

Jurisprudencia

Reseña jurisprudencial e-Dictum 71

Por María Luisa Sánchez Paredes, profesora de Derecho Mercantil. Universidad Antonio de Nebrija

TRIBUNAL SUPREMO

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 1298/2015] DE 3 DE OCTUBRE DE 2017 [Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas]

Contrato de arrendamiento de local de negocio: desistimiento. No es posible la renuncia anticipada y unilateral a la duración del contrato, cuando el mismo prevea que el plazo será obligatorio para ambas partes. Frente al incumplimiento, el contratante cumplidor puede optar por exigir el cumplimiento del contrato o la resolución con indemnización de daños y perjuicios: el arrendador puede exigir el cumplimiento del plazo del arrendamiento por el arrendatario, ignorando el desistimiento pretendido por este y exigiendo el pago de las rentas en las fechas en que se vayan devengando, así como el cumplimiento del resto de obligaciones contenidas en el contrato.

«SEGUNDO. Hechos acreditados y no contradichos.

En la sentencia de la Audiencia Provincial se declara:

«1) De las pruebas y actuaciones resulta:

»- La mayoría del capital social de Alco Grupo Empresarial S.L. constituida el 19-7-2006, lo ostenta Corpfin, que forma de parte de un grupo de capital-riesgo dedicado a operaciones especulativas de compra y venta de compañías que recayeron sobre las que dedicaban su actividad al sector de alquiler de maquinaria auxiliar de la construcción y de su venta para ésta y obra pública a cuyos efectos contrajo una importante deuda financiera bancaria (...).

»- En virtud de tales operaciones el 26-4-2007 Alco adquirió Suministros Santiago Sánchez S.A y Leves S.A., siendo su socio y consejero hasta el 2010 y al igual que Grusán D. Santos, mercantiles que desarrollaban su actividad en virtud de contratos de arrendamientos para uso distinto de vivienda de 1-12-2006, 2-1-2006 y de 1-12-2005 que vencían los primeros el 1 de diciembre y el 2 de enero del 2014 y el último era por un plazo anual prorrogable por iguales períodos (...).

»- En fecha 26-4-2007 se acordó la terminación de los anteriores contratos y se suscribieron otros tres contratos de arrendamientos entre las aquí partes sobre el mismo objeto

que los anteriores, las parcelas 132 y 127 a 131., instalaciones y campa, por un plazo obligatorio con una duración de 10 años, hasta el 25-4-2017 con prórrogas anuales automáticas, para las instalaciones en el Parque Tecnológico y de 5 años para una campa en El Plantío por una renta casi igual que en los anteriores, la anual de 443.664 euros (parcelas 127 a 131) para los dos primeros y de 261.696 euros (parcela 132) para el último, que según informe de tasación unido a la demanda eran inferiores a las de mercado (documentos 29 a 34 de la demanda), siendo la renta anual total por todos estos contratos de 789.039,96 euros.

»- Durante finales del 2011 y primeros del 2012 las partes vía e-mail estuvieron en negociaciones en relación con la rebaja de la renta que interesó Alco sobre un 20% anual, entre otros por un resultado de explotación adverso que pasa en Valencia por reducir sus gastos fijos como ese alquiler (...) a lo que se negó Grusán si bien (...) suscribió con la primera el 20-2-2010 un documento por el que ésta admitía que le debía rentas hasta el 31-12-2009 y el 50% de las de enero y febrero del 2010, por importe respectivo de 599.422,68 euros y 73.347,08 euros y la segunda le concedía, también respectivamente su pago en 12 meses desde marzo del 2010 y en dos pagos en marzo y abril siguientes, todo ello en el seno de una tensa relación societaria entre, los representantes de ambas (...).

»- El 21-9-2012 (...) Alco remitió a Grusán un burofax por el que por la crisis económica que obligaba a la primera a su reestructuración y refinanciación de sus compromisos lo que pasa por desinvertir en Levante, le comunicaba que debía rescindir los contratos de arrendamiento con desalojo de la parcela 132, siendo ésta rescisión con efectos de 30-9-2012, y el de las otras parcelas 127 a 131 y contrato con efectos de 30-11-2012 ofreciendo por ellos, respectivamente de 111.811,24 euros y de 182.665,16 euros y, en compensación dejar a su disposición los bienes muebles ubicados en las mismas con un valor neto contable de 83.935,88 euros, todo ello según la contestación a la demanda siguiendo el criterio del art. 11 de la LAU de indemnizar con un mes de renta por cada año restante del mismo.

»- En la fecha de esta comunicación Alco debía las rentas de agosto y septiembre del 2012, salvo en IVA, ni hacía mención a las que iban a vencer de octubre y noviembre del 2012 hasta la efectividad de la segunda rescisión citada en noviembre siguiente si bien las abonó posteriormente (...).

