{SD}T + C_{IND}T - [P_{CLI}T + P_{IND.LAB}T + P_{IND.NOLAB}T + P_{LAB}T]$$

Donde:

$C_{LI}T = 46$ (Cobro por la venta de los activos individualizados)

$P_{IND.LAB}T = 15$ (Indemnizaciones por rescisión de contratos laborales de toda la plantilla.)

Siendo nulo el valor del resto de las variables, por lo que

$$RM_{NOUP} = 46 - [15] = 31$$

E imaginemos que sólo recibimos una nueva oferta por parte del CHINO; con distinta definición y precio a la del primer ejemplo:

UP (CHINO)	
Nave	5
Maquinaria	
Trabajadores: A (Administrativo) y E (Comercial)	

Repetimos el proceso de cálculo anterior:

$P_{UP} = 5$ (precio ofertado por la UP definida)

$C_{LiNOUP} = 0$ (Cobro por la venta individualizada de los activos no incluidos en la UP).

$D_{TGSSUP} = 24$ (Reducción de pasivo de la TGSS relativo a los trabajadores incluidos en la UP, tanto concursales como CCM)

$P_{INDNOLABNOUP} = 9$ (Indemnizaciones por rescisión de contratos no laborales no incluidos en la UP).

$$RM_{UP} = 5 + 0 + 24 - [9] = 20$$

Pasemos al cálculo de las tasas para comprobar la condición:

$$TRMP_{NOUP} = RM_{NOUP} / MP$$
$$TRMP_{UP} = RM_{UP} / [MP - D_{TGSSUP} - (D_{LABUP} - D_{LABUPFGS}) - D_{SUBVOL}]$$

Y comprobemos si se cumple la condición:

$$TRMP_{UP} > TRMP_{NOUP}$$

Empecemos por el cálculo de la tasa de recuperación en caso de no adjudicación de UP.

$$TRMP_{NOUP} = 31/100 = 31\%$$

Y ahora veamos la tasa de recuperación que se obtienen para la definición y oferta de CHINO:

$$TRMP_{UP} = 20 / [100 - 24] = 20/76 = 26.32\%$$

¿Cómo interpretamos lo anterior? En el sentido estricto de nuestro modelo, quedaría aparentemente tomada la decisión de que no se optara por la adjudicación de la UP pues sin ello, los acreedores del concurso recuperarían un importe algo superior.

Pero en este punto estamos en lo que denominamos la zona de discrecionalidad judicial que debe despejarse. En el momento en el que el AC observa que en cualquier caso $TRMP_{UP} < TRMP_{NOUP}$, debe proseguir en su análisis. El modelo contempla que cuando se dé: $TRMP_{UP} > TRMP_{NOUP}$, entonces se adjudicará siempre y de forma directa, pero en cambio no es cierto que si se da $TRMP_{UP} < TRMP_{NOUP}$ no pueda producirse la adjudicación igualmente. Des del punto de vista estricto del concurso, $TRMP_{UP}$ es un dato cierto. Pero en realidad no refleja el porcentaje de deuda total del concurso que los acreedores acaban cobrando. Cuando definimos la fórmula en nuestro modelo:

$$TRMP_{UP} = RM_{UP} / [MP - D_{TGSSUP} - (D_{LABUP} - D_{LABUP_{FGS}}) - D_{SUBVOL}]$$

Indicamos que D_{TGSSUP} (Reducción de pasivo de la TGSS relativo a los trabajadores incluidos en la UP, tanto concursales como CCM), $D_{LABUP} - D_{LABUP_{FGS}}$ (Reducción de pasivo laboral de los trabajadores incluidos en la UP excepto, en su caso, por la parte atendida por el Fogasa.) y D_{SUBVOL} (Reducción de la MP por subrogación voluntaria de deudas.)

cobrarían directamente del adquirente de la UP, con lo que en ningún caso cobrarían del concurso. Esto indica que los valores que corresponden a estas partidas efectivamente han cobrado, aunque esto no se refleja en la $TRMP_{UP}$

