

V FORO CONCURSAL DEL TAP

13 y 14 de diciembre

PAUTAS PARA LA REDACCIÓN DEL PLAN DE LIQUIDACIÓN EN LOS CONCURSOS QUE SE TRAMITEN ANTE EL JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 1 DE OVIEDO.

Alfonso Muñoz Paredes, Magistrado del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Oviedo.

***PUNTO DE PARTIDA: LA HETEROGENEIDAD DE LOS PLANES COMO ENEMIGO DE LA EFICIENCIA.**

Los planes de liquidación elaborados por la administración concursal en cada concurso son de lo más heterogéneo, pues obedecen:

1º.- A las especificidades de la empresa (o persona física);

2º.- A las características inherentes a los bienes o derechos a enajenar.

3º.- A los propios criterios de la administración concursal sobre cómo debe desarrollarse el proceso liquidatorio.

A esa heterogeneidad de los planes se une la creciente beligerancia de los acreedores, singularmente los privilegiados, en defensa de sus derechos, que se traduce en una pléyade de alegaciones, también de la más variada naturaleza, algunas de corte estereotipado, que obligan al juez del concurso a una tarea previa de “desbroce” para ver cuáles de las alegaciones vertidas viene realmente referidas al concurso de que se trata.

Estos dos factores provocan que cada liquidación sea distinta de las otras, lo que se traduce en una ineficiencia del sistema, pues obliga al juzgado a controlar de forma periódica que el proceso liquidatorio se ajusta al plan aprobado y, lo que es más grave, exige del juez del concurso una especial dedicación (muchas veces superflua), obligándole a dictar autos de adjudicación, valorar ofertas, cancelar cargas, etc.; esa sobrecarga se hace extensiva al Letrado de la Administración de Justicia, pues se recurre con demasiada frecuencia a la subasta judicial cuando podría ser factible la notarial; *a fortiori*, cada administrador y cada acreedor hipotecario tienen sus propios criterios en orden a cómo debe desarrollarse esa subasta, lo que no sólo incide en la fase de aprobación del plan, demorándola por el necesario estudio de las alegaciones, sino en las fases ulteriores de redacción del edicto, adjudicación, liberación de cargas y costes asociados y pago del crédito con privilegio especial; la administración concursal, además, unas veces repercute los gastos o impuestos al adjudicatario y otras no.

Se hace imperativo, pues, para un mayor dinamismo y seguridad jurídica, unificar de oficio, en lo posible, el proceso liquidatorio, para asegurar, más allá de las

V FORO CONCURSAL DEL TAP

13 y 14 de diciembre

especialidades que cada concurso tiene y de las que no se podrá prescindir, que todos los concursos respondan a un “esqueleto” común.

Ese común “esqueleto” prevalecerá en todo caso sobre las concretas previsiones del plan de liquidación elaborado por la administración concursal, que se tendrán por no puestas en aquello que se opongan a las siguientes bases:

PRIMERA.- EL PLAN HA DE RESPETAR LAS REGLAS DEL ARTÍCULO 155.4.

La reforma operada por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, ha supuesto un cambio radical con respecto al panorama liquidatorio previo, al introducir, junto a las tradicionales reglas supletorias del art. 149.1 (que sólo entran en juego en caso de no aprobarse el plan o en lo que no hubiere previsto el aprobado), reglas de imperativa observancia en los apartados 2, 3, 4 y 5 del art. 149.

El art. 149.2 dispone que los bienes y derechos del concursado se enajenarán, según su naturaleza, conforme a las previsiones contenidas en el plan de liquidación y, en su defecto, por las disposiciones establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil para el procedimiento de apremio.

Como excepción a esta proclama del plan como “ley” de la liquidación, el art. 149.2.II establece que los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial habrán de enajenarse con sujeción a los postulados del art. 155.4. El legislador toma partido de este modo en la eterna discusión sobre qué había de prevalecer, si el plan de liquidación o el art. 155.4. En efecto, hasta la novísima reforma la tesis mayoritaria en los juzgados de lo mercantil y Audiencias Provinciales defendía que el art. 155, en especial su apartado 4 (que, como es sabido, establece determinadas cautelas y formalidades en la venta de bienes afectos a privilegio especial) era de aplicación supletoria al plan de liquidación y cedía a sus dictados. Podíamos, pues, apartarnos de su tenor en lo que respecta a las modalidades de enajenación, pero siempre, evidentemente, con pleno respeto a los derechos sustantivos del acreedor con privilegio especial, que no podrán ser expoliados. Esta es la interpretación que, a nuestro juicio, resultaba de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 23 de Julio de 2013.

Con la novísima redacción del art. 149 resulta claro que el art. 155.4 constituye una regla primaria de liquidación, de imperativa observancia ante la presencia en la masa activa de bienes sujetos a privilegio especial.

En caso de que el concursado sea hipotecante no deudor, habrá de estarse a lo dispuesto en la Base DECIMOTERCERA.

SEGUNDA.- BIENES EN LEASING: SÓLO HA DE INCLUIRSE EL DERECHO DE USO.

El artículo 82.5, tras la ley 38/2011, nos dice que en el inventario deberá figurar exclusivamente el derecho de uso del arrendatario financiero, que es sobre lo que realmente recae el privilegio, y no sobre el bien en sí, por más que el artículo

V FORO CONCURSAL DEL TAP

13 y 14 de diciembre

90.1.4º, no reformado, siga diciendo que el privilegio recae sobre el bien arrendado. Siendo esto así, en el plan de liquidación ha de incluirse sólo el derecho de uso, esto es, la posición contractual que en el *leasing* ocupa el concursado, si verdaderamente tiene valor económico; si no, la administración concursal ha de renunciar al derecho de uso (artículo 6.2 CC) y comunicar al arrendador que tiene el bien a su disposición para retirarlo cuando lo desee (artículo 80).

Si se enajena el derecho de uso, su valor líquido se destinará a pagar el privilegio especial hasta donde alcance, degradándose el crédito en lo no cubierto; si el derecho de uso es objeto de renuncia, desapareciendo así el derecho afecto al privilegio, todo el crédito pasará a ordinario (a salvo los intereses, que si son preconcursales sufrirán la subordinación y si son postconcursales habrán de eliminarse de la masa pasiva —artículo 59 en relación con el artículo 92.3º—).

TERCERA.- TESORERÍA.

La tesorería en sentido estricto, en cuanto activo líquido, no es necesario que se incluya en el plan como objeto de realización, sin perjuicio de su inclusión a los fines meramente informativos. Si se trata de “activos de disponibilidad no inmediata”, que el Plan General de Contabilidad incluye en el subgrupo de tesorería, sí deberá detallarse en el plan la forma de realización.

CUARTA.- DERECHOS DE CRÉDITO.

Cuando la concursada tenga pendientes derechos de cobro, deberá informarse a los acreedores de las gestiones extrajudiciales o judiciales que se proponga iniciar la administración concursal, con indicación de su coste aproximado.

A fin de no perpetuar el proceso liquidatorio con reclamaciones judiciales infructuosas y que suponen un coste inmediato para el concurso, la administración concursal, al redactar el plan de liquidación, debe efectuar una criba de esa cartera de derechos de crédito, someténdola a un cuádruple examen, sucesivo y eliminatorio:

- a) *Un examen de oportunidad.* Deberá despreciar, en primer lugar, aquellas reclamaciones antieconómicas, por ser su importe mínimo o quedar éste absorbido por los costes fijos. Sólo debe iniciarse una reclamación judicial cuando, de prosperar la acción, vaya a existir un sobrante para la masa, una vez descontados los gastos directos (tasas judiciales, honorarios de letrado, procurador, peritos, desplazamientos, etc.) e indirectos (v. gr. mayores honorarios liquidatorios de la administración concursal por la pendencia del concurso).

V FORO CONCURSAL DEL TAP

13 y 14 de diciembre

- b) *Un examen de solvencia.* La administración concursal debe descartar iniciar reclamaciones contra deudores insolventes (*de facto* o *de iure*), centrando sus esfuerzos en aquellos créditos que indiciariamente tienen perspectivas de cobro. De precisarlo, podrá recabar el auxilio judicial para efectuar la investigación patrimonial previa a la reclamación.
- c) *Un examen de viabilidad jurídica.* Determinado, en abstracto, qué créditos merece la pena reclamar y qué deudores tienen capacidad económica, procede el tercer examen, más complejo que los anteriores, en el que la administración concursal tendrá que elegir los créditos a reclamar por su viabilidad jurídica, valorando para ello, obviamente, no sólo la razón de derecho que pueda asistir a la concursada (viabilidad formal o abstracta), sino también y, fundamentalmente, el acervo probatorio (viabilidad material o concreta), descartando iniciar reclamaciones judiciales cuando carezca de soporte documental.
- d) *Un examen de capacidad económica.* Si el proyecto recaudador supera el examen de oportunidad, el deudor es solvente (aparenta serlo o no tenemos indicios de que no lo sea) y la reclamación es jurídicamente viable (formal y materialmente), la administración concursal deberá, por último, hacer una ponderación de costes (honorarios de letrado, procurador y, acaso, peritos) y riesgos (fundamentalmente la condena en costas) y valorar si la masa, actual o futura, va a poder asumirlos. Para minorar los costes la administración concursal deberá, en lo posible, iniciar el proceso de cobro de forma extrajudicial; si la gestión de cobro fracasa, la administración concursal podrá, por propia autoridad, concertar un arrendamiento de servicios con el letrado de su elección, siendo aconsejable, en concursos de escasa liquidez, la combinación de un coste «cero» inicial (a riesgo y ventura del letrado, que si pierde no cobra) con un *bonus* por éxito que compense ese sacrificio.

Como último recurso, ha de preverse siempre la cesión a un tercero de tales derechos, incluidos los ya litigiosos si no hay perspectivas reales de cobro o son a largo plazo.

QUINTA.- DEBEN EXCLUIRSE LOS BIENES OBJETO DE EJECUCIONES SEPARADAS.

Sólo cabe incluir en el plan de liquidación los bienes y derechos que sean propiedad de la concursada; pero no todos, porque aquellos que estén siendo objeto de una ejecución separada administrativa reactivada antes de la aprobación del plan (art. 55) o los sujetos a garantía real cuando la misma se esté sustanciando fuera del concurso, ya ante un Juzgado de Primera Instancia, ya en pieza separada acumulada al concurso (artículos 56 y 57.3), no forman parte de la masa activa realizable y deben quedar extra muros del plan de liquidación.

V FORO CONCURSAL DEL TAP

13 y 14 de diciembre

SEXTA.- CONFIGURACIÓN DE LAS FORMAS DE REALIZACIÓN.

La liquidación se desarrollará, de ser preciso, en tres etapas sucesivas, a saber: 1ª venta directa, 2ª subasta y 3ª cláusula de cierre.

Sexta 1ª. Venta directa.

Un plazo máximo de 2 meses para bienes muebles y de 6 meses para inmuebles (o muebles de extraordinario valor), con la posibilidad de que la administración concursal solicite del Juzgado una única prórroga por la mitad de ese plazo. Si conviene al interés del concurso la venta conjunta de bienes muebles e inmuebles, por existir entre ellos una vinculación física o funcional, se aplicará, previa solicitud razonada de la administración concursal, el plazo previsto para los inmuebles. El precio mínimo será fijado por la administración concursal; en el caso de bienes sujetos a privilegio especial deberá respetarse el precio mínimo del art. 155.4. Si la fase de venta directa fracasa, bien porque no haya postores, bien porque las ofertas realizadas no cubran las expectativas de la administración concursal, antes de pasar a la subasta, si hay bienes sujetos a privilegio especial, la administración concursal ha de ofrecer al acreedor privilegiado la dación en pago o para pago. Si rechaza la oferta, deberá acudir sin demora a la subasta.

Los indicados plazos se computarán desde la firmeza del auto aprobando el plan de liquidación, sin que ello impida que con carácter anticipado la administración concursal, si conviene al interés del concurso, proceda a la venta de bienes, sujetos o no a la condición suspensiva de la citada firmeza.

Sexta 2ª. Subasta judicial.

Sólo tendrá lugar cuando la masa no disponga de tesorería o ésta sea mínima; en otro caso, será notarial (vid. base undécima) o por entidad especializada.

Sexta 3ª. Cláusula de “reversión”.

Aun operando venta directa y subasta como mecanismos sucesivos, si concluido el plazo de venta directa aparece una oferta que, a juicio de la administración concursal, satisface el interés del concurso de forma más satisfactoria que el resultado previsible de la subasta, se podrá permitir regresar a la fase previa de venta directa por plazo máximo de 1 mes, prorrogable por otros mes más para cubrir la contingencia de una demora en la formalización o financiación de la compra. Como límite temporal absoluto para la aplicación de esta posibilidad de reversión se fija el día de celebración de la subasta, la cual, una vez ya iniciada, no será susceptible de interrupción ni suspensión (AJM nº 1 de Oviedo de 15 de Mayo de 2015).

Sexta 4ª. Cláusula de cierre.

V FORO CONCURSAL DEL TAP

13 y 14 de diciembre

Finalmente, si la subasta fracasa, habremos de recurrir a ventas sin precio mínimo, donaciones, achatarramiento e, incluso, a la conclusión del concurso con bienes sin realizar.

Sexta 5ª. Previsión de formas alternativas de realización.

La administración concursal podrá completar el marco liquidatorio con formas alternativas como la cesión en pago o para pago a acreedores concursales no públicos (art. 148.5).

SÉPTIMA.- VENTA DIRECTA.

Séptima 1ª. Presentación de ofertas.

Por lotes o por bienes individuales, según estime la administración concursal para una mejor satisfacción de los acreedores.

Con el fin de conciliar, de un lado, la necesidad de dotar de la mayor transparencia al proceso liquidatorio, y, de otro, la conveniencia de un mecanismo ágil de venta, se establecen las siguientes especialidades para el caso de bienes muebles de extraordinario valor o de inmuebles de naturaleza urbana:

- a) La oferta deberá ir acompañada de resguardo justificativo de la consignación de un 5% del valor fijado en el inventario o, en su caso, del valor "corregido" que la administración concursal haya incluido en el plan de liquidación. A diferencia de cuanto acontece en la subasta, sujeta a un procedimiento reglado, en la venta directa se es necesario que el acreedor con privilegio especial proceda a la consignación.
- b) La presentación de la oferta deberá efectuarse, con carácter preferente, en la Notaría de elección de la administración concursal; sólo en caso de que no exista tesorería o ésta sea manifiestamente insuficiente, la presentación se realizará en el Juzgado.
- c) La presentación tendrá lugar, en todo caso, en sobre cerrado, fijándose un día para su apertura por el Notario o el Letrado de la Administración de Justicia

Para el caso de bienes muebles que no sean de extraordinario valor o de fincas rústicas, la oferta no exigirá previa consignación y se entenderá directamente con la administración concursal, en la forma prevista en el plan.