»- Por burofax de 27-9-2012 Grusán contestó al anterior requerimiento de Alco en el sentido de que no aceptaba la anterior rescisión al no haber finalizado el plazo pactado y su disposición a que ambas partes buscaran otro arrendatario y a adquirir parte del mobiliario que se le ofertaba (...).

»- En fecha 28-9-2012 por parte de Alco hubo ofrecimiento notarial de llaves de la parcela 132 a Grusán en su domicilio y de un pagaré de 111.811,24 euros que ésta se negó a recibir y el 3-10-2012 se le remitieron copias de un acta y de una escritura otorgada por la primera, con depósito de tales llaves y pagaré dando por resuelto en contrato y ofreciendo el último a los efectos de su liquidación pero haciendo constar que sólo se podría retirar si se aceptaba esta resolución con efectos del 30 de septiembre y suma como resarcimiento de daños y perjuicios con renuncia a toda reclamación por ellos. Esta aceptación no medió por parte de Grusán que en sus comunicaciones dando respuesta a las de contrario hizo constar que se deberían seguir pagando las rentas pactadas y requirió a Alco de pago de las rentas debidas y a devengar sin aplazamiento (...).

»- En fecha 7-12-2012 y en relación con las parcelas 127 y 131 se realizaron por Alco actas notariales de depósito, requerimiento y resolución con ofrecimiento de 182.665,16 euros de indemnización en similares términos y resultados de su no aceptación por Grusán que los citados en el precedente (...).

»- En fecha 18-10-2012 Grusán suscribió contrato de colaboración con una inmobiliaria para que ésta presentara los inmuebles arrendados a interesados en su alquiler si lo autorizaba Alco y haciendo constar que para concertar éste sería necesario llegar a un acuerdo con ella sobre el actual arrendamiento (...).

»- Si bien en publicaciones de información económica desde el 2003 se pronosticaba un pinchazo en la burbuja inmobiliaria (...) y Corpfín por medio de su control de Alco era una sociedad de riesgo en la inversión en el sector auxiliar de la construcción, según las mismas la crisis arroja sus cifras máximas en el año 2012 (...) y según el testigo Sr. Luis Angel el antiguo director financiero de la primera en el 2007 cuando se constituyó no se podía prever tal y como fue y siendo que en el 2009 el gobierno la negaba.

»- Según las cuentas anuales de Alco del 2008 al 2011 y el balance y cuenta de resultados del 2012 (...) ésta tuvo un descenso de su volumen de negocio, tuvo que realizar un ERE (...), sus beneficios netos en el 2008 fueron de 834.663 euros y en el 2011 tuvo pérdidas por 17.740,792 euros y el importe del alquiler abonado a Grusán absorbía el 40% del margen de sus ventas en Levante y el 9% de su facturación anual de los distintos centros a nivel nacional con lo cual, conforme a informe pericial de Accuracy resultaba inviable la empresa en el año 2012. Según otro informe pericial de DT tal alquiler, siendo su importe el más elevado de las zonas operativas del grupo y fuera de mercado, es uno de los factores que junto a otros gastos sobredimensionados y al

descenso de volumen de su actividad por las pocas perspectivas de incremento de ventas en dicha zona de Levante hacían imposible su viabilidad por lo que esta área se abandonó (...) y según el informe pericial de los Sres. arquitectos Alexander y Benedicto, junto a los anteriores ratificados en juicio frente al unido a la demanda con igual objeto que el primero, ese precio de mercado del mismo alquiler sería de 33.770,43 euros/mes frente a los 65.753,33 /mes de los litigiosos, es decir sobre un 50% menos que éstos, lo que en su conjunto también testificaron los Sres. Eleuterio, Francisco, Isidro y Lucio, éste actual director financiero de la primera que, además vinieron a decir que ninguna de las rentas convenidas en otros contratos son como las de los concertados con la segunda y que todas menos éstas las han rebajado otros arrendadores, rebaja de la que informaron por escrito varias mercantiles a los que a esos efectos se les requirió (...).

[...]

CUARTO. Motivo único; submotivos primero y segundo.

«Motivo único. Infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso.

» 1.º) Infracción del art. 11 por aplicación indebida de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, en su redacción aplicable al caso, es decir la anterior a la dada por la Ley 4/2013, de 4 de junio.

»2.º) Infracción del art. 4.1 del Código Civil, según el cual procede la aplicación analógica de la norma cuando ésta no contempla un supuesto específico, pero regula otro semejante entre los que se aprecia identidad de razón, y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre este precepto legal, recogida, entre otras, en las sentencias de 20 de febrero de 1988, 18 de mayo de 1992, 21 de noviembre de 2000 y 28 de junio de 2004, según la cual, en base a la exposición de motivos del decreto de 31 de mayo de 1974 que probó el texto articulado del título preliminar del Código Civil, la aplicación del método analógico se condiciona a la existencia de una verdadera laguna legal y a la similitud jurídica esencial entre el caso que se pretende resolver y el ya regulado, debiendo acudir para resolver el problema al fundamento de la norma y al de los supuestos configuradores».