El siguiente cálculo que debe efectuar el AC es pues el de la **Tasa de retorno absoluta de la masa pasiva en caso de adjudicación de la unidad productiva** que definimos como el cociente entre el resultado obtenido para la masa mas el importe de la deuda atendida fuera del concurso y el pasivo total del concurso. Su fórmula es la siguiente:

$$TR_{ABSMP}_{UP} = [RM_{UP} + D_{TGSSUP} + (D_{LABUP} - D_{LABUP_{FGS}}) + D_{SUBVOL}] / MP$$

En nuestro último ejemplo:

$$RM_{UP} = 20$$

$$D_{TGSSUP} = 24$$

Con lo que:

$$TR_{ABSMP}_{UP} = [20+24] / 100 = 44\%$$

que interpretamos de forma natural como el porcentaje total de la deuda del concurso que la adjudicación de la UP en las condiciones del Método AC-IN recupera de la deuda total.

Obsérvese que en este punto parecería lógico adjudicar la UP aunque no se cumpla la condición del modelo. Pero esta decisión no puede corresponder al AC, sino que consideramos que debe ser sometida a discrecionalidad judicial. Debe ser un Juez quién decida qué es preferible en interés del concurso, si adjudicar la UP definida, salvaguardando actividad y puestos de trabajo, admitiendo la rotura de la pars conditio creditorum en la que unos salen más beneficiados que otros o, por el contrario, no adjudicar la UP definida y que todos recuperen por igual. Así pues, en el caso de encontrarnos que tras el análisis de la zona de discrecionalidad judicial $TR_{ABS}MP_{UP} > TRMP_{NOUP}$ la AC informará de esos cálculos al Juez para que decida.

En las condiciones de la adjudicación deberá quedar claramente definida cuando es tomada la decisión judicial, si en el propio Auto de autorización de adjudicación mediante el Método AC-IN, en la que toma parte por una de las dos posibles posiciones, o si, alternativamente, difiere esa decisión al final del proceso, tras la aportación del preceptivo informe de la AC al resultado del proceso. Hemos de considerar posible que el juez desee reservarse esa decisión final una vez recibido el informe de la AC en relación a la tasa de recuperación, y no tan sólo someterse al resultado obtenido, sino poder reservarse para si alguna opción no meramente objetiva.

Así pues, definida la existencia de un **escenario de discrecionalidad** generada por el conflicto de principios que tenemos actualmente en la LC:

$$TR_{ABS}MP_{UP} > TRMP_{NOUP} > TRMP_{UP}$$

Situaciones nos podemos encontrar con este escenario: Básicamente, observamos dos:

- Concurtidas con deuda laboral y de TGSS relevante respecto al total deuda.:
Se trata del ejemplo que ha servido del desarrollo al inicio de este apartado.
- Concurtidas con deudas con garantía real superiores a la valoración del activo y a los precios recibidos: Es el caso de concursadas fuertemente endeudadas con capitales ajenos garantizados que hayan sufrido fuertes depreciaciones en sus activos. La comunidad de pérdidas en el que acaba convertido ese concurso pueden precisar del levantamiento de cargas para su adjudicación, con posible reasignación del precio obtenido entre los acreedores con privilegio. El modelo debe prever que se puedan recibir ofertas para activos garantizados, dentro o fuera de UP, que automáticamente precisen de la conformidad del acreedor privilegiado vía Art. 148 y relacionándolo con el Art. 155.3 y 4 LC.. (creemos que es más complejo fuera del PL)