Respecto del mobiliario y enseres, maquinaria y existencias, se considerarán, a estos efectos, como bienes muebles, procediéndose a su realización por un único sistema de venta directa, en las condiciones explicitadas a continuación (salvo caso de extraordinario valor). De fracasar ese sistema, se procederá a su destrucción, donación a instituciones de beneficencia o achatarramiento.

V FORO CONCURSAL DEL TAP

13 y 14 de diciembre

Séptima 2ª. Subastilla.

En caso de pluralidad de ofertas, la recepción y apertura irá seguida de una subastilla notarial o judicial restringida a los dos mejores postores, tomando como tipo de partida la oferta más alta y admitiendo sobrepujas con intervalos de cantidad que serán dados a conocer por el Notario (previa indicación de la administración concursal) o por el Juez en la convocatoria que se haga a los mejores postores a la subastilla.

Séptima 3ª. Formalización de la venta.

No se procederá por el Juzgado a dictar auto o decreto de adjudicación; si el bien es mueble, la administración concursal firmará un contrato privado; si es inmueble, se procederá al otorgamiento de escritura pública. En caso de que las ofertas sean heterogéneas (p. ej. que alguna prevea pagos aplazados o con garantías, etc.) la decisión sobre la mejor oferta incumbe a la administración concursal, salvo en caso de venta de unidad productiva, que será competencia del juez del concurso.

Séptima 4ª.- Medios de publicidad de la venta.

Los medios de publicidad de la venta dependerán de la tesorería de que se disponga; de ser posible, deberá la administración concursal proceder a la inclusión de un anuncio en uno o varios de los diarios de mayor difusión, a lo que podrá añadirse la difusión por internet o, en función de la naturaleza de los bienes a enajenar, la inserción en revistas especializadas del sector. De ser total la carencia de bienes, se optará por una mínima publicidad en el tablón de anuncios del Juzgado y por publicaciones gratuitas, ya en papel, ya *on line*.

La elección del tipo de anuncio es competencia de la administración concursal.

Una vez publicados los anuncios, en su caso, la administración concursal deberá aportar copia al Juzgado para que por éste se compruebe que se ha dado cumplimiento a lo previsto en el plan.

Séptima 5ª.- Enajenación mediante entidad especializada.

Se podrá configurar como método principal o subsidiario de liquidación de bienes concretos, siempre que así se haga constar en el plan de liquidación. Tengamos en cuenta que el art. 149.2.I dispone que los bienes y derechos no afectos a créditos con privilegio especial se enajenarán, según su naturaleza, conforme a las previsiones contenidas en el plan de liquidación y, en su defecto, por las disposiciones de la LEC para el procedimiento de apremio, entre las cuales se halla (arts. 641 y ss.) la realización por persona o entidad especializada.

La enajenación por entidad especializada define quién va a realizar el bien, pero no el cómo, de manera que tanto podrá ser una venta como una subasta, o incluso fórmulas mixtas como la recepción de ofertas seguida de subastilla.

Séptima 6ª.- Honorarios de la entidad especializada.

V FORO CONCURSAL DEL TAP

13 y 14 de diciembre

Aunque el carácter supletorio del art. 149.1.1ª y la restricción de la norma a la venta de unidades productivas puede dar pie a sostener que el plan de liquidación tiene libertad para derivar al adquirente el pago de la comisión, el criterio de este juzgador es que, con carácter general los honorarios de la persona o entidad especializada han de ser abonados por la administración concursal, en el entendimiento de que, por más que la regla del artículo 149.1.1ª tenga carácter supletorio, revela el propósito del legislador de evitar que al final sea el concurso quien acabe pagando ese mayor coste, por lo que debe proceder su aplicación analógica. Sólo en casos de extrema complejidad del proceso liquidatorio o cuando la contratación de la entidad, simplemente, posibilite, con razonable probabilidad, la obtención de un mejor precio de venta, estará justificada la asunción por el tercero (y, de forma refleja, por la masa) de la comisión. Para ese juicio de probabilidad no será suficiente la genérica alegación, sino una exposición razonada que permita al juez presumir fundadamente que el sobre coste que ello implica quedará absorbido por el plus de precio (AJM nº 1 de Oviedo de 30 de noviembre de 2016).

Séptima 7ª.- Identificación de la entidad especializada.

Si la administración concursal desea confiar todo o parte del trabajo liquidatorio a una o varias entidades especializadas, tiene dos opciones:

a.- Expresar su voluntad en el plan, fijando con carácter general las condiciones de intermediación (plazo de ejecución del encargo, comisión máxima, forma y tiempo de pago) para que los acreedores puedan efectuar alegaciones al respecto, quedando diferida la elección y contratación de una o varias entidades a la aprobación del plan. Toda vez que la identidad de la entidad especializada no es un elemento esencial del plan, puede concretarse ese extremo con posterioridad sin que ello implique una modificación del mismo.

b.- Elegir una entidad concreta, detallando (a expensas de la aprobación judicial) las condiciones de su intervención. Esta información ha de incluirse en el plan a fin de que los acreedores tomen conocimiento de la identidad de la empresa, su experiencia, reputación y el coste de sus servicios.

Séptima 8ª.- Pago de impuestos y/o gastos que genere la transmisión. Una cláusula recurrente en los planes de liquidación de aquella que prevé que el pago de los impuestos y/o gastos que origine la transmisión serán en todo caso a cargo del adquirente.

Comenzando por los tributos, para centrar debidamente la cuestión debemos distinguir dos aspectos, la alteración del sujeto pasivo del impuesto, y la repercusión de su coste al adquirente. La cláusula del plan de liquidación que imponga su abono al adquirente no resultará oponible a la AEAT o administración tributaria de que se trate; el sujeto pasivo del impuesto será el que venga determinado por la normativa correspondiente y el artículo 17.5 de la Ley General Tributaria impide alterar los elementos de la obligación tributaria (entre ellos el sujeto pasivo) por actos o convenios de los particulares. Ahora bien, si la administración tributaria es inmune a una cláusula de inversión del sujeto pasivo y, más aún, a una simple repercusión del coste del tributo, el propio art. 17.5 se

V FORO CONCURSAL DEL TAP

13 y 14 de diciembre

encarga de aclarar que ello lo es “sin perjuicio de sus consecuencias jurídico-privadas”, por lo que en principio será válida *inter partes* (administración concursal-adjudicatario) la repercusión. Si el adquirente es la propia entidad bancaria titular de la hipoteca sobre el inmueble objeto de realización, también será válida la repercusión, pues si no conviene al interés del acreedor privilegiado su satisfacción siempre podrá optarse por la siguiente oferta o pasarse a otro medio subsidiario de realización.

Si la repercusión del tributo, al menos para el adquirente *vulgaris*, es lícita, cuanto más la de los gastos de la transmisión, en que ni siquiera entra en pugna una norma imperativa como el art. 106 TRLHL, sino meramente dispositiva como el art. 1455 CC, a cuyo tenor los gastos de otorgamiento de escrituras serán de cuenta del vendedor, y los de la primera copia y los demás posteriores a la venta serán de cuenta del comprador, salvo pacto en contrario.

OCTAVA.- CESIÓN DE BIENES EN PAGO O PARA PAGO DE CRÉDITOS CONCURSALES SIN PRIVILEGIO ESPECIAL: LÍMITES Y CONDICIONES.

Si el plan de liquidación prevé como forma principal o supletoria de realización la cesión en pago o para pago para acreedores no privilegiados (art. 148.5), habrán de tenerse en cuenta las siguientes consideraciones.

Sólo podremos pagar en especie si concurre el consentimiento del acreedor afectado, que podrá ser no sólo expreso sino también presunto, deducido en este último caso de su silencio en el traslado que a tal efecto se le haga del plan de liquidación en que así se previere (artículo 148 LC). Por tanto, si media oposición del acreedor afectado no se le podrá obligar, *velis nolis*, a hacerse pago total o parcial con la entrega de un bien o derecho distinto del que constituía objeto primitivo de su relación obligatoria (art. 1166 CC).

Aun existiendo consentimiento del acreedor afectado, esta opción solutoria debe usarse con toda prudencia, ajustando el valor del bien al importe del crédito y sin perder de vista el respeto a la paridad de trato (vigente ya se pague en especie o en metálico) cuando se trate de acreedores ordinarios y subordinados (para los privilegiados especiales el propio artículo 148.5 tiene la cautela de remitir al artículo 155.4).

La ley también permite la cesión *para* pago, que plantea un problema añadido: su efecto liberatorio. El Código Civil dispone que la cesión de un bien o derecho para pago (*pro solvendo*), sólo libera al deudor por el importe líquido de los bienes cedidos, lo que supone que la función de realización se encomienda al acreedor, que aplicará lo obtenido al pago de su crédito. Esta previsión no opera en sede concursal, en que la función liquidatoria es competencia exclusiva de la administración concursal, que debe controlar el *quantum* de cada pago para no quebrar la paridad de trato, por lo que la cesión deberá ir acompañada de la fijación inmediata de un valor al bien o derecho cedido, operando el negocio de cesión como un contrato aleatorio: si el acreedor cesionario obtiene en la posterior venta un precio inferior al valor fijado, asumirá la pérdida; si el precio es superior, retendrá la ganancia.

V FORO CONCURSAL DEL TAP

13 y 14 de diciembre

La cesión, sobre todo cuando la aceptación del acreedor es tácita, puede tener un problema añadido, ya que la administración concursal puede encontrar cierta resistencia del acreedor a escriturar el bien a su nombre; de persistir la negativa, deberá ser sustituida su voluntad por la del juez del concurso, aplicando analógicamente el art. 708.1 LEC.

NOVENA.- REALIZACIÓN DE BIENES EN PROINDIVISIÓN.

No se podrá enajenar, ya sea por venta o subasta, más que la parte indivisa propiedad del concursado, que es la que ha debido incluirse en la masa activa.

DÉCIMA.- REALIZACIÓN DE ACCIONES O PARTICIPACIONES.

El art. 149.2 de la Ley Concursal dispone que los bienes y derechos del concursado se enajenarán, a salvo lo previsto en el apartado 1, según su naturaleza, conforme a las previsiones establecidas en el plan de liquidación y, en su defecto, por las disposiciones establecidas en la LEC para el procedimiento de apremio. En suma, prima el plan sobre las disposiciones de la ley procesal común, cuyo art. 635.2 LEC, para el caso de acciones o participaciones sociales, impone que la realización respete las disposiciones estatutarias y legales y, en especial, los derechos de adquisición preferente.

En consecuencia, si el plan no contiene disposición alguna sobre la forma de venta o se remite a las normas citadas, operando los derechos de adquisición preferente previstos legal o estatutariamente (AAP de Asturias, Sección 1.a, de 27 de septiembre de 2013 (JUR 2016, 130434)

El tenor del art. 149.2, al dar prevalencia al plan sobre la LEC, parece permitir que el plan suprima los derechos de preferencia; sin embargo, reconocer los derechos de tanteo y retracto en nada perjudica los intereses del concurso (pues el socio adquirente va a igualar el precio ofertado por el tercero) y en cambio puede convenir a la paz social, por lo que no hay inconveniente en que la administración concursal prevea su mantenimiento.

A estos efectos la transmisión tendrá en todo caso el carácter de “forzosa” (art. 109 LSC y correlativo de los estatutos) y no de “voluntaria” (Auto de este Juzgado de 28 de septiembre de 2017).

La subasta judicial no es posible en este tipo de bienes, ya que el art. 635.2 LEC remite a la subasta notarial, lo que no implica que la administración concursal no pueda prescindir de la misma (por implicar un coste que la escasa tesorería no permite afrontar o por otras razones) y optar por una venta directa.

Conforme al auto de este juzgado de 14 de mayo de 2018, en caso de silencio a este respecto del plan de liquidación, la enajenación de esas acciones o participaciones se llevará a cabo de la siguiente forma:

V FORO CONCURSAL DEL TAP

13 y 14 de diciembre

1º.- La administración concursal procederá a ofrecer las acciones -por plazo de 30 días, a contar desde la firmeza del auto- al resto de socios o partícipes por el valor fijado en el plan de liquidación, pudiendo aceptar, en esta primera fase, ofertas que no supongan una rebaja superior al 25% de ese valor. De existir varios postores, se optará por la oferta más alta, pudiendo la administración concursal solicitar la celebración de una subastilla en sede judicial.

2º.- De no estar interesados los socios o partícipes en la adquisición en tales condiciones, se abrirá un segundo plazo de 30 días, en que se podrán aceptar ofertas a precio libre, debiendo respetarse el derecho de retracto previsto en el art. 109.3 TRLSC.

Finalmente, de no existir interesados en la adquisición, la administración concursal podrá prescindir de su realización (art. 152.2 LC) o instar la disolución de la sociedad, si fuere conveniente para los intereses del concurso en atención a la eventual cuota de liquidación que pudiere percibirse.

UNDÉCIMA. SUBASTA JUDICIAL.

La subasta judicial tiene una disciplina propia en la LEC. Dentro de esa regulación específica, hay normas procedimentales de imperativa observancia y otras que, bien por su carácter dispositivo, bien por estar previstas para una ejecución singular y no universal como es la liquidación concursal, deben ceder ante las especialidades de la normativa concursal.

Para comprender de forma correcta y completa cómo funciona la subasta dentro del concurso hemos de partir del examen -conciso- de la normativa general y ver cómo la misma se adecúa, moldea o cede ante la LC

La LEC distingue según se trate de bienes muebles o inmuebles, estableciendo posteriormente unas especialidades para el caso de que los bienes estuvieren hipotecados o pignorados, sujetando la subasta de bienes hipotecados a las reglas previstas para los inmuebles. Dado que la subasta de inmuebles en el concurso es anecdótica, nos referiremos a la subasta de inmuebles, señaladamente hipotecados.