1. Se alega la infracción del art. 11 de la LAU, por aplicación indebida de la Ley 29/1994 de 24 de noviembre de arrendamientos urbanos, en su redacción aplicable al caso, es decir, la anterior a la dada por Ley 4/2013, de 4 de junio. Alega que la sentencia recurrida fundamenta la extinción de los contratos en la aplicación analógica del art. 11 LAU, de aplicación exclusiva a los arrendamientos de vivienda, sin que acoja ningún otro de los argumentos aducidos por la arrendataria, rechazando la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* como causa invalidante del desistimiento unilateral de los contratos de arrendamiento. Esta aplicación analógica, indica el recurrente, no encuentra refrendo en la

jurisprudencia del TS en los casos como el presente en que el arrendador no acepta el desistimiento y opta por exigir el cumplimiento del contrato, debiendo cumplir el arrendatario con el plazo de duración del arrendamiento libremente pactado y, por tanto, a pagar las rentas que se devenguen hasta la conclusión de dicho plazo, citando al respecto varias sentencias de distintas AAPP que resuelven en el sentido propuesto por el recurrente. Añade que las sentencias que cita la sentencia recurrida para fundamentar su decisión contemplan supuestos distintos al que nos ocupa y en su mayor parte vienen referidas a contratos de arrendamiento regidos por la LAU de 1964 y contemplan la aplicación del art. 56, ya suprimido en la nueva LAU.

2. Se alega la infracción del art. 4.1 CC según el que procede la aplicación analógica de la norma cuando esta no contempla un supuesto específico, pero regula otro semejante entre los que se aprecia identidad de razón y de la jurisprudencia del TS sobre este precepto legal. En su desarrollo sostiene que hay que distinguir entre la aplicación analógica del precepto a los efectos de fijar la indemnización a satisfacer por el arrendatario en el caso en que el arrendador, de forma expresa o mediante actos propios, acepta el desistimiento unilateral y la aplicación analógica consistente en considerar que pese a que la LAU, y específicamente su art. 11, limita la facultad del arrendatario de desistir del contrato indemnizando al arrendador a los arrendamientos de vivienda, por analogía puede considerarse que tal desistimiento unilateral también es una facultad del arrendatario en los arrendamientos para uso distinto a vivienda. Precisa luego que es en este último aspecto en el que la aplicación analógica del art. 11 LAU que hace la sentencia que se impugna no encuentra amparo en el art. 4.1 CC ni en la jurisprudencia citada, ya que no hay similitud ni identidad de razón entre el arrendamiento de vivienda y el arrendamiento para uso distinto al de vivienda.

QUINTO. Decisión de la sala. Se estiman los dos submotivos.

El art. 11 de la LAU regula el desistimiento para el arrendamiento de viviendas, pero no se recoge un supuesto similar en el arrendamiento para uso distinto de vivienda, figura que no precisa de tutela específica al estar subordinada a los pactos existentes entre las partes (art. 1255 C. Civil), por lo que no procede una aplicación analógica del precepto al carecer de identidad de razón (art. 4 del C. Civil). Nada obstaba a que las partes hubiesen pactado el desistimiento anticipado, pero no lo hicieron.

SEXTO. Submotivos tercero y cuarto.

«3.º) Infracción de los arts. 1255 del Código Civil y 4.3 de la Ley de Arrendamientos Urbanos en su redacción aplicable a los contratos objeto de este litigio, que consagran respecto de los contratos en general y el segundo de ellos específicamente respecto de los arrendamientos para uso distinto al de vivienda el principio de autonomía de la voluntad de las partes como rector del contrato, a salvo la

imperatividad de las normas contenidas en los títulos I y IV de la LAU.

» 4.º) Infracción de los arts. 1091 y 1258 del Código Civil, los cuales consagran el principio de irrevocabilidad de los contratos».

Se denuncia la infracción de los arts. 1091, 1256 y 1258 CC, los cuales consagran el principio de irrevocabilidad de los contratos. En su desarrollo se alega que sentado que el art. 11 LAU no es de aplicación analógica al arrendamiento para uso distinto al de vivienda fuera de los casos de aceptación, expresa o tácita, del arrendador y que la propia sentencia que se impugna proclama que la cláusula *rebus sic stantibus* no es aplicable al caso para sustentar el pretendido desistimiento unilateral de la arrendataria y que en dicha sentencia no se aduce otra razón para dar eficacia al desistimiento distinta a la aplicación analógica del art. 11 LAU, la necesaria consecuencia de todo ello es que la declaración de extinción de los arrendamientos constituye una clara infracción de los preceptos indicados.