En el momento que las ofertas configuren la zona de discrecionalidad, debe operar un **primer ajuste automático**. Se trata de considerar la utilización de lo previsto en el Art.149.2 LC. Nuestro modelo define de inicio la variable como $D_{LAB}^{UP}_{FGS}$ como un cobro en signo negativo en caso de adjudicación de la UP. La idea es que en el caso de adjudicación queda subsumido en nuestro modelo que el adquirente "retiene" en precio la parte que deberá afrontar ante tercero. Si hay una parte que "queda dentro del concurso", esto es, cuando existe la decisión judicial de (y transcribimos parte del Art.149.2LC) " *que el adquirente no se subroga en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación*" y que ésta " *sea asumida por el Fondo de Garantía Salarial de conformidad con el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores*", se produce de nuevo la necesidad de que el modelo ajuste al cálculo de $TR_{ABS}MP_{UP}$ y $TRMP_{UP}$ pues obviamente la parte asumida por el FOGASA continuará formando parte de la MP, con lo que ambas decrecerán y bien podría ser que se resolviera de forma distinta la solución a la zona de discrecionalidad.

En definitiva, en las condiciones de adjudicación deberemos hacer constar de forma expresa cómo y con qué información resolver el conflicto de la(s) **zona(s) de discrecionalidad** que en cada concurso pueda(n) darse y el proceso previsto del **ajuste automático**. **Consideramos que el AC, debe aportar en su informe no tan sólo la tasa de retorno absoluta sino que además ofrecer al Juez del concurso un cálculo individualizado de las diversas tasas de recuperación para todos los tipos de acreedores (privilegiados especiales, privilegiados generales, ordinarios y subordinados), así como por cada una de las clases de cada uno de ellos (laborales, públicos, financieros y resto) y para el total de cada clase.**

4.3. SUBASTA PÚBLICA PARA LA OBTENCIÓN DEL PRECIO:

Comprendidos los cálculos a realizar para tomar la decisión de adjudicación, es obvio que en cualquier caso se requiere de la obtención de los **precios** para los distintos activos y/o unidades productivas que se puedan definir. **Precios de adquisición. Ofertas en firme.**

Hasta este momento, era común tomar la decisión de la adjudicación de una UP con independencia de tener claro si se obtendría por ella un mejor precio que por los activos enajenados individualmente, que quedaban relegados a una posterior fase de ofertas y adjudicaciones en el caso de que no fueran al final parte de la UP adjudicada. Todo proceso de adjudicación de UP está generalmente sometido a la presión derivada de la generación de deudas contra la masa que tienden a presionar al AC para acelerar al máximo su adjudicación para evitar verse en el cruel dilema de mantener la actividad a costa de arriesgar la prelación prevista en los Arts.84.3 y 154 primer párrafo, LC.

Nuestro método AC-IN precisa de que **en la misma fase e instante se pueda ofertar para todos los activos y para cualquier UP** que alguien quiera definir. Siempre, en el mismo momento.

Consideramos que la manera más transparente y eficiente de efectuar la recepción de las ofertas es a través de una web específica que además sea capaz de informar en tiempo real de cuál es la mejor oferta recibida para cada activo y para cada una de las UPs que se definan y oferten. De la misma manera, deberá ser capaz de informar en tiempo real de las tasas de recuperación en cada una de las situaciones e informar sobre si se procede o no a la adjudicación, en función de lo obtenido.

El método AC-IN obliga a los ofertantes a estar autorizados a hacerlo. Esa autorización se plasma con un nombre de USUARIO en clave para cada uno de los ofertantes. El objeto es intentar evitar al máximo que se conozcan todos los posibles ofertantes entre ellos y que les permita controlar, de alguna manera, las pujas sobre los bienes.

En función de las características de cada uno de los concursos, se pueden establecer criterios mínimos de solvencia, que serán contrastados con anterioridad a la entrega del USUARIO. Puede, de la misma manera, incorporar la posibilidad de fianza mínima (especialmente en casos donde se precise financiación para asegurar la continuidad de la actividad y que se observe en las valoraciones del Informe que puede tener sentido la búsqueda del precio).