Undécima 1ª.- ¿Quién ostenta la condición de ejecutante?

El principal problema que suscita la subasta concursal es si hay ejecutante y, en su caso, quién ostenta esta posición. La cuestión es trascendente, pues la LEC reviste al ejecutante de determinados privilegios, como la exención de consignación o la posibilidad de ceder el remate, que el acreedor hipotecario, primer actor en la ejecución singular común, pretende hacer valer también en sede concursal.

¿Conserva el acreedor hipotecario los privilegios propios de su señorío o los pierde hasta el punto de confundirse con el vulgo de acreedores? La simple apertura de la liquidación hace fenecer el derecho de ejecución separada de aquellos acreedores

V FORO CONCURSAL DEL TAP

13 y 14 de diciembre

hipotecarios que no lo hubieren ejercitado antes de la declaración de concurso. El acreedor hipotecario queda, de este modo, despojado de su principal privilegio procesal y habrá de someterse a los designios del plan de liquidación. Pero esto no lo convierte en un simple acreedor, pues el plan ha de respetar, en todo caso, el art. 155.4, y mantiene, además, su privilegio sustantivo, ya que el artículo 155.1 aclara que “*el pago de los créditos con privilegio especial se hará con cargo a los bienes y derechos afectos, ya sean objeto de ejecución separada o colectiva*”.

En el AJM nº 1 de Oviedo de 21 de marzo de 2012 se detalla que la posición de ejecutante (como simple impulsor de la subasta) la ocupa la administración concursal, conservando la concursada la condición de ejecutado:

“La posición de ejecutante la ostenta la administración concursal, no el acreedor hipotecario, cuya inactividad, no instando en su momento la ejecución hipotecaria, le ha hecho perder todo privilegio procesal (que no concursal, pues el destino de todo o parte de las cantidades obtenidas en la subasta es la satisfacción de su crédito privilegiado). Ahora bien, la posición de ejecutante que se reconoce a la administración concursal es sui generis. No le son trasladables, sin más, los atributos y potestades que la Ley de Enjuiciamiento Civil reconoce a quien ostente tal condición y que han quedado referidas. Antes al contrario, es un ejecutante huérfano de tales facultades, es un mero impulsor de la subasta como corolario de su configuración legal de órgano liquidador. La posición de ejecutado la conserva la concursada, que mantiene ad intra del concurso su plena capacidad procesal (artículo 145.3 LC) no obstante su disolución y la suspensión de facultades de administración y disposición que la Ley Concursal liga a la apertura de la fase de liquidación. El acreedor hipotecario, sería, sin merma de la calificación concursal de su crédito como privilegiado especial del artículo 90.1.1º, un acreedor más a los efectos de subasta”.

Undécima 2ª. ¿Conserva el acreedor hipotecario los privilegios exorbitantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil?

Si el acreedor hipotecario no es ejecutante está plenamente justificado que pierda, amén del privilegio procesal de ejecución separada, también aquellos otros privilegios procesales menores que la LEC le reconoce.

Tengamos en cuenta que el acreedor hipotecario que llega a la subasta concursal es porque ha permanecido pasivo hasta entonces, ya que, según el caso:

- a) No ha instado la ejecución hipotecaria antes del concurso.
- b) No siendo el bien necesario para la continuidad de la actividad empresarial, no inició la ejecución hipotecaria tras el auto de declaración.
- c) Siendo el bien necesario yalzada la suspensión por abrirse la liquidación más allá del plazo de espera de 1 año del art. 56.1, no interesó su reanudación.

V FORO CONCURSAL DEL TAP

13 y 14 de diciembre

- d) Ha vetado la venta directa al no aceptar un precio inferior al mínimo pactado.
- e) No ha aceptado la dación en pago o para pago.

No siendo ejecutante y no habiendo hecho esfuerzo alguno para favorecer la realización del bien afecto no hay más razón que la inercia histórica para revestirle de privilegios. Esta posición es comúnmente aceptada en el foro (AAP de Barcelona, Sección 15ª, de 21 de Noviembre de 2012), si bien es frecuente que, por motivos prácticos, se prescinda de exigir al acreedor hipotecario la consignación para participar en la subasta (AJM nº 6 de Madrid de 8 de Septiembre de 2015, AJM nº 1 de Murcia de 19 de Enero de 2015, entre muchos). A nuestro juicio exigir el depósito al acreedor con privilegio especial le motiva a no dejar quebrar la subasta y, de hacerlo, perderá el depósito, que no se aplicará a pagar su propio crédito, como dispone el art. 653 LEC, sino que ingresará en la masa activa del concurso, ya que el acreedor con privilegio especial sólo tiene derecho a cobrar con lo obtenido en la realización del bien afecto y en este caso el importe de los depósitos no procede de la enajenación del bien, sino, precisamente, de su frustración.

Undécima 3ª. ¿Es necesaria la certificación registral de dominio y cargas?

La certificación de cargas carece de sentido en la subasta concursal. Al no haber propiamente acreedor ejecutante, tampoco hay acreedores que puedan serle preferentes. El bien sale a subasta con las cargas que resulten de la certificación registral que ha de acompañar la administración concursal a su solicitud y, una vez producida la adjudicación, se purgan todas las cargas, reales y no reales, salvo que la transmisión haya sido con subsistencia del gravamen real (art. 149.5 LC).

Undécima 4ª.- Comunicación a titulares de derechos inscritos con posterioridad.

La LEC (artículo 659) dispone que el registrador comunicará la existencia de la ejecución a los titulares de derechos que figuren en la certificación de cargas y que aparezcan en asientos posteriores al del derecho del ejecutante. De nuevo esta previsión ha de calificarse de estéril, ya que esos titulares posteriores han de usar de su derecho ante el juez del concurso y cobrarán su crédito, si procede, conforme a la cuantía y clasificación que haya merecido en el concurso.

Undécima 5ª. ¿Debe la administración concursal proceder a un nuevo avalúo?

La LEC (arts. 637 y 638) prescribe el avalúo de los bienes *“a no ser que ejecutante y ejecutado se hayan puesto de acuerdo sobre su valor, antes o durante la ejecución”*. Ese avalúo se hará por un perito, efectuándose la tasación por el valor de mercado. Para el caso de bienes hipotecados, el art. 682 obliga a estar, como tipo de la subasta, al precio en que los interesados hayan tasado la finca en la escritura de constitución de la hipoteca.

Estas previsiones ceden de nuevo ante las especialidades del concurso, en concreto ante el artículo 82, que obliga a incluir en el mismo un avalúo de los bienes y derechos del deudor integrados en la masa activa a la fecha de cierre, que será el

V FORO CONCURSAL DEL TAP

13 y 14 de diciembre

día anterior al de emisión de su informe, avalúo que se realizará con arreglo a su valor de mercado, teniendo en cuenta los derechos, gravámenes o cargas de naturaleza perpetua, temporal o redimible que directamente les afecten e influyan en su valor, así como las garantías reales y las trabas o embargos que garanticen o aseguren deudas no incluidas en la masa pasiva. Esta previsión ha de completarse, tratándose de bienes o derechos afectos a un privilegio especial, con las normas sobre el valor razonable del art. 94.5, que si bien, como veremos, ya no son eficaces en liquidación para el cálculo del privilegio, no dejan de proporcionarnos un valor de realización actual.

Habrà que convenir en que disponiendo de una valoración "concurzal", resulta superfluo proceder a un nuevo avalúo e incurrir en nuevos gastos. Únicamente en aquellos casos en que circunstancias sobrevenidas (p.ej. una recalificación de los terrenos) den lugar a variaciones significativas, al alza o a la baja, en el valor asignado al bien en el inventario sería preciso proceder a un nuevo avalúo, que habrá de sujetarse, en su caso, a las exigencias formales del art. 94.5.

Undécima 6ª. Preparación de la subasta.

El art. 643 LEC, bajo la rúbrica "preparación de la subasta", permite que la subasta tenga lugar de forma individual o por lotes, según resulte más conveniente para el buen fin de la ejecución, encomendando al Letrado de la Administración de Justicia la formación de los lotes, previa audiencia de las partes.

Trasladada esta previsión a la subasta concursal, es la administración concursal, por su mejor conocimiento de los bienes, quien mejor puede confeccionar los lotes, agrupando los bienes por la homogeneidad de sus características (valor, naturaleza, estado de conservación, grado de ejecución de las obras en promociones inconclusas, ubicación, etc.). De los lotes, así formados, debe darse publicidad a las partes por 5 días, a fin de puedan efectuar alegaciones que puedan redundar en una mejor liquidación. A tal fin, en el escrito en que se interese la subasta, la administración concursal deberá acompañar nota simple actualizada de cada bien, indicando los lotes o señalando que la misma se llevará a cabo de forma individualizada.

Si la administración concursal interesa medios adicionales de publicidad a los previstos en el art. 645 LECiv, deberá indicarlo así, teniendo los mismos el carácter de crédito contra la masa y, en su caso, de créditos imprescindibles para concluir la liquidación (art. 176 bis.2 LC).

Undécima 7ª.- ¿Es aplicable en la subasta concursal la reducción del 2 % de la deuda por permitir la inspección del bien?

Una de las novedades introducidas en el ámbito de la subasta de inmuebles por la Ley 19/2015, de 13 de Julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, fue la introducción de un apartado 3 en el art. 669 a cuyo tenor cualquier interesado en la subasta podrá solicitar del Tribunal inspeccionar el inmueble ejecutado, quien lo comunicará a quien estuviere en la posesión, solicitando su consentimiento. Cuando el poseedor consienta la inspección del inmueble, el deudor podrá solicitar al Tribunal una

V FORO CONCURSAL DEL TAP

13 y 14 de diciembre

reducción de la deuda de hasta un 2% del valor por el que el bien hubiera sido adjudicado si fuera el poseedor o éste hubiera actuado a su instancia. El Tribunal, atendidas las circunstancias, y previa audiencia del ejecutante, decidirá la reducción de la deuda que proceda dentro del máximo deducible. ¿Es trasladable esta norma a la subasta concursal? La cuestión resulta dudosa, pues el art. 42 LC obliga a la concursada a prestar colaboración en todo lo necesario para el interés del concurso, incluida la inspección del bien a subastar; por otro lado, podemos hallar cierta resistencia en el acreedor hipotecario en la aplicación de la reducción del 2%, aduciendo que el importe del crédito ya quedó establecido en los textos definitivos y no puede ser alterado. A nuestro juicio esta previsión debe aplicarse a la subasta concursal si el deudor es una persona física, que conserva interés en la minoración de la deuda no obstante la liquidación, máxime si va a solicitar la exoneración del pasivo insatisfecho y debe acreditar haber abonado el 25% de los créditos ordinarios, pues, a menor deuda privilegiada total, menor será el importe que, por degradación del crédito en lo no cubierto por la garantía, deberá ser abonado como ordinario. En caso de persona jurídica, teniendo en la normativa concursal un deber de colaboración genérico cuyo incumplimiento es objeto de sanción en la sección de calificación y estando aquélla ya disuelta y en trance de su extinción, no vemos motivo para mutilar el crédito del acreedor privilegiado.

Undécima 8ª. ¿Cómo se articula el sistema de pujas y adjudicaciones en la subasta concursal?

La LEC diseña un sistema de adjudicación con distintas opciones procesales en función del porcentaje que alcanza la mejor postura respecto del valor por el que el bien hubiere salido a subasta. En su traslación a la subasta concursal, al no haber propio ejecutante las prerrogativas que le reconocen los arts. 670 y 671 desaparecen, lo que favorece el tránsito de la subasta, más rápido y sencillo que el previsto en la ley procesal común. Mutilados los privilegios procesales del ejecutante, la subasta concursal habría de desarrollarse de la siguiente forma:

a.- Si la mejor postura fuera igual o superior al 70% del valor fijado en el inventario, se aprobará el remate por decreto en favor del mejor postor. No se admitirán posturas por precio aplazado.

b.- Cuando la mejor postura sea inferior al 70%, podrá el concursado (“ejecutado” en la LEC) presentar tercero que mejore la postura ofreciendo cantidad superior al 70 por ciento de aquel valor o que, aun siendo inferior a dicho importe, resulte suficiente para cubrir la “deuda originaria” a que se refiere el art. 155.5 LC (la LEC habla, en cambio, de lograr “la completa satisfacción del derecho del ejecutante”).

c.- Si no hay tercero que mejore la postura, se aprobará el remate en favor del mejor postor, siempre que la cantidad que haya ofrecido supere el 50% por ciento del valor fijado en el inventario o, siendo inferior, cubra el importe de la “deuda originaria” (la LEC utiliza otro marco cuantitativo de referencia, ya que exige cubrir, al menos, la cantidad por la que se haya despachado ejecución, incluida la previsión para intereses y costas).

d.- Si la mejor postura es inferior al 50% y, a mayores, no cubre la “deuda originaria”, el Juez del concurso resolverá sobre la aprobación del remate teniendo

V FORO CONCURSAL DEL TAP

13 y 14 de diciembre

en cuenta el interés del concurso. La LEC impone valorar *“las circunstancias del caso y (...) especialmente la conducta del deudor en relación con el cumplimiento de la obligación por la que se procede, las posibilidades de lograr la satisfacción del acreedor mediante la realización de otros bienes, el sacrificio patrimonial que la aprobación del remate suponga para el deudor y el beneficio que de ella obtenga el acreedor”*, residenciando, además, esa facultad en el Letrado de la Administración de Justicia. En la subasta concursal, a la que se llega, como dijimos, por una actitud pasiva del acreedor hipotecario, antes y durante el concurso, esos intereses particulares ceden ante el superior interés del concurso, incumbiendo al juez su ponderación.

Undécima 9ª. Consignación del resto del precio y adjudicación.

Aprobado el remate, el adjudicatario deberá proceder a consignar en el plazo que el Juzgado señale la diferencia entre lo depositado y el precio total del remate, dictándose entonces el decreto de adjudicación a su favor. Si el acreedor privilegiado no queda eximido, a nuestro criterio, de consignar el depósito, sí lo ha de estar de consignar el resto del precio cuando la cantidad a ingresar sea igual o inferior al importe de su “deuda originaria”, pues, ahora sí, concluida la subasta, carece de sentido hacerle ingresar un dinero para abonárselo acto seguido en pago de su crédito.

Undécima 10ª. Quiebra de la subasta.