Se alega la infracción de los arts. 1255 CC y 4.3 LAU que consagran respecto de los contratos en general y el segundo específicamente respecto de los arrendamientos para uso distinto al de vivienda el principio de autonomía de la voluntad de las partes como rector del contrato, a salvo la imperatividad de las normas contenidas en los títulos I y IV de la LAU. Alega la parte recurrente que, en ambos contratos, las partes no solo no previeron la posibilidad de desistir anticipadamente del contrato, sino que expresamente se resaltó el carácter obligatorio que para ambas tenía el plazo de duración de los arrendamientos.

SÉPTIMO. Decisión de la sala. Se estiman los dos submotivos.

El art. 4.3 LAU determina que las partes regirán sus relaciones de acuerdo con el principio de autonomía de la voluntad, por lo que en la sentencia recurrida se infringe dicho precepto en cuanto impone la aplicación del art. 11 de la LAU que no está previsto para los arrendamientos para uso distinto de vivienda, desequilibrando el sustrato económico que las partes tuvieron en cuenta para pactar el contrato, alterando las bases del mismo.

En la resolución recurrida se permite una renuncia anticipada y unilateral a la duración del contrato, cuando este preveía que el plazo sería obligatorio para ambas partes.

OCTAVO. Submotivo quinto.

«5.º) Infracción del art. 1124 del Código Civil, según el cual la parte contratante perjudicada por el incumplimiento contractual de la otra parte pueda optar por exigir a ésta el cumplimiento del contrato».

Se alega la infracción del art. 1124 CC, según el cual la parte contratante perjudicada por el incumplimiento contractual de la otra parte pueda optar por exigir a esta el

cumplimiento del contrato. En este caso el arrendador puede exigir el cumplimiento del plazo del arrendamiento por el arrendatario, ignorando el desistimiento pretendido por este y exigiendo el pago de las rentas en las fechas en que se vayan devengando, así como el cumplimiento del resto de obligaciones contenidas en el contrato. Sostiene que la infracción del art. 1124 CC es obvia al decaer el único argumento (la aplicación analógica del art. 11 LAU) en base al cual niega a la arrendadora el ejercicio de la facultad de exigir a la arrendataria que cumpla con lo libre y voluntariamente pactado.

NOVENO. Decisión de la sala. Se estima el submotivo.

En base al art. 1124 del C. Civil, el arrendador podía solicitar el cumplimiento del contrato, como ha hecho, exigiendo el pago de las rentas adeudadas y las que quedaban por vencer. Igualmente podía instar la resolución del contrato con indemnización de daños y perjuicios, pero no optó por esa vía.

Esta sala en sentencia 183/2016 de 18 de marzo y en la 297/2017 de 16 de mayo declaró: «Los tres grupos de casos que se han presentado en la jurisprudencia de la Sala que son:

»1. Casos en los que existe en el contrato de arrendamiento de local de negocio una cláusula que otorga al arrendatario la facultad de resolver (rectius: desistir unilateralmente) el contrato, quedando obligado a pagar al arrendador una determinada cantidad de dinero (multa penitencial) (sentencias de 23 de diciembre de 2009 (rec. 1508 de 2005), 6 de noviembre de 2013 (rec. 1589 de 2011), 10 de diciembre de 2013 (rec. 2237 de 2011) y 29 de mayo de 2014 (rec. 449 de 2012).

»2. Casos en los que dicha cláusula no existe y el arrendatario manifiesta su voluntad de terminar el arrendamiento, pero el arrendador no lo acepta y pide el cumplimiento del contrato, es decir, el pago de las rentas conforme a los vencimientos pactados en el contrato (sentencia de 26 de junio de 2002; rec. 54/1997).

Es el caso que ahora analizamos.

»3. Casos en los que dicha cláusula tampoco existe, pero el arrendatario manifiesta su voluntad de terminar el arrendamiento y el arrendador acepta o acaba por aceptar la resolución del mismo reclamando indemnización de los daños y perjuicios provocados por la resolución (sentencia de 9 de abril de 2012; rec. 229 de 2007).

» Sentado que estamos ante un caso del grupo segundo, debemos convenir con el recurrido y con la resolución recurrida que no procede moderación en la indemnización de daños y perjuicios, pues lo solicitado y concedido no fue una indemnización sino el pago de las rentas adeudadas, al promover el demandante (hoy recurrido), exclusivamente, el cumplimiento del contrato (art. 1124 CC), unido a que no se

aceptó la resolución ni se pactó cláusula penal que permitiese la moderación».

» El presente caso se subsume en el segundo de los supuestos descritos, pues no se pactó el desistimiento unilateral y no consta que el arrendador lo aceptase, razón por la que no cabe moderación de indemnización, pues no fue ésta lo pedido sino el cumplimiento del contrato con el pago de las rentas.