Para que la autorización despliegue todos sus efectos, el ofertante deberá aceptar las condiciones de la puja, así como todo aquello que sea preciso en función de cada caso, mediante un contrato concreto de adhesión, que deberá suscribir sin condicionar.

En el momento en que el ofertante está autorizado, puede empezar a analizar la totalidad de la información que se ofrezca sobre cada uno de los activos. El objetivo del AC debe ser ofrecer una "Due Diligence de venta", firmada por él mismo y adecuada al tamaño del concurso, para mayor garantía del adquirente de la UP. Se trata de acercarnos, si el cobro de honorarios de AC del concurso en relación al coste interno de desarrollo lo permite, al concepto tradicional de un proceso de M&A.

Durante la subasta, los autorizados podrán pujar en firme para todo aquello que les interese. Automáticamente aparecerá en pantalla de la subasta un valor relacionado con la puja realizada, normalmente un algoritmo basado en la tasa de recuperación, que indicará si es o no la oferta más alta. En caso que lo sea, el nombre del ofertante y el valor relacionado aparecen en pantalla para información de todos los ofertantes. En el caso que alguno de los ofertantes vea superada su puja que hasta aquel entonces era la superior, recibirá información automática de que le han superado. En el caso de que algún ofertante ofrezca por algún activo que aún no tuviera oferta, todos los autorizados recibirán esa información. Cabe igualmente la opción de que cada ofertante reciba sistemáticamente información sobre cualquier tipo de oferta en ese concurso.

Toda subasta tendrá una fecha y hora límite prefijada. En el caso que en los últimos cinco minutos antes de la finalización del plazo se recibiera una oferta que mejorara la que aparece en la pantalla de subastas, se otorgará de forma automática un nuevo plazo de 5 minutos más a la finalización del plazo. Y así sucesivamente hasta que nadie suba más la oferta.

La información de la mejor oferta y su puntuación podrá ser consultada en tiempo real por cualquier persona que visite la web.

Concluido el tiempo, todos los autorizados recibirán de forma automática el resultado. Si el resultado ha generado la aparición de la zona de discrecionalidad judicial, se indicará que las mejores posiciones pasan al juez del concurso para que tome la decisión final.

Todas las ofertas recibidas, en detalle, se adjuntarán a los informes de la AC que sean precisos.

5. APLICACIÓN DEL MÉTODO AC-IN EN FASE DE LIQUIDACIÓN

5.1. VIA PLAN DE LIQUIDACIÓN:

Aplicar el Método AC-IN en fase de liquidación y formando parte esencial del PL es quizás lo más cómodo para el AC, por incorporarlo de forma natural al proceso y con las máximas garantías para todos los intervinientes.

A diferencia de muchos de los PLs que hasta este momento estamos proponiendo y son aprobados, la aplicación del Método AC-IN obliga a una fase principal en la que se ofrecen al mejor postor todos los activos de la concursada y se les permite definir y ofertar por cualquier UP que los posibles compradores determinen. Esta fase debe estar acotada en el tiempo pero debe ser lo suficientemente extensa como para que el interés que generen los activos o UPs pueda monetizarse para el concurso.

Esta fase principal debe tener una serie de **especificidades** que deberán aprobarse expresamente en el PL, especialmente en el caso que el resultado se la adjudicación de la UP. Concretamente:

- Necesidad de aprobación en paralelo al PL (en caso de existencia de contratos laborales vigentes) de un expediente de extinción de la totalidad de la plantilla existente, con posibilidad de aplicación diferida del mismo al momento de la decisión de la adjudicación. Esto es imprescindible derivado de lo que se indica en los Arts. 64, 148.3 y 4 y 149.2^a LC, pues, a nuestro entender, no es posible la aprobación del PL sin la resolución de los contratos laborales. Es cierto que es un tema que puede resultar controvertido. Pero consideramos, por lógica, que ambos procedimientos deben conducirse, como mínimo, de forma coordinada.
- Condiciones suspensivas de la adjudicación hasta que el adquirente de la UP informe al concurso que los acreedores que tienen capacidad de recuperar su deuda fuera del concurso, la vean efectivamente satisfecha.
- Renuncia del adquirente a cualquier tipo de repetición al deudor concursado por deudas satisfechas.
- "Suspensión de facto" del pago a los acreedores hasta el cumplimiento de las condiciones suspensivas de la adjudicación.
- Renuncia de la AC de sus honorarios si no existiese ningún otro activo a liquidar distinto a los incluidos en la UP (con excepción de los precisos para el mantenimiento de las obligaciones mercantiles y fiscales precisas en la concursada para el caso de liquidación).