Si el rematante, ya el inicial, ya, en su defecto, los sucesivos, no consignan el resto del precio, perderán el depósito. La LEC distingue según que el importe de los depósitos permita o no cubrir el importe del crédito del ejecutante, los intereses y las costas; si alcanzare para ello, se archivaría la ejecución; en otro caso, se procedería a convocar nueva subasta, destinándose los depósitos, en primer lugar, a cubrir los gastos de la misma, y el resto, junto con lo obtenido en la nueva subasta, se destinará a pagar al ejecutante el principal, intereses y costas, salvo que sea insuficiente, en cuyo caso el orden de imputación de pagos sería el del art. 654.3: intereses remuneratorios, principal, intereses moratorios y costas.

La traducción de estas normas a “lenguaje concursal” sería la siguiente: quebrada la subasta por falta de consignación del resto del precio, la administración concursal, según se haya previsto en el edicto publicado por el Juzgado, podrá vender con sujeción al art. 155.4, ofrecer la dación en pago al acreedor con privilegio especial o, en último término, subastar de nuevo el bien, ahora ya sin sujeción a tipo, o, incluso y en su caso, solicitar la conclusión del concurso por ser desproporcionados los costes de mantener abierta la fase de liquidación en comparación con el previsible valor venal del bien (cfr. art. 152.2 *in fine*), pues la fase de liquidación no puede perpetuarse, a costa de la masa, para tutelar los intereses de un acreedor con privilegio especial que no ha prestado colaboración alguna.

El importe de los depósitos en ningún caso se aplicará al pago del acreedor con privilegio especial. Su privilegio se reduce a cobrar con cargo a los bienes afectos, ya con éstos mismos, si acepta su dación en pago, ya con su producto, si se opta por su realización; los depósitos no son el resultado de la enajenación, sino de su

V FORO CONCURSAL DEL TAP

13 y 14 de diciembre

fracaso, por lo que en ningún caso pueden destinarse al pago del acreedor con privilegio especial, debiendo pasar a formar parte de la masa, que al fin y al cabo es la que ha sufragado la prolongación del periodo liquidatorio.

Undécima 11ª. Subasta sin postor.

Según el art. 671 LEC en este caso podrá el acreedor pedir la adjudicación del bien por el 50% o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos. Si se tratare de la vivienda habitual del deudor, la adjudicación se hará por importe igual al 70 por cien del valor por el que el bien hubiese salido a subasta o si la cantidad que se le deba por todos los conceptos es inferior a ese porcentaje, por el 60 por cien. Los pagos se imputarán por el siguiente orden: intereses remuneratorios, principal, intereses moratorios y costas. Cuando el acreedor no hiciera uso de esa facultad, el Letrado procederá al alzamiento del embargo.

Como en la subasta que nos ocupa el acreedor hipotecario es, procesalmente, un mero acreedor y la posición de ejecutante la ostenta la administración concursal, no juega esta previsión, debiendo ser sustituida por la venta directa sin sujeción a precio mínimo (AJM nº 1 de Oviedo de 4 de Diciembre de 2013). Obviamente, en esta venta sin precio mínimo, el acreedor con privilegio especial siempre podrá ejercer su derecho de veto -consagrado en el art. 155.4- u optar, como mal menor, por la cesión en pago; pero si no quiere la venta a precio libre ni asumir la propiedad del bien, habremos de entender agotado el esfuerzo liquidatorio y proceder a la conclusión con el bien sin realizar, incumbiendo al acreedor hipotecario perseguir el bien ante los juzgados de primera instancia y asumir los costes que ello implica.

Undécima 12ª. Destino de las sumas obtenidas. El alcance de la “deuda originaria”. No necesidad de la tasación del art. 94.5 cuando el concurso sea liquidatorio.

El art. 692.1 LEC dispone:

“El precio del remate se destinará, sin dilación, a pagar al actor el principal de su crédito, los intereses devengados y las costas causadas, sin que lo entregado al acreedor por cada uno de estos conceptos exceda del límite de la respectiva cobertura hipotecaria; el exceso, si lo hubiere, se depositará a disposición de los titulares de derechos posteriores inscritos o anotados sobre el bien hipotecado. Satisfechos, en su caso, los acreedores posteriores, se entregará el remanente al propietario del bien hipotecado.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando el propietario del bien hipotecado fuera el propio deudor, el precio del remate, en la cuantía que exceda del límite de la cobertura hipotecaria, se destinará al pago de la totalidad de lo que se deba al ejecutante por el crédito que sea objeto de la ejecución, una vez satisfechos, en su caso, los créditos inscritos o anotados posteriores a la hipoteca y siempre que el deudor no se encuentre en situación de suspensión de pagos, concurso o quiebra”.

V FORO CONCURSAL DEL TAP

13 y 14 de diciembre

Estas reglas de liquidación del crédito e imputación de pagos también deben ser matizadas en sede concursal.

El número 1º del art. 90.1 atribuye privilegio especial a los créditos garantizados con hipoteca, legal o voluntaria, sobre los bienes hipotecados. El art. 90.3 matiza que *“[e]l privilegio especial solo alcanzará la parte del crédito que no exceda del valor de la respectiva garantía que conste en la lista de acreedores, calculada de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 94. El importe del crédito que exceda del reconocido como privilegiado especial será calificado según su naturaleza”*.

Siguiendo el mandato de aquel precepto, el art. 94.5, en su primer párrafo, sienta las bases de la valoración de las garantías constituidas en aseguramiento de los créditos que gocen de privilegio especial. Para su determinación se deducirán, de los nueve décimos del valor razonable del bien o derecho sobre el que esté constituida la garantía, las deudas pendientes que gocen de garantía preferente sobre el mismo bien, sin que en ningún caso el valor de la garantía pueda ser inferior a cero, ni superior al valor del crédito privilegiado ni al valor de la responsabilidad máxima hipotecaria o pignoraticia que se hubiese pactado.

Este apartado 5º, injertado en el precepto por el Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de Septiembre, ha sido sucesivamente modificado por el Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de Febrero, y la Ley 9/2015, de 25 de Mayo, adquiriendo, así, su actual fisonomía y estructura.

El preámbulo del Real Decreto-Ley 11/2014 explicaba el porqué de la reforma, destinada a reducir el peso específico de los acreedores con privilegio especial de carácter real en el concurso y conseguir una mayor sujeción al convenio, tanto en la parte del crédito no cubierta por los 9/10 del valor razonable de la garantía, como en aquella parte que aún conserva su condición de privilegiado:

“Parece, en efecto, difícil cuestionar que para obtener el verdadero valor de una garantía es necesario deducir del valor razonable del bien sobre el que ésta recae el importe de los créditos pendientes que gocen de garantía preferente sobre el mismo bien. También parece una regla de prudencia reducir dicho valor razonable en un diez por ciento por cuanto la garantía, de hacerse efectiva, requerirá la ejecución del bien o derecho sobre el que esté constituida, lo cual entraña unos costes y dilaciones que reducen el valor de la garantía en, al menos, dicho porcentaje.

Piénsese que de no adoptarse una medida como la presente resulta que los créditos privilegiados pueden multiplicarse ad infinitum cuando su garantía recae sobre un mismo bien, sin que el valor de dicho bien se vea en absoluto incrementado. Por poner un ejemplo práctico, hoy por hoy es posible tener cinco hipotecas de 100 sobre un bien que vale 100, llegándose así al absurdo de tener un pasivo privilegiado a efectos concursales por 500 garantizados por un bien que vale 100. No debe olvidarse, por otro lado, que uno de los principios que debe necesariamente regir el concurso es el de par conditio 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

V FORO CONCURSAL DEL TAP

13 y 14 de diciembre

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.

Tampoco puede considerarse que la determinación del valor de la garantía sea un recorte del crédito garantizado. Es simplemente una valoración diferenciada del derecho principal y del derecho accesorio. No se pone en cuestión el derecho principal, sino que se permite aclarar qué parte del mismo se beneficiará del derecho accesorio y cuál no, debiendo en la segunda recibir el mismo trato que corresponda al crédito según su naturaleza.

En segundo lugar, otra modificación relevante en materia de convenios concursales es la ampliación del quórum de la junta de acreedores, atribuyendo derecho de voto a algunos acreedores que hasta ahora no lo tenían. Si las medidas adoptadas en materia de valoración de garantías deben conducir ya de por sí a la ampliación de dicho quórum (...) finalmente se introduce una previsión novedosa (nuevo artículo 134.3), que también tiene precedente en la Ley 17/2014, sobre la posibilidad de arrastre de determinados créditos con privilegio general o especial, incluso en la parte cubierta por el valor de la garantía. Aunque para ello se exige un doble requisito: además de unas mayorías aún más reforzadas, que el acuerdo sea adoptado por acreedores de la misma clase, introduciéndose por primera vez en nuestro ámbito concursal esta consideración que ya tiene precedentes en derecho comparado y en los acuerdos preconcursales de la disposición adicional cuarta que afectan a los acreedores de pasivos financieros. Para ello se distinguen cuatro clases de acreedores, cada uno de los cuales reúne características propias que justifican un tratamiento específico en el seno del concurso. En primer lugar, los acreedores de derecho laboral; en segundo lugar, los acreedores públicos; en tercer lugar, los acreedores financieros; y finalmente, el resto (entre los cuales deberán incluirse de forma principal a los acreedores comerciales).

La decisión adoptada por las mayorías cualificadas exigidas puede verse como un sacrificio del acreedor que se ve arrastrado, lo cual es cierto, pero también desde un punto de vista positivo como un menor sacrificio del resto de acreedores que acuerdan el arrastre.”

Paralelamente al recorte del privilegio, el Real Decreto-Ley 11/2014 da una nueva redacción al art. 140.4 al objeto de precisar los efectos que la resolución del convenio provoca en los acreedores privilegiados adheridos o arrastrados, que “podrán iniciar o reanudar la ejecución separada de la garantía desde la declaración de incumplimiento y con independencia del eventual inicio de la fase de liquidación. En este caso, el acreedor ejecutante hará suyo el montante resultante de la ejecución en cantidad que no exceda de la deuda originaria, correspondiendo el resto, si lo hubiere, a la masa activa del concurso”. El preámbulo del Real Decreto-Ley explicaba la motivación de la norma:

V FORO CONCURSAL DEL TAP

13 y 14 de diciembre

“[C]on el fin de respetar en la mayor medida posible el verdadero valor de la garantía, se establece en el artículo 140 que si, llegado el caso, el acreedor con privilegio (que hubiera votado a favor de un convenio o se hubiera visto arrastrado por él), tiene que ejecutar la garantía, se hará con el montante total obtenido que no exceda del crédito originario. Hay que insistir en el hecho de que todas las medidas introducidas en este real decreto-ley y en el Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, Ley 17/2014, respecto al valor de las garantías tienen su efectividad en relación con el procedimiento concursal pero no implican alteración de las garantías registradas ni de las reglas establecidas para su ejecución fuera del concurso”.

El “recorte” del privilegio impuesto por los arts. 90.3 y 94.5 quedaba, pues, sin efecto en caso de ejecución separada de la garantía subsiguiente al incumplimiento del convenio. Mas, ¿qué sucedía cuando el bien se vendía en el marco de la liquidación concursal, en una ejecución separada en fase común (art. 56) o en una pieza separada de la sección 5ª (art. 57.3, inciso final)? Situados en cualquiera de esos escenarios, si en la venta del bien se obtenía un valor superior al privilegio especial reconocido, ¿seguía teniendo razón de ser el sacrificio impuesto al acreedor privilegiado, que parecía perder un 10%, en todo caso, a favor del concurso? Las entidades bancarias pronto alertaron del peligro que se cernía sobre sus créditos hipotecarios, acudiendo presto el legislador a dar solución al problema, exportando la regla del art. 140.4 también a la fase de liquidación mediante la inserción en el art. 155 de un apartado 5º del siguiente tenor:

“En los supuestos de realización de bienes y derechos afectos a crédito con privilegio especial previstos en este artículo, el acreedor privilegiado hará suyo el montante resultante de la realización en cantidad que no exceda de la deuda originaria, correspondiendo el resto, si lo hubiere, a la masa activa del concurso”.

El legislador nos ofrece la justificación de la reforma:

“En coherencia con las modificaciones introducidas en el art. 140.4, se modifica el art. 155 para establecer que cuando se ejecuten bienes o derechos afectos a un crédito con privilegio especial, el acreedor privilegiado se hará con el montante total obtenido que no exceda del crédito originario. De este modo, no se alteran las garantías registradas ni las reglas establecidas para su ejecución.”

Este novedoso apartado 5º resulta cierra la brecha que había abierto el art. 140.4, ya que la regla de la “deuda originaria” será aplicable a la realización en sede de liquidación (ya que el artículo 155 pasa a ser, tras el retoque del artículo 149 por la Ley 9/2015, norma de derecho necesario), en fase común (pues las reglas del artículo 155 rigen cualquiera que sea la fase del concurso, por más que esté –mal-ubicado en sede de liquidación) y a la ejecución separada ex art. 57.3.

El AAP de Asturias, Sección 1ª, de 23 de diciembre de 2016 nos dice al respecto:

“Queda por tanto aclarado que el criterio del valor de la garantía – entendida como el resultante de la deducción de los de los nueve décimos del valor razonable del bien o derecho sobre el que esté constituida la garantía, las deudas pendientes que gocen de garantía preferente sobre el mismo bien- no resulta de aplicación en lo relativo a la realización de los bienes garantizados en la fase de liquidación por cuanto el acreedor

V FORO CONCURSAL DEL TAP

13 y 14 de diciembre

privilegiado conserva su derecho a obtener el importe obtenido en la venta del bien con el único límite de la “deuda originaria”.

Si el precepto resulta claro, no lo es tanto la explicación del legislador, pues habla impropriadamente de ejecución (“cuando se ejecuten...”), cuando no todo escenario liquidatorio emplea ese modo de realización del bien. En todo caso, debemos de estar a la letra del precepto y no a la visión que del mismo tiene su creador.

Con todo, quedan dos dudas en el aire:

- a) ¿Qué nos quiere decir la ley con “deuda originaria”?
- b) ¿Es un concepto único, que juega por igual en una ejecución separada que en la sección 5ª, o puede defenderse que la “deuda originaria” en una ejecución separada tiene mayor extensión que en un escenario puramente liquidatorio?