» Es más, de acuerdo con la jurisprudencia de esta sala, sería necesario algo más que el silencio o la no recepción de las llaves, para considerar aceptada la resolución unilateral en este sentido, sentencia 571/2013, de 27 de septiembre, recurso 959/2011.

» En conclusión, al no haberse pactado el desistimiento unilateral del arrendatario, ni aceptado el mismo por el arrendador procede la estimación de la acción de cumplimiento del contrato con condena al pago de las rentas pendientes, en la forma solicitada en la demanda y en el recurso de casación.

» Debe rechazarse la argumentación de la sentencia recurrida, en cuanto que en ella se declaraba que el contrato estaba resuelto de facto por la entrega de llaves y puesta a disposición del arrendador, dado que este no consta que aceptase la resolución unilateral».

Esta doctrina es extrapolable al caso de autos, en cuanto no se pactó el desistimiento unilateral y tampoco se acordó cláusula penal alguna, habiéndose solicitado tan solo el cumplimiento del contrato. En el asunto que ahora analizamos, además, consta la expresa y previa oposición extrajudicial del arrendador a la resolución del contrato. También ha de valorarse el intento del arrendador en la búsqueda de nuevos arrendatarios.

DÉCIMO. El recurrido pretende que, de estimarse los motivos del recurso de casación, se valore por la sala la posibilidad de concurrencia de la cláusula *rebus sic stantibus*, que fue rechazada por la Audiencia Provincial.

Esta sala no puede acceder a lo solicitado pues para ello debería modificar la relación de hechos probados (entre los que está el fin especulativo de la sociedad arrendataria), lo cual no es posible en el recurso de casación.

UNDÉCIMO. Estimado el recurso de casación y asumiendo la instancia, casamos la sentencia recurrida y confirmamos íntegramente la sentencia de 17 de junio de 2014 dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Paterna en el juicio ordinario n.º 956/2012».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 1194/2015] DE 11 DE OCTUBRE DE 2017 [Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno]

Concurso de acreedores: necesaria autorización del juez para enajenar bienes de la masa activa. En caso de oferta de adquisición de bienes del concursado sujeta a un plazo de caducidad, la solicitud de autorización por la administración concursal no supone, en sí misma considerada, la aceptación de la oferta realizada.

«El presente caso plantea, como cuestión de fondo, el régimen jurídico aplicable, civil o concursal, a una oferta de adquisición de bienes del concursado sujeta a un plazo de aceptación.

2. En síntesis, el 20 de julio de 2010, la entidad Torrevisa S.A.U, en situación de concurso voluntario de acreedores, demandante y aquí recurrente, recibió de parte de la entidad Banco Mare Nostrum S.A. (antes Cajamar, y con anterioridad Caja Murcia), acreedora del concurso, demandada y aquí recurrida, una oferta vinculante de compra de determinados inmuebles propiedad de la concursada a cambio de la cancelación de los préstamos hipotecarios otorgados a su favor, de la cancelación del saldo deudor y del abono de una cantidad dineraria (773.155,72 €). Dicha oferta estaba sujeta a un plazo de caducidad de 90 días.

El 26 de julio de 2010, la concursada y la administración concursal solicitaron la autorización judicial para la venta de los citados inmuebles, poniendo de relieve la vigencia temporal de la oferta realizada, que concluía el 19 de octubre de 2010.

Por providencia, de 8 de noviembre de 2010, se acordó la formación de piezas separadas de las autorizaciones de ventas de los inmuebles, dando traslado a las partes y al acreedor hipotecario, en aquel momento Caja Murcia, que no formuló alegaciones. Por providencia, de 16 de diciembre de 2010, se acordó la resolución conjunta de la autorización de dichas ventas; providencia que no fue recurrida.

El 29 de julio de 2011, se dictó auto autorizando las ventas solicitadas.

El 3 de agosto de 2012, la concursada remitió un burofax a Caja Murcia emplazándola al cumplimiento de su oferta. Cumplimiento que no fue atendido por entender que el plazo de aceptación había transcurrido con anterioridad a la autorización judicial.

3. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda. Concluyó que en la redacción del artículo 43.2 LC vigente en el momento de formalizarse la oferta, esto es, en su redacción anterior a la reforma operada por la Ley 38/2011, de 11 de octubre, la perfección del contrato requería, necesariamente, la previa autorización judicial.

4. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la demandante. En dicho recurso sostuvo que la demandante, aunque declarada en concurso voluntario en el año 2009, conservó las facultades de disposición y

administración de su patrimonio, aunque sujeta a la intervención de la administración concursal que vino a completar la voluntad de la concursada. Por lo que el carácter preceptivo de la autorización judicial, conforme a la redacción vigente del artículo 43.2 LC, no implicó que la aceptación de la concursada no fuera válida sin dicha autorización, cuyo fundamento no era establecer un complemento de la capacidad de contratar de la concursada, de por sí ya pleno con la autorización de la administración concursal, sino operar un posterior control de la conservación del valor de la masa activa el concurso.