Aprobado el PL, se procederá a la ejecución del mismo vía el Método AC-IN.

Podría suceder, aunque sería en casos muy extremos, que se aprobara el PL sin haber presentado el informe de la AC. En este caso, se produce un efecto positivo para el AC que es que la información en definición de las UPs que nos puede llegar vía ofertas firmes nos orientará y facilitará la confección de nuestro informe. Pero a la par, puede aparecer uno que dificulte la utilización del método AC-IN: que la lista de acreedores no sea definitiva y que por tanto los cálculos que realizamos en el Método AC-IN sean erróneos y acabemos induciendo una solución equívoca del concurso. Esta situación sólo puede resolverse mediante un análisis previo de las incidencias y relevancia de las mismas, en los cálculos. La conveniente información a los acreedores y al Juez del concurso será definitiva para la aprobación del PL.

5.2. VÍA EXTRAORDINARIA (Art.43 y 188):

AC-IN nunca se ha mostrado entusiasta del uso de la vía del auxilio judicial prevista en los Arts 188, 43.3.1º o 43.3.2º LC para la adjudicación de UPs. Consideramos que se ha abusado de la vía en más de alguna ocasión y ha generado no poca controversia y tanta desazón entre los afectados por el concurso como entusiasmo entre los adquirentes beneficiados. El añadido último párrafo al apartado 3 por el art. único.2.1 del Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, no hace mas que refrendar nuestra posición previa al respecto.

Somos conscientes sin embargo que en determinadas ocasiones el uso de la "vía rápida", pero en este caso enmarcada dentro del Art. 43.1 LC, puede ser clave para evitar ceses de actividad que la insuficiencia de masa puede forzar. O para evitar deterioros de activos que la insuficiencia de masa deja desprotegidos. En este caso, estamos en el encuadre de fase de liquidación, por lo que la única justificación para su uso será la velocidad que permite el proceso.

En estos casos, puede perfectamente plantearse la solicitud con aplicación del Método AC-IN, sin ninguna duda, con las mismas características que se definirían en un PL tal y como hemos visto en el apartado anterior. No vemos ningún inconveniente para iniciar el periodo de autorización de ofertantes el mismo día en que se solicite el auxilio para la posible adjudicación de una UP mediante el método AC-IN, e iniciarlo aún en espera de la preceptiva autorización. En el caso que el auxilio sea denegado, automáticamente cesaría la posibilidad de ofertar y se devolverían, en su caso, las fianzas recibidas. En el caso que el auxilio sea aprobado, lo será con el mismo esquema y especificidades que lo comentado para el PL. Podemos considerar como ajuste, si los plazos son extremadamente breves, que exige la menor restricción en lo referente a la extinción de los contratos laborales al no estar sujetos estrictamente para la aprobación de la vía rápida a lo considerado en los Arts. 64, 148.3 y 4 y 149.2ª LC.

De la misma manera que en el caso del PL podía suceder que la fase de liquidación se abriera sin haber presentado el informe de la AC, con más asiduidad puede darse en este caso. Valgan pues las prevenciones que hemos indicado en el apartado anterior.