A nuestro juicio la “deuda originaria” significa que, abortada la posibilidad de un convenio, las reglas de cálculo del importe del privilegio de los artículos art. 90.3 y 94.5 ya no resultan de aplicación, de suerte que el privilegio especial volverá a su extensión originaria (la que tenía en la redacción original de la Ley 22/2003) y cubrirá el principal y los intereses hasta donde alcance el valor de la garantía. En suma, el recorte del crédito con privilegio especial tiene eficacia claudicante, pues está condicionado al devenir del concurso: sólo juega si la solución es de convenio y éste llega a cumplirse. Y es lógico que así sea, pues en cualquiera de los escenarios liquidatorios el “recorte” del privilegio lo impone, *de facto*, el mercado (y en porcentaje muy superior al 10%), resultando superfluo un recorte, *de iure*, del legislador.

Pero aquí no acaba el problema, pues el concepto de “deuda originaria” no es único, sino que su extensión depende del cauce de realización del bien; en efecto, si el bien se ejecuta extra muros del concurso, la “deuda originaria” comprenderá, no sólo principal e intereses, sino también costas y gastos de la ejecución, al margen de la clasificación crediticia que cada uno de esos conceptos haya merecido en el concurso; por el contrario, el bien se realiza en cumplimiento del plan de liquidación, la “deuda originaria” necesariamente ha de tener otra extensión, menor, ya que, de un lado, sólo se privilegian el principal y, acaso, los intereses, y, de otro, en la ejecución universal no hay costas y los gastos -de existir- los asume la masa, no el acreedor privilegiado.

Dado que el “recorte” del privilegio sólo opera para el convenio, si el concurso es liquidatorio –o así se prevé- decae la necesidad de efectuar la tasación del art. 94.5, evitando, así, incurrir en gastos superfluos.

Undécima 13ª. Imputación de pagos en caso de pago parcial del crédito hipotecario.

El pago –parcial- del crédito hipotecario plantea también un problema de imputación de pagos. Atendida la sentencia de este Juzgado de fecha 20 de

V FORO CONCURSAL DEL TAP

13 y 14 de diciembre

diciembre de 2017, “[d]ebemos aquí distinguir, de nuevo, según el bien se realice dentro o fuera del concurso.

Si el bien se realiza dentro del plan de liquidación (o incluso antes, ex art. 43.2 LC, ya por venta o dación en pago) y lo obtenido sólo alcanza para un pago parcial, el acreedor hipotecario suele solicitar que el pago se impute, en primer lugar, a los intereses (conforme al art. 1173 del Código Civil), para que, de quedar alguna parte de su crédito en descubierto, sea el principal, que se degradaría a ordinario, y no a subordinado como aquéllos. Sin embargo, la imputación a intereses antes que al principal resulta extraña al proceso concursal, en que la ley, por su carácter accesorio, sólo privilegia los intereses en tanto en cuanto resulten cubiertos por la garantía (artículo 59) y siempre por detrás del principal, por lo que la norma a aplicar es el artículo 1174 CC, que imputa el pago a la deuda más onerosa al deudor, que en este caso es el principal, por su superior clasificación crediticia (AJM n.º 1 de Oviedo de 16 de febrero de 2016). El AAP de Asturias, Sección 1ª, de 5 de Julio de 2017 señala que “el problema referido al orden de los pagos en el seno del concurso no puede ser resuelto aplicando las normas generales contenidas en el Código Civil sino los mecanismos propios de la Ley Concursal. En materia del crédito por intereses derivados de una obligación garantizada con garantía real, el art. 59-1 LC dispone que “serán exigibles hasta donde alcance la respectiva garantía”, lo que se repite en idénticos términos en el art. 92-31 LC, y que supone su reconocimiento como crédito con privilegio especial como aplicación en esta materia del principio por el cual lo accesorio sigue el destino de lo principal. Por tanto este crédito por intereses parece en el concurso como un crédito de extensión contingente, no solo por cuanto su devengo se extenderá hasta el momento en que tenga lugar el completo pago de la obligación garantizada, sino porque su naturaleza de crédito privilegiado dependerá de hasta donde alcance la garantía. Como acertadamente dice la administración concursal en su escrito de oposición al recurso, hasta tanto no se haya cubierto el principal de la obligación no se podrá conocer con precisión qué importe de los intereses serán exigibles con aquel privilegio, lo que conduce a entender como lógico que el orden de pagos de los créditos cubiertos con privilegio especial por una misma garantía (art. 155-1 LC) deberá comenzar con la cantidad correspondiente al capital, y solo una vez que haya sido satisfecho se podrá continuar con el pago de los intereses hasta donde alcance la garantía.”

Ahora bien, si el inmueble se ejecuta fuera del concurso, ya se tramite esa ejecución separada ante los Juzgados de Primera Instancia, ya ante el juez del concurso en pieza separada, el orden de imputación de pagos ya no será el concursal, sino el previsto en el art. 654.3 LEC”.

Undécima 14ª. Pago cuando el bien se encuentre afecto a más de un crédito con privilegio especial.

Si un mismo bien o derecho se encontrase afecto a más de un crédito con privilegio especial, el art. 155.2.II prevé que los pagos se realizarán conforme a la prioridad temporal que para cada crédito resulte del cumplimiento de los requisitos y formalidades previstos en su legislación específica para su oponibilidad a terceros.

V FORO CONCURSAL DEL TAP

13 y 14 de diciembre

Cuando lo concurrente son hipotecas voluntarias no hay duda, rige el orden de inscripción (*cf.* arts. 24 y 25 LH). Pero, ¿qué sucede cuando no hay inscripción (IBI) o, pudiendo haberla, no es precisa para el reconocimiento del privilegio (refacción laboral)?

El privilegio refaccionario laboral no precisa de formalidad alguna para su existencia. El art. 32 ET le atribuye preferencia “sobre cualquier otro crédito” respecto de los objetos elaborados por los trabajadores mientras sean propiedad o estén en posesión (*sic.*) del empresario. La técnica normativa es mejorable, pues incurre con un doble reenvío: el art. 90.2 se remite a su legislación específica (ET) y ésta (art. 32.5 ET) remite al legislador concursal, disponiendo que las preferencias reconocidas en los apartados precedentes (entre ellas el privilegio refaccionario) serán de aplicación en todos los supuestos de concurrencia de créditos, salvo en caso de concurso, en que regirán las normas de la Ley Concursal. A fin de evitar este bucle clasificatorio, hemos de entender que la remisión del art. 90.2 lo es únicamente al art. 32.2 ET, y no al entero precepto, concluyendo la preferencia del crédito refaccionario sobre cualquier otro crédito en relación con los objetos elaborados por los trabajadores que están incluidos en la masa activa.

En el caso del IBI, el sujeto pasivo del impuesto es quien ostente la titularidad dominical del inmueble en el momento del devengo del impuesto (art. 63 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales), que es el primer día del período impositivo, que coincide con el año natural (art. 75).

Si la concursada era propietaria del inmueble a fecha 1 de Enero, el sujeto pasivo del impuesto seguirá siendo ella, por más que en el plan de liquidación se prevea que su pago corresponderá al comprador o se pacte un prorrateo, pues como aclaramos en el epígrafe precedente, las previsiones sobre el abono de impuestos solo tienen eficacia entre comprador y vendedor, nunca frente al organismo recaudador. La administración concursal debe proceder al pago del IBI (en la extensión de la hipoteca legal tácita) con cargo a lo obtenido en la enajenación del bien afecto y de concurrir sobre el mismo bien la hipoteca legal tácita con una voluntaria constituida a favor de otro acreedor, el art. 155.3.II soluciona la colisión del privilegios conforme a su prioridad temporal, que vendrá determinada por la fecha de inscripción de la hipoteca en las voluntarias, debiendo de estarse para las legales tácitas a lo que resulte de su regulación específica, lo que nos remite al artículo 78 de la Ley General Tributaria, que concede a la Hacienda Local *preferencia sobre cualquier otro acreedor o adquirente, aunque éstos hayan inscrito sus derechos, para el cobro de las deudas devengadas y no satisfechas correspondientes al año natural en que se exija el pago y al inmediato anterior*. En suma, con el producto obtenido por la venta del bien la administración concursal deberá pagar, en primer lugar, el crédito privilegiado en concepto de IBI y luego, de existir, las hipotecas voluntarias.

Si, no obstante lo anterior, la administración concursal no paga el IBI, ello traerá consigo una doble consecuencia; en primer lugar, para el adquirente, ya que el

V FORO CONCURSAL DEL TAP

13 y 14 de diciembre

cambio en la titularidad del inmueble hace nacer una afección real sobre el bien transmitido, en régimen de responsabilidad subsidiaria, afección que es jurídicamente distinta a la hipoteca legal tácita y que tiene mayor extensión, pues comprende la totalidad de la cuota tributaria (art. 64 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales); en segundo, para la propia administración concursal, pues si el concurso concluye sin satisfacción de ese crédito con privilegio especial, la administración tributaria podrá derivarle responsabilidad subsidiaria en virtud del art. 43.1 c) de la Ley General Tributaria.

En caso de dación en pago del inmueble a la entidad bancaria titular del crédito hipotecario, como la realización del bien afecto no supone la entrada de efectivo en el concurso, la administración concursal, ante el temor de una derivación de responsabilidad, tiene la tentación de pagar el IBI con cargo a la masa, algo que la ley sólo permite en el supuesto del art. 155.2; descartado ese primer impulso, la venta a precio “cero”, sin entrada de precio a la masa del concurso, tiene una triple consecuencia según el auto de este juzgado de 23 de marzo de 2018:

- a) El crédito por IBI, transmitido el bien afecto, se degrada en un 50% a privilegiado general y en el otro 50% a crédito ordinario (art. 91.4º LC), procediéndose a su abono, en su caso, conforme a esa nueva clasificación.
- b) Con la dación en pago habrá surgido la afección real, por lo que el banco, si quiere liberar el bien, deberá proceder al abono de la hipoteca legal tácita.
- c) Si el acreedor hipotecario finalmente abona la hipoteca legal tácita, se subroga en la posición del Ayuntamiento, si bien su crédito será ordinario en su totalidad por no tener la consideración de organismo público que justifique la permanencia del carácter privilegiado del art. 91 (art. 97.4.2º).

Undécima 15ª. Cancelación de cargas o gravámenes anteriores.

El artículo 670.5 LEC prevé que el adjudicatario habrá de aceptar la subsistencia de las cargas o gravámenes anteriores y subrogarse en la responsabilidad derivada de ellos. Esta disposición queda huérfana de contenido en la subasta concursal, en que no hay propiamente ejecutante y, por ello, no hay distinción entre cargas anteriores y posteriores a aquella que ha dado lugar a la ejecución. La adjudicación tiene lugar libre de toda carga, real y no real, por imperativo del art. 149.5, a salvo la que pudiere estar constituida, como veremos, a favor del acreedor hipotecario cuando el concursado sea hipotecante no deudor.

V FORO CONCURSAL DEL TAP

13 y 14 de diciembre

DUODÉCIMA. LA SUBASTA NOTARIAL.

La administración concursal podrá interesar la celebración de subasta notarial como vía de realización de bienes muebles (de especial valor) o inmuebles.

De conformidad con el Auto de este Juzgado de 31 de Julio de 2017, es conveniente efectuar algunas aclaraciones al respecto a fin de comprobar cómo se concilia la Ley del Notariado con la normativa concursal.

La Ley del Notariado regula el expediente de subasta notarial en los arts. 72 a 76. La LN distingue tres tipos de subasta en razón de su origen:

- a) Las que vienen impuestas por una disposición legal, que se regirán por la norma que las establezca y, en su defecto, por la normativa notarial;
- b) Las que traigan causa del cumplimiento de una resolución judicial o administrativa, cláusula contractual o testamentaria, laudo arbitral, acuerdo de mediación o pacto especial en instrumento público, que se regirán por aquellos preceptos.
- c) Las voluntarias, en que el solicitante puede incluir condiciones particulares en el pliego de las subasta; en concreto, el art. 77 LN prevé que el solicitante *“podrá aumentar, disminuir o suprimir la consignación electrónica previa y tomar cualquier otra determinación análoga a la expresada”*. En todo lo demás se aplicarán las normas de los arts. 72 a 76.

Lo primero que tenemos que definir es qué tipo de subasta es la concursal. No es legal, pues el art. 149 no la impone siquiera como supletoria. Tampoco se realiza, estrictamente, en cumplimiento de una resolución judicial, pues el juez del concurso, generalmente, no acuerda de oficio su celebración, sino que aprueba un plan de liquidación en que la administración concursal, de forma voluntaria, ha optado por este medio de realización.

Vendría a ser un *tertium genus* entre la judicial y la voluntaria, pues es la conjunción de la voluntad de la administración concursal y del juez del concurso la que determina su aplicación.

Dado su origen voluntario, será de aplicación el art. 77, pudiendo la administración concursal, en cuanto solicitante, fijar condiciones particulares en materia de consignación, tipo de licitación y admisión de posturas por debajo del tipo. En lo demás, regirán las normas de los arts. 72 a 76 en todo aquello que no resulte incompatible con la normativa concursal.

Veamos ahora cómo quedaría configurada la subasta concursal notarial, simplemente para orientar a la administración concursal y lejos de todo ánimo de usurpar competencias del Notario actuante.

V FORO CONCURSAL DEL TAP

13 y 14 de diciembre

Duodécima 1ª. Determinación del Notario competente.

El art. 72.3 dispone al respecto: *“Si no hubiera nada dispuesto, y la subasta fuera celebrada en cumplimiento de una resolución judicial o administrativa, será competente, en defecto de designación por acuerdo de todos los interesados entre los Notarios con residencia en el ámbito de competencia de la autoridad judicial o administrativa, el que designe el titular del bien o derecho subastado o de la mayor parte del mismo, si fueran varios, de entre los competentes. Si los diversos titulares fueran propietarios por partes iguales, la elección del Notario corresponderá a aquel que lo fuera con anterioridad. Si no se pudiera determinar a quién le corresponde la designación del Notario, o si no se comunicara a la autoridad judicial o administrativa por quien corresponda en el plazo de cinco días desde el requerimiento para efectuarla, se procederá a designar conforme a lo establecido reglamentariamente entre los que resulten competentes.*

En los restantes casos, será Notario competente el libremente designado por todos los interesados. En su defecto y a falta de previsión al respecto, será competente el libremente designado por el requirente, si fuera un titular del bien o derecho subastado. Si no lo fuera, será competente el Notario hábil en el domicilio o residencia habitual del titular o de cualquiera de los titulares, si fueran varios, o el de la situación del bien o de la mayor parte de los bienes, a elección del requirente. También podrá elegir a un Notario de un distrito colindante a los anteriores.