5. La sentencia de la Audiencia desestimó el recurso y confirmó la sentencia de primera instancia. En síntesis, consideró que precisamente la reforma operada en el artículo 43 por la Ley 38/2011, que permitió la disposición de bienes del concurso con el consentimiento de la administración concursal, puso de manifiesto que, conforme su redacción anterior, la autorización judicial era un elemento indispensable para la formación del consentimiento de la concursada, por lo que sin dicha autorización no había existido aceptación plena y válida de la oferta.

6. Frente a la sentencia de apelación, la demandante interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Recurso extraordinario por infracción procesal.

SEGUNDO. Cuestión previa: inadmisibilidad del recurso extraordinario por infracción procesal. [...]

Recurso de casación.

TERCERO. Formación del contrato. Oferta de adquisición de bienes del concursado sujeta a plazo de caducidad. Doctrina jurisprudencial aplicable.

1. La recurrente, al amparo del ordinal 2.º del artículo 477.2 LEC, interpone recurso de casación que estructura en un único motivo.

En dicho motivo denuncia la infracción del artículo 43.2 LC, en relación con el artículo 40.1 del mismo texto legal.

En su desarrollo sostiene que la autorización judicial no es un elemento constitutivo de la capacidad de obrar de la concursada y, por tanto, de la conformación de su voluntad de disposición, sino de control de la conservación del valor de la masa activa y, en consecuencia, de la idoneidad de la disposición realizada. Por lo que la venta quedó perfeccionada, dentro del plazo, con la autorización que otorgó la administración concursal.

2. El motivo debe ser desestimado.

Aunque la controversia planteada ha girado en torno a la legislación concursal, esto es, a la interpretación y alcance del artículo 43. 2, en su redacción anterior a la reforma

operada por la Ley 38/2011, de 11 de octubre, hay que precisar que, en el presente caso, su fundamentación o *ratio decidendi* responde, más bien, al régimen general o civil de la formación del contrato, particularmente de la vigencia de la oferta realizada y su posible caducidad por el transcurso del plazo otorgado.

En efecto, no se trata, conforme al citado artículo 43. 2 LC, de analizar la validez de una disposición patrimonial efectuada y, por tanto, de una venta ya perfeccionada en fase de ejecución si no, por el contrario, de analizar la propia fase de formación del contrato que precede a la perfección del mismo. Supuesto del presente caso, en donde la formación no fue instantánea, sino sucesiva mediante la realización de una oferta de adquisición de bienes del concursado sujeta a un plazo de caducidad. De forma que el transcurso del tiempo fijado para la vigencia de la oferta comportó su caducidad y, en consecuencia, la ausencia de perfección del contrato, es decir, su inexistencia no por falta de complemento de capacidad o de posterior control judicial, sino por la propia caducidad de la oferta. Por lo que cuando la concursada requirió a la demandada para el cumplimiento del contrato, el 3 de agosto de 2012, la oferta ya había caducado con creces, desde el 19 de octubre de 2010. La solicitud de autorización por la administración concursal no supone, en sí misma considerada, la aceptación de la oferta realizada».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 1550/2015] DE 16 DE OCTUBRE DE 2017 [Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno]

Apoderamiento: límites. El mandatario debe comportarse como cabe esperar de acuerdo con la confianza depositada, diligentemente y en favor del interés gestionado, con subordinación del propio interés: el mandatario, al que se confirió poder para subsanar, modificar o completar la escritura de reconocimiento de deuda y constitución de hipoteca a los efectos de su correspondiente inscripción en el Registro de la Propiedad, no se extralimita al subsanar e incorporar unos datos que eran necesarios para llevar a efecto la inscripción registral de la hipoteca y su posible realización.

1. El presente caso plantea, como cuestión de fondo, la posible extralimitación en el poder de representación conferido al acreedor hipotecario para subsanar, modificar o completar la escritura de reconocimiento de deuda y constitución de hipoteca a los efectos de su correspondiente inscripción en el Registro de la Propiedad.

2. En síntesis, la demandante, deudora y aquí recurrente, la entidad Inversiones y Construcciones Omnia Puerto S.L (en adelante, poderdante) interpuso una demanda contra la entidad Ordóñez y Ortega S.L (en adelante, apoderada) en la que solicitaba que se declarase la nulidad de la escritura de

rectificación de 16 de junio de 2009 y, en consecuencia, que se declarase la cancelación de la inscripción registral de la escritura pública de reconocimiento de deuda y constitución de hipoteca de fecha 12 de mayo de 2009, así como la nulidad de todas las actuaciones realizadas en el procedimiento de ejecución extrajudicial llevado a cabo.