5.3. CASO ESPECIAL 191.ter CON PRESENTACIÓN DE OFERTA VINCULANTE:

Diseñado como un proceso rápido y ágil para facilitar la continuidad de determinados negocios de empresas en liquidación, ha chocado con la realidad del día a día de los Juzgados, que son, en la mayoría de los casos, incapaces de gestionar este tipo de concurso que podríamos denominar "express". También es cierto que pocos ACs tienen la capacidad de gestionarlos. El exiguo plazo inicial de valoración del PL presentado, de diez días (junto con el inventario en quince, y el mes para el informe) precisan, aunque sea en un espacio temporal no muy extenso, de capacidad humana y técnica, con lo que hasta el momento ha sido "boicoteada" por ACs y no acompañada por las oficinas judiciales. Así pues la realidad es que es una vía poco usada como estrategia de reestructuración, con lo que lamentablemente prevemos su uso que será cada vez menos aconsejado. El deudor (que va a ser liquidado) poco incentivo tiene para facilitar la enajenación a favor de tercero y el tercero poca seguridad va a tener que se alineen los astros para que el proceso funcione.

De todas maneras, el Método AC-IN encaja a la perfección en un procedimiento de estos. Es tan sencillo como proponer como modificación al PL presentado por el deudor el uso de nuestro Método y que sea aprobado de esta manera por el Juzgador. En ese preciso momento, se daría de alta la oferta vinculante adjuntada en la demanda con la UP definida y se iniciaría la aplicación del Método AC-IN, con el esquema y especificidades previstas para la vía del PL, permitiendo no sólo nuevas pujas por la misma UP si no la posibilidad de que apareciesen nuevas UPs.

En este caso con toda seguridad la fase común del concurso no se encontrará finalizada. Por tanto, y al igual que en los dos apartados anteriores, hemos de ser muy cuidadosos con las prevenciones a considerar e informar.

6. APLICACIÓN DEL MÉTODO AC-IN EN FASE COMÚN

6.1. VÍA EXTRAORDINARIA (Art.43 y 188):

Proceder a la adjudicación de un UP en fase común debiera ser extraño. Estaríamos ante un concurso cuyo deudor no ha solicitado la liquidación y que, por alguna razón –normalmente, generación de CCMs por causas económicas- acorrala al AC ante la tesitura de solicitar el cese de la actividad para posterior liquidación (142.3) o intentar salvaguardar la actividad adjudicando alguna UP. Es una situación perversa y que normalmente no debiera llevarse a cabo de la mano del deudor, pero que lamentablemente, sucede a menudo.

En todo caso, lo previsto para la vía rápida en fase de liquidación es perfectamente reproducible en este apartado, con lo que allí ya indicábamos. Es decir, que la aplicación del Método AC-IN será indicada para gestionar una adjudicación en fase común. Y de la misma manera que se prevé en la aplicación en la fase de liquidación, las especificidades del modelo pueden ser algo más restringidas, esto es, sin la necesidad de la aprobación en paralelo del posible expediente de regulación para su adjudicación (aunque bien es cierto que si la presión de tesorería es acuciante, también lo será el interés del AC en resolver todos los contratos para evitar males mayores).

7. INCONVENIENCIA DE LA APLICACIÓN DEL MÉTODO AC-IN EN FASE DE CONVENIO

7.1. VENTA DE UNIDAD PRODUCTIVA COMO PARTE INTEGRANTE DEL CONVENIO:

Poca experiencia tenemos en este campo. La adjudicación de una o varias UPs en fase de convenio no es un hecho muy habitual. Entendemos que es complejo que una posible adjudicación de UP sea realizada dentro de un concurso de continuidad, pero no es una estrategia que debamos rechazar de antemano. Lo lógico sería que formara parte del plan estratégico de la concursada como desinversión y por tanto estaría vinculada a la aprobación de la PC y por tanto, fuera del alcance del concurso. Como tal, salvando los impedimentos de la condicionalidad del convenio (Art.101), sería analizada por el AC dentro de la EPC.