En la subasta concursal notarial, salvo que el juez haya fijado normas de designación, la elección del Notario corresponde a la administración concursal, sin sujeción a las normas de este precepto.

Duodécima 2ª. Acreditación de la capacidad y legitimación del promotor.

El art. 73 establece que el Notario examinará la solicitud de subasta, dando fe de la identidad y capacidad de su promotor y de la legitimación para instarla. El solicitante habrá de acreditar al Notario la legitimación para disponer del bien o derecho a subastar, las cargas que sobre él pesen o que se halla libre de ellas, la situación arrendaticia y posesoria, el estado físico en que se encuentre, obligaciones pendientes, valoración para la subasta y cuantas circunstancias tengan influencia en su valor, así como, en su caso, la representación con que actúe.

Esta previsión debe acomodarse a la situación concursal, debiendo la administración concursal aportar al Notario su credencial, testimonio del plan de liquidación y del auto que lo aprueba, con expresión de su firmeza o acompañando diligencia del Letrado de la Administración de Justicia expresiva de que, aun habiéndose interpuesto recurso de apelación, el auto es ejecutivo por juez no haber hecho el juez uso de la facultad suspensiva del art. 197.6 LC. Deberá

V FORO CONCURSAL DEL TAP

13 y 14 de diciembre

asimismo aportar certificación registral y testimonio de particulares del Informe definitivo del art. 75 LC al objeto de que el Notario pueda comprobar el valor asignado al bien y, en su caso, el reflejo crediticio de las cargas, reales o no reales, que sobre él pesaren, así como otra documentación adicional que el Notario pueda requerir.

Duodécima 3ª. Certificación de dominio y cargas.

La LN impone al Notario solicitar por procedimientos electrónicos certificación registral de dominio y cargas si se tratara de un inmueble o derecho real inscrito en el Registro de la Propiedad o bienes muebles sujetos a un régimen de publicidad registral similar al de aquéllos. Por más que consideremos ese trámite suprimible en la subasta judicial, compete al Notario decidir si prescinde del mismo; no obstante, lo relevante no son las cargas que aparezcan en el Registro sino la certeza de que las únicas cargas trascendentes a efectos liquidatorios serán las que hayan tenido reflejo en la lista de acreedores como un crédito con privilegio especial o en el inventario, minorando el avalúo del bien en caso de concursado hipotecante no deudor; las primeras, en cuanto que sus titulares serán destinatarios preferentes del precio obtenido; las segundas, porque no podrán cancelarse.

Duodécima 4ª. Valoración del bien.

El art. 74.3 LN dispone que *“[s]i la valoración no estuviere contractualmente establecida o no hubiera sido suministrada por el solicitante cuando éste pudiera hacerlo por sí mismo, será fijada por perito designado por el Notario conforme a lo dispuesto en esta Ley. El perito comparecerá ante el Notario para entregar su dictamen y ratificarse sobre el mismo. Dicha valoración constituirá el tipo de la licitación. No se admitirán posturas por debajo del tipo”*. Esta previsión, como advertimos de inicio, se pliega ante el art. 77, pudiendo la administración concursal, en cuanto solicitante, fijar condiciones particulares sobre el tipo de licitación y admisión de posturas por debajo del mismo.

Duodécima 5ª. Cancelación de cargas.

Es competencia del juez del concurso, de conformidad con lo previsto en el art. 149.5 LC. La purga deberá efectuarse, a solicitud de la administración concursal, una vez concluida la subasta notarial.

DÉCIMOTERCERA. EL PAGO DE CUOTAS DE COMUNIDAD (art. 9.1.e LPH).

Del art. 9.1.e) LPH nacen dos relaciones distintas: a) La existente entre la comunidad y el deudor, que da lugar a una preferencia de crédito del art. 1923 CC, extraña al concurso de acreedores, en que sólo se reconoce un mero crédito

V FORO CONCURSAL DEL TAP

13 y 14 de diciembre

ordinario; b) la relación entre la comunidad y el adquirente del inmueble del deudor, que da lugar a la afección real, que surge si en el momento de la transmisión no se abonan las cuotas pendientes.

En el curso de la liquidación, cuando la administración concursal venda el inmueble a un tercero nacerá la afección real a favor de la comunidad, pero ello no altera la clasificación de su crédito –ordinario-, por lo que la administración concursal no podrá destinar el dinero obtenido en la realización del bien al pago de la deuda, debiendo ser el eventual comprador quien la asuma para adquirir el inmueble libre de esa carga.

DECIMOCUARTA.- EL ART. 155 EN EL CONCURSO DEL HIPOTECANTE NO DEUDOR.

Cuando el concursado es hipotecante no deudor, el bien forma parte de la masa activa, por más que el crédito garantizado se sitúe extra muros del concurso. Si el bien está integrado en el inventario, debe procederse a su realización, pues el art. 148.1 encomienda a la administración concursal la realización del «plan para la realización de los bienes y derechos integrados en la masa activa del concurso».

Concluido que el bien ha de enajenarse, el siguiente paso es determinar cómo. ¿Rige el art. 155? Lógicamente no, ya que este precepto regula las formas de realización de los bienes sujetos a privilegio especial y aquí el acreedor hipotecario no tiene crédito reconocido en el concurso. El bien podrá venderse de forma directa o en subasta, pero manteniendo la carga hipotecaria.

Ahora bien, si además de la hipoteca en garantía de la deuda de un tercero recae sobre el bien otra u otras en las que el concursado es, a la vez, hipotecante y deudor, ¿seguirá sin entrar en liza el art. 155.4? En esta hipótesis, cualquiera que sea la prioridad de rango de esta última hipoteca, al existir un crédito con privilegio especial reconocido en el concurso, será de aplicación el art. 155.4; con todo, lo relevante no será tanto la forma o precio de realización, sino el destino de lo obtenido, pues si la hipoteca en garantía de deuda ajena es primera hipoteca, la venta o adjudicación (sea al acreedor privilegiado titular de la segunda hipoteca, sea un tercero) lo será con la carga anterior, que, reitero, no puede seralzada dentro del concurso, por lo que lo más probable es que el acreedor privilegiado no alcance a cobrar su crédito.

V FORO CONCURSAL DEL TAP

13 y 14 de diciembre

DECIMOQUINTA.- LA CANCELACIÓN DE CARGAS. SUPUESTOS DE HIPOTECANTE NO DEUDOR Y CRÉDITOS NO CONCURRENTES.

Decimoquinta 1ª. Autoridad que procede a la cancelación y resolución vehicular.

La cancelación de cargas se llevará a cabo por juez del concurso, bien en el auto de aprobación del remate (si hay subasta) bien en el que se acuerde la transmisión. Con todo, no siempre existe un propio auto de transmisión, sino un auto aprobando el plan de liquidación, en cuyo desarrollo la administración concursal procede a enajenar cada uno de los activos; en este caso, perfeccionada y documentada la venta, la administración concursal deberá presentar un escrito al Juzgado interesando la cancelación, acompañando copia del contrato privado o de la escritura y una nota simple actualizada en la que figuren las cargas cuya cancelación se interesa.

Decimoquinta 2ª.- Tiempo de la cancelación.

La cancelación en ningún caso tendrá lugar antes de la venta. Desde el Auto de este Juzgado de 9 de diciembre de 2008 se impone a la administración concursal que la venta se haga bajo condición suspensiva del posterior alzamiento de los embargos:

«Resta por último abordar el momento en que debe procederse a esa cancelación de embargos. Aquí se produce una tensión entre dos intereses que debe conciliarse: de un lado, el interés del concurso, pues si los bienes no se ofrecen como libres de cargas el abanico de los posibles interesados se reduce ostensiblemente; y, de otro, el temor de los acreedores embargantes a que se levanten los embargos con carácter previo y luego no se venda el bien y se concluya el concurso, de suerte que hayan perdido sus medidas de garantía de forma estéril.

Esa tensión de intereses ha de resolverse de la siguiente forma: ofrecer los bienes libres de cargas a los vendedores, informándoles de las cargas que pesan sobre ellos y de que, una vez ingresen el dinero pactado en la cuenta de consignaciones del Juzgado, se expedirán por éste mandamientos de cancelación de aquéllas, de manera que si por cualquier cuestión la cancelación no se logra se procederá a devolverles el dinero. Otra de las posibilidades es celebrar la compraventa bajo la condición suspensiva consistente en que por el Juzgado se obtenga esa liberación de cargas».

Este último inciso no es baladí, pues de someterse la venta a condición resolutoria, y no suspensiva, se devengará IVA o TPO.

Decimoquinta 3ª.- Coste de la cancelación.

V FORO CONCURSAL DEL TAP

13 y 14 de diciembre

El coste de cancelación será crédito contra la masa (Auto de este Juzgado de 5 de mayo de 2008) y se abonará conforme a su devengo y, en caso de insuficiencia (art. 176.bis.2), será subsumible en los «créditos imprescindibles para concluir la liquidación».

Decimoquinta 4ª.- Hipotecante no deudor.

El art. 149.5 restringe la potestad canceladora del juez a las cargas anteriores al concurso “constituidas a favor de créditos concursales”. En caso de concurso de hipotecante no deudor, al no existir, propiamente, un crédito reconocido en el concurso, sino una carga que minusvalora el bien, no se puede proceder a cancelar la hipoteca en caso de venta o subasta del bien, salvo que así lo consienta el acreedor hipotecario (AAP de Murcia, Sección 4ª, de 2 de febrero de 2017). La transmisión tendrá lugar conforme a las reglas del mercado hipotecario libre (no concursal), pudiendo llevarse a efecto en cualquiera de las modalidades previstas en el Código Civil y LH, con plena sujeción a sus previsiones en orden a la responsabilidad real y personal. Podrá, por tanto, enajenarse el bien con la carga (SAP de Granada, Sección 3ª, de 7 de abril de 2016; AAP de Murcia, Sección 4ª, de 2 de febrero de 2017), proceder el comprador a retener parte del precio para proceder a su cancelación (que se practicará notarialmente fuera del concurso) o, incluso, adjudicarse en subasta al acreedor hipotecario, que aun no teniendo reconocido crédito en el concurso, no deberá abonar precio alguno (salvo, claro está, que existiere sobrante), extinguiéndose la garantía por confusión de derechos. Más compleja de articular puede ser la dación en pago al no existir crédito reconocido en el concurso; de existir óbice notarial o registral para verificar la dación, podrá recurrirse a revestir la operación de la forma de una compraventa, aplicándose el precio en la propia escritura al pago del crédito del acreedor hipotecario.

Decimoquinta 5ª.- Cargas por créditos no reconocidos.

Acabamos de ver cómo el art. 149.5 exige que exista un crédito concursal reconocido en el concurso para que podamos proceder a “purgar” la carga. De ordinario, existiendo constancia registral de la carga, aunque el acreedor no haya comunicado su crédito en el concurso, la administración concursal procederá de oficio a incluirlo en la lista de acreedores (art. 86.2); pero puede suceder y, de hecho, sucede con cierta frecuencia, que cuando la administración concursal solicita el alzamiento de los embargos el juez del concurso comprueba que alguna de ellas no ha tenido reflejo crediticio en el concurso; se trata, generalmente, de hipotecas canceladas contablemente, de ahí que el banco no haya comunicado crédito alguno; en otras ocasiones, existiendo deuda “viva”, ni el acreedor la comunicó, ni la administración concursal procedió de oficio al reconocimiento; en puridad, en estos casos, el art. 149.5, interpretado en su literalidad, nos impide alzar la carga, pero tal conclusión es inaceptable: si no existe deuda, no puede

V FORO CONCURSAL DEL TAP

13 y 14 de diciembre

pervivir la carga; y si existe, pero no *para* el concurso (la no inclusión de un crédito no implica que deje de existir, pero implica su inoponibilidad al concurso, según las SSTs de 7 de Octubre y 4 de Noviembre de 2016), debe cancelarse, so pena de conceder mejor trato al que, debiendo comunicar su crédito, no lo hizo, frente al que sí comunicó su crédito, que vealzada la carga sin remisión. Se impone, pues, la cancelación de cargas constituidas a favor de créditos *potencialmente* concursales, hayan tenido o no reflejo como tales en la lista de acreedores; esto es, se cancelan las cargas vinculadas a acreedores incluidos en la lista o a quienes, pudiendo haberlo estado, no lo han sido por causa a ellos imputable (AJM nº 1 de Oviedo de 31 de octubre de 2016).

DECIMOSEXTA.- RÉGIMEN DE RECURSOS.

Contra el auto aprobando el plan de liquidación la ley concede recurso de apelación. Aunque las presentes bases liquidatorias tratan de restringir el dictado de autos tras la aprobación del plan, en ocasiones (y, siempre, para cancelar cargas) no es posible prescindir absolutamente del dictado de resoluciones meramente instrumentales del plan. Si aplicáramos a esos autos la regla general del art. 197 (recurso de reposición y posterior apelación), el tránsito liquidatorio se dilataría sin remisión, pues sabido es que la práctica registral exige firmeza de las resoluciones judiciales para practicar inscripciones. Por ello el criterio de este Juzgado es que contra esos autos, en cuanto meramente instrumentales de un plan de liquidación ya firme, no cabe recurso alguno.

DECIMOSÉPTIMA.- ESPECIALIDADES DE LA VENTA DE UNIDAD PRODUCTIVA.

Decimoséptima 1ª. Concepto de UP. Distinción de la “enajenación unitaria” y la “venta en globo”. Régimen aplicable.