La demandada se opuso a la demanda.

3. A los efectos que aquí interesan, hay que señalar que la citada escritura de rectificación, de junio de 2009, tuvo la finalidad de completar una serie de datos que no aparecían en la cláusula undécima-bis de la escritura de reconocimiento de deuda, de mayo de 2009, que resultaban necesarios para la inscripción de la hipoteca y la posible ejecución extrajudicial en ella prevista. En concreto la adición tenía el siguiente tenor: «[...] Que en la citada escritura se omitió por error no incluir la cláusula UNDÉCIMA-BIS, la cual estaría redactada de la siguiente forma:

» UNDÉCIMA-BIS. Las partes de mutuo acuerdo pactan que valoran la finca hipotecada a efectos de subasta en el importe correspondiente a la total responsabilidad por la que responde en la presente hipoteca.

» Igualmente la parte hipotecante designa como domicilio a efectos de notificaciones requerimientos el propio de la finca hipotecada.

» III. Por todo lo anteriormente expuesto y al objeto de subsanar y aclarar tales extremos, el señor compareciente, según actúa, procede por medio de la presente escritura a subsanar y aclarar la misma, y en base a lo expuesto».

Dicha subsanación traía causa de un poder de representación otorgado a favor del acreedor en la cláusula decimotava de la escritura de mayo de 2009, con el siguiente tenor: «[...]INVERSIONES Y PROMOCIONES OMNIA PUERTO S.L., según está representada, confiere poder a favor de ORDÓÑEZ Y ORTEGA, S.L., para que a través de cualquiera de sus representantes legales con facultades bastantes, pueda subsanar, modificar o complementar la presente escritura, a fin de que la misma pueda quedar inscrita en el Registro de la Propiedad correspondiente».

4. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda. En este sentido, consideró que el poder conferido facultaba al mandatario para subsanar e incorporar unos datos que eran necesarios para llevar a efecto la inscripción registral de la hipoteca y su posible realización.

5. Interpuesto el recurso de apelación por la demandante, la sentencia de la Audiencia desestimó dicho recurso y confirmó la sentencia de primera instancia. Consideró que la escritura de rectificación se ajustaba a los términos del poder conferido, pues las modificaciones introducidas tuvieron que realizarse para el acceso registral de la hipoteca, conforme a lo acordado por las partes.

6. Frente a la sentencia de apelación, la demandante interpone recurso de casación.

SEGUNDO. Mandato. Poder otorgado para subsanar, modificar o completar la escritura de constitución de hipoteca. Procedimiento extrajudicial de la venta de la finca hipotecada. Doctrina jurisprudencial aplicable.

1. La recurrente, al amparo del ordinal 2.º del artículo 477.2 LEC, interpone recurso de casación que articula en un único motivo.

En dicho motivo, la recurrente denuncia la infracción de los artículos 1259 y 1713 del Código Civil en relación con la doctrina jurisprudencial de esta sala sobre los límites del mandato. Argumenta que la citada cláusula decimooctava, de la escritura de reconocimiento de deuda y constitución de hipoteca, no ampara facultades de la mandataria para establecer unilateralmente el valor de la finca hipotecada y fijar el domicilio para las notificaciones a la entidad deudora, tal y como se hizo en la escritura de rectificación.

2. El motivo debe ser desestimado.

Esta sala, entre otras, en la sentencia 333/2016, de 20 de mayo, con relación a la interpretación del poder de representación, en particular respecto de los formulados en términos muy generales, tiene declarado lo siguiente:

«[...]Dado el fundamento del contrato de mandato en el recíproco vínculo de confianza entre mandante y mandatario, también deben destacarse los deberes de fidelidad y lealtad que constituyen auténticas directrices en el desenvolvimiento de la actividad de gestión que realiza el mandatario; STS de 28 de octubre del 2004 (núm. 1045/2004). Estos deberes, con fundamento tanto en el principio general de buena fe (artículo 7 del Código Civil), como en su proyección en el artículo 1258 del mismo cuerpo legal (consecuencias que según la naturaleza del contrato sean conformes a la buena fe), y también en el criterio general de la diligencia específica aplicable en los negocios de gestión (artículo 1719 del Código Civil), implican que el mandatario debe comportarse como cabe esperar de acuerdo con la confianza depositada (servare fidem), diligentemente y en favor del interés gestionado, con subordinación del propio interés».

En el presente caso, de conformidad con la doctrina expuesta, y en atención a los hechos probados y no controvertidos, cabe concluir que la entidad demandada no se extralimitó en el ejercicio del mandato conferido para poder subsanar, modificar o completar la escritura de constitución de hipoteca a los efectos de su inscripción en el Registro de la Propiedad.