Realmente, es en una situación como la descrita cuando la valoración efectuada en el informe de la AC debe servir para ser comparada con lo previsto en precio en la previsión del PV. En el caso que existiera discrepancia entre ambas valoraciones, esta quedaría acreditada en los dos documentos y quedaría a la discrecionalidad de la decisión del acreedor su aceptación, tanto en un sentido como el otro.

El uso del Método AC-IN de adjudicación en esta situación carece de la mas mínima utilidad pues en nuestra EPC lo único que llevaremos a cabo será la comparación de valoraciones del Informe de la AC con lo propuesto en el PV que da soporte a la PC. Por ese motivo, lo descartamos y nos centraremos sólo en la bondad de la valoración en relación a lo que conste en el PV.

7.2. VENTA DE UNIDAD PRODUCTIVA PREVIA A LA APROBACIÓN DEL CONVENIO:

Si lo anterior pudiera resultar extraño, esta situación puede resultar todavía más compleja. No nos estamos refiriendo a una situación análoga al uso de la VÍA del AUXILIO JUDICIAL en fase común. Estamos ante una situación en la que la concursada puede y quiere conseguir el convenio, pero que en el transcurso de la fase común desea llevar a cabo una desinversión concreta en términos de un UP. Además, no se trata de una tradicional situación en la que el concursado sin estrategia simplemente descarga toda la responsabilidad de la posible supervivencia del empleo de sus trabajadores en el AC... O sea, que no se trata de lo que hemos previsto en anterior apartado simplemente, si no que estamos pensando en una hipotética situación, posiblemente de laboratorio, en la que en el plan estratégico de la concursada se prevea dicha desinversión.

De la misma manera que lo que hemos manifestado en el anterior apartado, partimos de la hipótesis que dicha desinversión estará debidamente valorada y con el precio fijado en el plan. Por ese motivo, nuestro trabajo como ACs debe limitarse a contrastar su valoración con la nuestra y, mediante el uso de la vía prevista en el Art.43.1LC, (no por rápida sino por ser la única que se nos ocurre) solicitar la adjudicación al precio previsto en el plan. Si se consiguiera ese o superior, adjudicarlo. Si fuera inferior, considero, a priori que no debiera proseguir, y dejar toda futuro de la compañía en manos de los acreedores ante la aprobación de la PC.

Queda pues claro que el uso del Método AC-IN es absolutamente innecesario.

Pero tampoco podemos olvidar las especiales características de cómo se ha configurado actualmente la LC, con lo que un plan estratégico puede perfectamente contemplar una desinversión de una UP dentro del concurso vía 43 + 146bis, fundamentalmente, por las obligaciones derivadas de la forzosa subrogación para el acreedor –o no- in bonis, para luego conseguir un convenio, para el acreedor afectado. Y esta adjudicación también podría ser considerada si la UP coincidiera con la totalidad del negocio, dejando la empresa concursada en situación de convenio aprobado pero sin actividad (e igual sin activo distinto a chatarra varia), situación perfectamente lícita con el actual ordenamiento. E imaginemos que el convenio se circunscribiera a un único pago derivado del ingreso por la adjudicación de la UP y que se diera por concluido el concurso inmediatamente después de la firmeza y pago del convenio... Quedaría una sociedad no disuelta, sin actividad, sin deuda, y a disposición de sus accionistas o partícipes.

7.3. CASO ESPECIAL: PROPUESTA DE CONVENIO ANTICIPADA:

Si extraño nos parecían las anteriores propuestas, ésta va en la misma línea. Estamos pensando en una PAC que lleva aparejada una desinversión durante su tramitación. Podemos pensar en las dos situaciones, es decir, dentro de la propia PAC o durante la fase común.

En ambos casos, la actuación no debe diferenciarse de lo que hemos previsto para el caso de la PC o para el caso de lo previo. Comparar con la valoración y dejar en manos de los acreedores la decisión final.

En este caso tampoco vemos la utilidad del uso del Método AC-IN.

23 de Abril de 2015