La misión primera es definir qué hemos de entender por unidad productiva, pues en función de la porción de realidad que cobijemos bajo ese concepto, se determinará el régimen jurídico aplicable, ya civil (art. 1532 cc), ya concursal (arts. 146 *bis* y 149.2 y 3), con consecuencias en el orden laboral (existencia o no de sucesión de empresa) y fiscal (IVA o TPO). La Ley Concursal contiene diversas referencias a la venta unitaria. Dentro de la relativa libertad que conserva la administración concursal para la redacción del plan de liquidación, el art. 148.1 le recuerda que el mismo, *“siempre que sea factible, deberá contemplar la enajenación unitaria del conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes y servicios del concursado o de algunos de ellos”*. El principio se reitera en el art. 149.1.1a, en sede de reglas supletorias de liquidación, cuando dispone que *“[e]l conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes o de servicios pertenecientes al*

V FORO CONCURSAL DEL TAP

13 y 14 de diciembre

deudor se enajenará como un todo, salvo que, previo informe de la administración concursal, el juez estime más conveniente para los intereses del concurso su previa división o la realización aislada de todos los elementos componentes o sólo de algunos de ellos”.

Estas previsiones, procedentes de la redacción original de la Ley, han sido sucesivamente complementadas con los arts. 149.2 y 3 y 146 *bis*, norma, ésta, que, referida expresamente a la transmisión de “unidad productiva”, constituye la clave de bóveda del sistema, por su vigencia cualquiera que sea la fase del concurso en que se articule la transmisión.

La Ley Concursal, ni antes ni ahora, proporciona un concepto de unidad productiva, como si fuere una realidad que trascendiera al derecho concursal por ser común a todos los sectores del ordenamiento, lo que, ya adelantamos, dista de ser así.

No existe en nuestro derecho una definición de empresa ni de unidad productiva. Para construir un concepto de unidad productiva es común partir de la definición contenida en el art. 44 ET al regular el fenómeno de la sucesión de empresa: una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria.

Pretender construir un concepto a través de lo que no es sino un efecto eventual (pues la sucesión no es automática), extraconcursal (extraño a la competencia del juez del concurso) y sectorial (a los solos efectos laborales y de Seguridad Social) está condenado al fracaso. Más útil, por descriptivo, nos parece, estos efectos, el “concepto” tributario; el art. 7 LIVA declara la no sujeción al impuesto de la transmisión de un conjunto de elementos corporales y, en su caso, incorporales que, formando parte del patrimonio empresarial o profesional del sujeto pasivo, constituyen una unidad económica autónoma, capaz de desarrollar una actividad empresarial o profesional por sus propios medios.

El AAP de Madrid, Sección 28a, de 16 de noviembre de 2015 recurre al derecho que está por venir, concretamente al art. 131 del Anteproyecto de Código Mercantil, que concibe la empresa como un conjunto de elementos personales, materiales e inmateriales organizados por el empresario para el ejercicio de una actividad económica de producción de bienes o prestación de servicios, conjunto integrado por los bienes y derechos afectos a la actividad empresarial, las relaciones jurídicas y de hecho establecidas por el empresario para el desarrollo de la actividad y el fondo de comercio resultante de la organización de los elementos anteriores. El AJM nº 8 de Madrid de 20 de diciembre de 2013, as. Blanco, contempla la unidad productiva “como un conjunto complejo y extenso de bienes, derechos, contratos de trabajo y expectativas de negocio”. El AJM nº 1 de Almería de 19 de diciembre de 2014 atiende al elemento funcional –continuidad de la actividad empresarial- más que al objetivo, afirmando que “la unidad productiva se define por la actividad empresarial que aglutina una serie de recursos materiales (inmuebles, máquinas, utillaje, etc.), humanos (trabajadores, gestores, etc.) y jurídicos (contratos, subvenciones, autorizaciones administrativas, etc.)”.

V FORO CONCURSAL DEL TAP

13 y 14 de diciembre

En efecto, es la *autonomía funcional*, no la *identidad de medios*, el atributo esencial del concepto concursal de unidad productiva. El carácter poliédrico del concepto permite configurar como unidad productiva, al lado de la figura tradicional (la ordenación de medios materiales y personales en uno o varios establecimientos), entidades sin trabajadores (la doctrina nos proporciona ejemplos como la explotación de un parque solar o eólico con dos únicos contratos: uno con el cliente y otro con un proveedor que realiza su mantenimiento o sin activos materiales) o activos materiales (v.gr. empresa de mantenimiento de ascensores que tiene como activo un número determinado de contratos).

La unidad productiva, como fenómeno de transmisión reglada por el art. 146 *bis*, es algo distinto y, por lo común, menor, que la enajenación “unitaria” o “como un todo” a que se refieren, respectivamente, los arts. 148.1 y 149.1.1a. Para empezar, dentro de una misma empresa concursada pueden coexistir varias unidades productivas, unas rentables y atractivas para terceros y otras no; aun siendo única la unidad productiva, la transmisión puede excluir (y de ordinario excluirá) activos no esenciales. Ahora bien, siempre que en una enajenación proyectada de forma unitaria se integre, en soledad o acompañada de otros activos, una unidad productiva, regirá de forma imperativa el art. 146 *bis*.

Resta, por último, determinar qué hemos de entender por venta “en globo”, como la denomina el Código Civil. La nota característica de la venta en globo es la consideración de los bienes materiales e inmateriales transmitidos como objeto único, como universalidad, sin contemplación puntual de sus componentes (STS, Sala 1a, de 5 de marzo de 2004). A pesar de que la LSA de 1951, en su art. 31.III, remitía al régimen de saneamiento del art. 1532 CC (el vendedor, como regla, cumple con responder de la legitimidad del todo en general) cuando la aportación al capital social consistiere en una empresa o establecimiento mercantil o industrial, la doctrina ha venido excluyendo la empresa como objeto de la venta en globo, lo que en la actualidad, contemplando el art. 66 LSC un régimen específico de saneamiento distinto del establecido en aquel precepto, no parece admitir duda alguna. Podremos, pues, recurrir a la venta en globo para la transmisión del conjunto *inerte* de bienes materiales e inmateriales que integraban la empresa concursada. El plan de liquidación, en tal caso, no habrá de respetar los postulados del art. 146 *bis*, pero tampoco podrá el comprador ampararse en los efectos benéficos del precepto (cesión forzosa de contratos, licencias y autorizaciones). Ahora bien, para el caso de que bajo el manto de la venta en globo trate de encubrirse una genuina transmisión de unidad productiva, fundamentalmente en aquellos casos en que la empresa, inactiva al tiempo del plan de liquidación, pueda reanudar su actividad de forma inmediata (por ejemplo, contratando trabajadores para suplir a los afectados por un ERE instrumental previo), estaremos ante un fraude de ley que traerá consigo la aplicación de la norma eludida (art. 146 *bis*).

Decimoséptima 2ª. La fijación del perímetro de la transmisión.

La transmisión de una unidad productiva no deja de ser un contrato de compraventa que recae sobre un objeto complejo. El Código Civil exige que el objeto de los contratos sea cierto y determinado (arts. 1261 y 1273), lo que se reitera en el art. 1445 para la compraventa.

V FORO CONCURSAL DEL TAP

13 y 14 de diciembre

Esta exigencia de que el objeto del contrato de compraventa de unidad productiva esté determinado impone a las partes (administración concursal y adquirente) y al juez del concurso ser lo más precisos posibles en la fijación de lo que se ha venido en denominar el “perímetro” de la unidad productiva. Esa labor de concreción perimetral obliga a detallar con precisión, entre otros extremos:

a.- Los bienes inmuebles que se transmiten, con expresión de sus datos registrales, y, a falta de éstos, catastrales, de modo que no exista duda en cuanto a la identidad de los transmitido.

b.- La maquinaria, utillaje y vehículos.

c.- Los derechos de propiedad industrial, con indicación, en su caso, de las licencias vigentes.

d.- Los contratos que, por estar vigentes y afectos a la actividad, se ceden al adquirente, informando de su situación actual (fianzas, cláusulas penales, cláusulas de desistimiento unilateral, procesos judiciales que les afecten, requerimientos extrajudiciales de resolución, cantidades pendientes de pago, etc.).

e.- Contratos de trabajo en que se va a subrogar, con identificación de los trabajadores afectados; en caso de asunción parcial de la plantilla, el adquirente y/o la administración concursal deberán expresar las causas de la elección de unos trabajadores en detrimento de otros, teniendo en cuenta que el adquirente no tiene una facultad libérrima para decidir qué trabajadores acoge, sino que su selección debe responder a criterios objetivos y razonables y respetar, en todo caso, los derechos fundamentales de los trabajadores, entre ellos el derecho de permanencia de los representantes de los trabajadores en caso de ERE parcial (AJM no 10 de Barcelona de 25 de enero de 2016, STSJ, Sala de lo Social, de Cataluña de 30 de abril de 2014, as. Cubigel).

f.- Las cargas reales (hipotecas mobiliarias e inmobiliarias, prendas, etc.) y no reales (embargos judiciales y administrativos) que pesen sobre los bienes cuya transmisión se proyecta, con expresa indicación, respecto de las primeras, de si hay subrogación o procede su cancelación.

g.- Licencias y autorizaciones administrativas vinculadas a la unidad productiva, teniendo en cuenta (AJM no 6 de Madrid de 6 de marzo de 2015) que *“no es misión ni función del órgano jurisdiccional mercantil que dirige la liquidación concursal el ejercer funciones administrativas de control, supervisión, valoración y conclusión sobre los presupuestos objetivos y subjetivos del adquirente respecto a los pliegos de la concesión [-pues todas ellas escapan de las funciones jurisdiccionales mercantiles-], debiendo procederse a la enajenación y venta de la unidad productiva [-con sus concesiones, autorizaciones y licencias y concesiones-] al mejor postor, siendo imperativo para el organismo público [-o privado gestor de servicios públicos-] el admitir al adquirente- adjudicatario como titular de la concesión; de tal modo que si en éste no concurren los presupuestos y requisitos exigidos por la concesión, será aquella entidad [-u órganos gestores de tales servicios-] quienes deban iniciar los trámites para la subsanación de defectos o deficiencias o la revocación o resolución*

V FORO CONCURSAL DEL TAP

13 y 14 de diciembre

de la concesión. A tales fines, y para evitar la aparición de terceros adjudicatarios de buena fe, si procede incluir en la oferta los condicionados de la concesión, a los meros efectos informativos, no constitutivos de la adjudicación al mejor postor.” En el caso de autos el plan ya advierte que los oferentes deberán cumplir los requisitos establecidos en la Ley 1/2001, del Principado de Asturias, de atención y ordenación farmacéutica.

h.- Precio que se ofrece, condiciones de pago o al contado, medios de financiación, justificantes bancarios de solvencia.

i.- Parte del precio que se imputa a gastos de mantenimiento de la empresa durante la tramitación del proceso de venta.

j.- Parte del precio que, en su caso, se retiene para cubrir la posible contingencia de una sucesión de empresa o para el pago de proveedores estratégicos. De no contenerse esas previsiones en el plan y/o en las ofertas, la administración concursal deberá facilitarlas con posterioridad a fin de que el auto de adjudicación fije con precisión la extensión, cabida y linderos de lo transmitido, a fin de evitar ulteriores contingencias o discrepancias sobre el objeto del contrato o sus consecuencias, incluidas las de tipo impositivo cuando el devengo sea posterior a la formalización de la transmisión.

Decimoséptima 3ª. La cesión forzosa de contratos.

El artículo 146 *bis* contempla como una de las especialidades de la transmisión de unidades productivas la cesión forzosa (para el contratante no concursado) de los derechos y obligaciones derivados de contratos afectos a la continuidad de la actividad empresarial o profesional.

La cesión, con ser necesaria, no es absoluta, pues debe respetar ciertos límites, que el legislador establece a favor del contratante *in bonis*, de las administraciones públicas, de los trabajadores y del propio comprador. Así,

a) La cesión no comprenderá los contratos no afectos a la actividad empresarial ni tampoco aquellos que, aun afectos, hubiere sido solicitada su resolución.

b) La cesión de contratos administrativos se regirá por lo dispuesto en su legislación específica.

c) Quedarán excluidos de la cesión aquellos contratos en los que el adquirente hubiere manifestado su intención de no subrogarse.

d) La cesión de los contratos de trabajo se regirá por lo dispuesto en el art. 44 ET para los casos de sucesión de empresa.

El art. 146 *bis*.1 dispone que 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

V FORO CONCURSAL DEL TAP

13 y 14 de diciembre

hubiere sido solicitada”. Una interpretación literal nos llevaría a concluir que el legislador excluye de la transmisión de la unidad productiva los contratos que, por efecto de la comunicación de la parte *in bonis* (*solicitud*, reza la norma), hayan quedado resueltos. Sucede, sin embargo, que la Ley Concursal establece reglas específicas para la resolución de contratos vigente concurso:

a.- Negando eficacia a la simple declaración recepticia, al exigir la interposición de un incidente para resolver el contrato (art. 62.1);

b.- Facultando al juez, aun existiendo causa de resolución, para acordar, bajo ciertas condiciones, la continuidad del contrato (art. 63.2);

c.- Permitiendo la rehabilitación de contratos, ya extintos, de adquisición de bienes con precio aplazado (art. 69);

d.- O, en fin, ampliando las facultades del arrendatario en los procesos de desahucio, consintiéndole la enervación ilimitada o la rehabilitación del contrato hasta el momento mismo del lanzamiento (art. 70).

Normas, todas ellas, que suponen una atenuación del rigor del art. 1124 CC y que rigen tanto en fase común como de liquidación (*cf.* art. 147 LC). Si la *ratio* de la reforma fue favorecer la transmisión de unidades productivas (así, al menos, lo expresa el preámbulo del Real Decreto-ley 11/2014, que introduce el art. 146 *bis*), imponiendo la cesión forzosa de contratos (que es un plus sobre las reglas generales de los artículos 61 y ss.), no podemos admitir una interpretación literal del art. 146 *bis* que venga a suponer una derogación singular, para la venta de unidad productiva, de las reglas generales de los arts. 61 y ss.

Siendo esto así, habrá que excluir del perímetro de la unidad productiva tan sólo aquellos contratos que hayan quedado extinguidos de forma definitiva a la fecha de aprobación del plan de liquidación (pues si tomáramos con fecha de referencia la del auto posterior que aprueba la transmisión podría acontecer que contratos vigentes al tiempo de aquél y tomados en consideración por los oferentes, debieran ser excluidos – por extinguidos- de la transmisión forzosa por el juez, con posible quiebra de la base del negocio).

Decimoséptima 4ª. Elevación de la renta en la LAU.

El art. 32.2 LAU faculta al arrendador para elevar la renta un 20% en los casos de cesión in consentida del contrato de arrendamiento de la finca en la que se ejerza una actividad empresarial o profesional. Esta previsión, que trata de “compensar” al dueño de la finca del cambio subjetivo operado en “su” deudor, puede dificultar la cesión forzosa del contrato *ex* art. 146 *bis*, comprometiendo la transmisión de la unidad productiva, por cuanto “*puede implicar un importante desincentivo para la adquisición de aquellas unidades productivas por tercero*” (AAP de Lérida, Sección 2a, de 16 de marzo de 2012). Sin embargo, no vemos que el art. 146 *bis* permita expropiar derechos del arrendador, por más que esto pueda repercutir en la venta y, sobre todo, en el precio que perciba afectivamente la masa (pues el adjudicatario descontará la mayor renta).

V FORO CONCURSAL DEL TAP

13 y 14 de diciembre

Decimoséptima 5ª. Efectos de la transmisión sobre los bienes en *leasing* incluidos en el perímetro de la oferta

Sabido es que el TS, atendiendo al clausulado prototípico, viene subsumiendo el *leasing* en el privilegio especial del art. 90.1.4º, conceptuando este contrato, atendido el desarrollo obligacional, como un contrato en que el arrendador ha agotado su contenido prestacional antes del concurso (art. 61.1). Esta clasificación crediticia impide instar la resolución del contrato, que el art. 62.1 reserva a los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento.

El *leasing*, pues, no es susceptible de resolución vigente concurso, salvo el caso en que, llegado el vencimiento ordinario, opere la tácita reconducción (supuesto en que las nuevas cuotas serían crédito contra la masa por imperativo del art. 84.2.6º). Si no cabe resolución, ya nada puede hacer el arrendador para excluir el contrato del perímetro de la UP al amparo del art. 146 *bis*.1.

Cerrada la vía de la resolución (salvo que haya operada la tácita reconducción), el arrendador tampoco puede acudir a la prohibición de la novación subjetiva por cambio de deudor, que el art. 1205 CC condiciona a su aceptación, expresa o tácita. Ya bajo la anterior legalidad la SAP de Barcelona, Sección 15ª, de 6 de Febrero de 2012, defiendía que la regla del art. 155.2 (simple audiencia, no consentimiento) es ley especial frente al art. 1205 CC, y ahora, bajo el imperio del art. 146 bis, su apartado 1º aclara que “[e]l adquirente se subrogará en la posición contractual de la concursada sin necesidad de consentimiento de la otra parte”, lo que reitera el art. 149.2.b) para los casos de enajenación con subsistencia de la garantía.

Con todo, hay que aclarar que en la UP lo que se incluye no es el bien, sino el derecho de uso.

Decimoséptima 6ª. Efectos de la cesión de contratos sobre los garantes.

La cesión del contrato es un negocio atípico que implica la transmisión de la relación contractual en su integridad. Su validez ha sido admitida por la jurisprudencia (desde la sentencias de 12 de julio de 1.927, hasta la más reciente de 22 de mayo de 2014 [RJ 2014, 2949]), que ha ido perfilando sus contornos para distinguirlo de otras figuras:

- a) Es un negocio atípico que tiene por objeto un contrato de prestaciones recíprocas, pues de ser de prestación única se estaría ante una simple cesión de crédito o asunción de deuda;
- b) Precisa, en todo caso, el concurso del consentimiento por parte del contratante cedido, de tal manera que se exige una necesaria conjunción de tres voluntades contractuales, conservando siempre el cedido su posición originaria.

V FORO CONCURSAL DEL TAP

13 y 14 de diciembre

- c) Su esencia es, pues, la sustitución de uno de los sujetos del contrato y la permanencia objetiva de la relación contractual.

¿Comprende la transmisión las garantías personales? La atipicidad de la cesión de contrato en el derecho común nos obliga a acudir al derecho foral o a la analogía con figuras afines para tratar de fundar una respuesta. La Ley 513 de la Compilación de Derecho Civil de Navarra, única construcción positiva de la figura en nuestro país, excluye de la cesión los derechos personalísimos y no arrastra a los terceros garantes, que quedan liberados de su obligación, salvo que presten su consentimiento. Sin embargo, en el mismo Código Civil podemos encontrar argumentos para defender que la cesión forzosa arrastra las garantías; el art. 1212 CC precisa que la subrogación transfiere al subrogado el crédito (no el contrato) con todos los derechos a él anexos, ya contra el deudor, ya contra los terceros, sean fiadores o poseedores de las hipotecas (art. 1212 CC) y aunque la jurisprudencia (STS 22 de mayo de 2014 [RJ 2014, 2949] advierte de que cesión de contrato y subrogación son figuras distintas, el propio art. 146 *bis* se refiere a ésta última como efecto de la cesión. *A fortiori*, si instituciones de menor extensión como la subrogación o la cesión de derechos (*cf.* 1528 CC) comprenden los accesorios, la cesión del entero vínculo contractual debe compartir ese efecto de arrastre, pues la posición del garante no experimenta agravación (de hecho, es previsible que mejore, pues cambia a un reconocido insolvente por otro que presumiblemente no lo es).

Decimoséptima 6ª. Efectos de la cesión de contratos sobre los derechos personalísimos.

La doctrina civilista, al estudiar los límites a la cesión de contrato, suele referirse a los contratos *intuitus personae*, celebrados en orden a la consideración subjetiva de una de las partes. En el caso de transmisión de unidad productiva esta limitación tiene un juego muy reducido, ya que:

a.- Siendo el deudor cedente, por lo general, una persona jurídica el elemento subjetivo pasa a un segundo plano;

b.- Aun cuando la especial capacidad o experiencia de la sociedad transmitente haya sido causa determinante del contrato cuya cesión se discute, la situación de la parte *in bonis* queda tutelada desde el momento en que el cesionario adquiere los medios materiales y personales que integran la unidad productiva, en suma, aquellos con que se iba a dar cumplimiento a su prestación por la concursada

V FORO CONCURSAL DEL TAP

13 y 14 de diciembre

Decimoséptima 7ª. Operatividad de las cláusulas de resolución por cesión incontestada.

En la praxis contractual es habitual la inclusión en los contratos de cláusulas que facultan al contratante cedido para resolver de forma unilateral el contrato en caso de cesión incontestada. Si éste fuere el caso, estas cláusulas debemos entender que no operan en caso de transmisión concursal de unidad productiva, pues si no el carácter forzoso de la cesión sería fácilmente vadeable mediante su simple inclusión, hasta el punto de vaciar de contenido el art. 146 *bis*.1. Cuestión distinta, como apuntan las Conclusiones de los Magistrados de lo Mercantil de Madrid de 7 y 21 de noviembre de 2014, es cuando la denuncia unilateral tiene un soporte legal, no contractual, como acontece en el contrato de agencia (*cf.* art. 25 Ley de 27 de mayo de 1992). Pero fuera de este caso, el contratante deberá soportar la cesión, que, en abstracto, ningún perjuicio inmediato le depara.

Decimoséptima 8ª. El concepto de precio a efectos del art. 149.2 LC.

La VUP es un negocio jurídico complejo, en que se entremezclan varios conceptos jurídico-económicos:

- a.- El “valor” de la unidad productiva, fijado en el inventario de bienes y derechos por mandato del art. 75.2.5º.
- b.- Los “gastos” para la conservación en funcionamiento de la actividad hasta la adjudicación definitiva (art. 149.3).
- c.- El “precio” ofrecido, debiendo distinguirse entre el precio que se ofrece con subsistencia o sin subsistencia de las garantías [art. 149.3 c)].

Determinar dentro del “coste” de la operación qué constituye el “precio” es de capital importancia, pues el art. 149.2 parte de ese concepto para fijar el retorno de los acreedores con privilegio especial.

El AJM nº 3 de Barcelona de 23 de marzo de 2015, identifica “precio” con “beneficio obtenido para la masa” e incluye en el mismo a efectos del art. 149.2:

- a.- El dinero abonado en efectivo.
- b.- Cantidades retenidas para subrogaciones legales.
- c.- Asunción de obligaciones con terceros.
- d.- Renuncia a créditos titulados por el adquirente.
- e.- Gastos de mantenimiento de la actividad.

Nuestro concepto de precio es un tanto más reducido. Hemos de partir de un dato inicial, cual es que en liquidación se adquieren activos, no pasivos (AAP de Madrid, Sección 28ª, de 16 de noviembre de 2015, AJM no 1 de Alicante de 13 de marzo de 2015 [JUR 2015, 96236]); más esta afirmación requiere alguna precisión adicional

V FORO CONCURSAL DEL TAP

13 y 14 de diciembre

cuando se una unidad productiva se trata, ya que el art. 146 *bis*.4, al tiempo que afirma que la transmisión no llevará aparejada obligación de pago de los créditos no satisfechos por el concursado, ya sean concursales o contra la masa, precisa que esa exención lo será salvo en caso de asunción, voluntaria o legal (sucesión de empresa). Es evidente que todas las partidas tomadas en consideración por el AJM nº 3 de Barcelona suponen un “coste”, pero no todas han de ser “precio”, pues los acreedores con privilegio especial sólo deben participar en las partidas de “activo”, no en las de “pasivo”, pues sólo a aquéllas contribuyen con el valor particular de los bienes afectos; no se advierte qué relación guardan los bienes con privilegio especial con la retención practicada para hacer frente a una contingencia de Seguridad Social o con los gastos de mantenimiento o, en fin, con la renuncia efectuada por el adquirente a los créditos que tenga reconocidos en el concurso. Por tanto, “precio” es el dinero en efectivo que entra en la masa del concurso. En este sentido, el AAP de Álava, Sección 1a, de 26 de marzo de 2015 (JUR 2015, 107080).

Concluido que “coste” y “precio” son magnitudes distintas y no siempre coincidentes, surge la duda de si el oferente puede retener parte del mismo para satisfacer, extra muros del concurso, determinados créditos de acreedores estratégicos, clasificados generalmente como créditos ordinarios cuando el dinero efectivamente ingresado no va a ser suficiente para abonar a los créditos de la misma naturaleza. La respuesta ha de ser negativa: toda liquidación concursal debe respetar el orden de pagos del concurso, sin que quepa que el comprador retenga, a vista, ciencia y paciencia del juez y de la administración concursal parte alguna para satisfacer a acreedores de su elección; lógicamente podrá hacerlo a espaldas de ambos, pero entonces la parte oculta del precio no computará en caso de concurrencia y correrá el riesgo de que se adjudique a un tercero que ofrezca un precio “neto” superior para el concurso (aunque inferior, posiblemente, si lo comparamos con lo que preveía abonar aquel primer oferente, dentro y fuera del concurso).

Decimoséptima 9ª. Cómputo del quórum de acreedores con privilegio especial con derecho de ejecución separada a que se refiere el art. 149.2.a) párrafo 2º.

Como acabamos de ver, el art. 149.2, para el caso de transmisión sin subsistencia de la garantía, dispone que *si el precio a percibir no alcanzase el valor de la garantía, calculado conforme a lo dispuesto en el artículo 94 será necesario que manifiesten su conformidad a la transmisión los acreedores con privilegio especial que tengan derecho de ejecución separada, que representen al menos el 75 por ciento del pasivo de esta naturaleza afectado por la transmisión y que pertenezcan a la misma clase, según determinación del artículo 94.2.*

La expresión utilizada por el legislador debe quedar reducida a aquellos acreedores que, habiendo tenido, abstractamente, la posibilidad de iniciar o proseguir una ejecución separada (no todos los privilegiados del art. 90 tienen ese derecho), no lo hubieren hecho, porque de haberlo hecho antes de la apertura de la liquidación no forman parte de la masa activa ni pueden ser compelidos *manu militari* a integrar una UP; recordemos que no habrán de incluirse en el plan los

V FORO CONCURSAL DEL TAP

13 y 14 de diciembre

bienes sujetos a garantía real cuando la misma se esté sustanciando fuera del concurso (artículo 57.3 *a contrario sensu*) [AAP de Barcelona, Sección 15a, de 11 de febrero de 2014 y AAP de Murcia, Sección 4a, de 9 de julio 2015]. Esta es la posición que parece desprenderse del AAP de Murcia, Sección 4a, de 16 de marzo de 2017 cuando afirma que “[n]o cabe reducir (el quórum) al que efectivamente haya ejecutado ese derecho de ejecución separada (como hace el plan), pues tal ejecución previa al plan lo que implica es la exclusión de ese activo del plan y su tramitación en pieza separada (art. 57 LC).”

Decimoséptima 10ª. La sucesión de empresa: competencia para la determinación de su existencia y alcance.

De conformidad con la STS, Sala 4ª, de 11 de Enero de 2017 (RJ 2017, 426) –en la que reitera la doctrina expresada en la sentencia de 29 de octubre de 2014 (JUR 2014, 6149)- la competencia para resolver sobre el fenómeno de sucesión de empresa corresponde a la jurisdicción social.

Decimoséptima 11ª. Régimen de recursos.

La cuestión relativa al recurso que concedamos contra el auto que adjudique la unidad productiva es de capital importancia, pues la dilación que es natural al recurso puede frustrar la operación.

El art. 146 *bis* nada dispone al respecto; tampoco el art. 148; sí, en cambio, el art. 149.1.1ª en el último inciso de su tercero apartado, al establecer que contra el auto no cabrá recurso alguno.

Algunas Audiencias (v. gr. AAP de Álava, Sección 1ª, de 26 de marzo de 2015) insisten en dotar al auto que autoriza la venta de unidad productiva de recurso de apelación, ya tenga lugar la transmisión en fase de liquidación, ya en fase común (aunque el art. 188 sólo contempla la reposición), a fin de homogeneizar el tratamiento de la figura no sólo a efectos sustantivos (lo que procura el art. 146 *bis*), sino también procesales.

Limitándonos al supuesto de VUP en liquidación, el criterio de este juzgado es distinguir entre el auto aprobando el plan, susceptible de apelación, y el auto de adjudicación, contra el que no cabe recurso, aplicando de oficio analógicamente la regla supletoria del art. 149.1.1ª o previéndolo así expresamente en el plan.

El recurso de apelación quedaría, así, limitado a aspectos accesorios (p. ej. reparto del precio entre los privilegiados), pero sin afectar a la realidad de la venta ni a la identidad del adjudicatario, aspectos que deben de quedar inmunes a fin de no frustrar operaciones.

V FORO CONCURSAL DEL TAP

13 y 14 de diciembre