La rectificación operada en la escritura de junio de 2009, a través del poder otorgado, trae causa y viene justificada por el propio objeto y finalidad de la escritura de reconocimiento de deuda y constitución de hipoteca de

mayo de 2009. En efecto, era preciso completar dos requisitos formales para que la hipoteca accediera a la inscripción en el Registro, tal y como prevén los artículos 234 y ss. del Reglamento Hipotecario: la fijación del domicilio del deudor para las correspondientes notificaciones que puedan derivarse del procedimiento de ejecución de la hipoteca, y el valor en que se tasa la finca para que sirvan de tipo de subasta.

Por último, tampoco puede sostenerse que, en la concreción de estos datos, necesarios para el acceso registral de la hipoteca, el mandatario haya incurrido en la vulneración de los deberes de fidelidad y lealtad o en una actuación contraria al principio de buena fe en perjuicio del mandante. Fijar el domicilio del deudor en la propia finca hipotecada y el valor en que se tasa la finca, para que sirva de tipo de subasta, en atención al importe correspondiente a la total responsabilidad que garantiza la hipoteca, que no consta que fuese desproporcionadamente bajo respecto del valor de la finca, son prácticas usuales en estos casos».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 848/2015] DE 17 DE OCTUBRE DE 2017 [Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno]

Los servicios jurídicos prestados por un despacho profesional, ya sea bajo forma societaria, o bien como ejercicio profesional de un abogado, quedan sujetos a la aplicación de la Ley 3/2004 de Medidas de Lucha contra la Morosidad en las operaciones comerciales.

1. El presente caso plantea, como cuestión de fondo, la aplicación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, con relación a la prestación de los servicios jurídicos que realiza un despacho profesional, como sociedad mercantil, y respecto de los intereses de demora derivados del impago de sus honorarios.

2. En síntesis, la entidad demandante, y aquí recurrida, Gómez-Acebo Pombo Abogados S.L.P. (en adelante, Gómez-Acebo) presentó una demanda contra la entidad Castillo de Aldovea S.L, aquí recurrente, por la que solicitaba que fuera condenada a abonarle los servicios jurídicos prestados en el periodo de 1 de septiembre de 2008 hasta el 23 de octubre de 2009, cuya cuantificación ascendía a 66.247,60 €, más los intereses de demora previstos en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre.

La demandada se opuso a la demanda y negó la deuda reclamada, sin alegar nada más respecto de la posible aplicación de la citada Ley sobre los intereses de demora.

2. De los hechos acreditados en la instancia, deben destacarse los siguientes.

I) La existencia de los servicios jurídicos reclamados, consistentes en el asesoramiento legal y llevanza de pleitos del demandado.

II) El acuerdo verbal de la retribución de dichos servicios en función del tiempo empleado por el prestador del servicio y de la complejidad de las actuaciones realizadas.

III) El carácter complejo de las citadas actuaciones derivado de diversas cuestiones administrativas que la demandada tenía planteadas contra el Ayuntamiento de Madrid relativas a un edificio que pretendía demoler y volver a edificar (licencias de demolición, de obra nueva, expediente de declaración de ruina, expediente expropiatorio y ejercicio de la acción de retracto, así como sus respectivos escritos y recursos).

IV) La contratación de dichos servicios de asesoría jurídica en el ámbito propio de la actividad empresarial de la demandada, como empresa dedicada a la construcción y edificación.

3. La sentencia de primera instancia estimó en su integridad la demanda.

4. La demandada interpuso recurso de apelación en el que, en lo que aquí interesa, alegó la inaplicación de la Ley 3/2004 por tratarse de un consumidor y porque la prestación de servicios jurídicos debía calificarse de actividad profesional y no de operación comercial entre empresas.

5. La sentencia de la Audiencia desestimó el recurso y confirmó la sentencia de primera instancia. En síntesis, consideró que la demandada no tenía la condición de consumidor, pues los servicios jurídicos fueron encargados en el ámbito propio de la actividad de la empresa, cuyo administrador único, el Sr. Remigio, según el poder aportado, era «empresario de la construcción» y se pretendía demoler un edificio, propiedad de la demandada, sobre cuyo solar se proyectaba una edificación, sin que se hubiese acreditado que la demandada fuese el destinatario final de la citada edificación. Por lo demás, consideró que se estaba ante el pago debido como contraprestación de una operación comercial que daba lugar a la prestación de servicios realizados entre empresas y, por tanto, la aplicación de la Ley 3/2004. (artículos 1 y 3).

6. Frente a la sentencia de apelación, la demandada interpone recurso de casación.

Recurso de casación.

SEGUNDO. Contrato de prestación de servicios jurídicos. Aplicación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, de medidas de lucha contra la morosidad en operaciones comerciales. Intereses de demora por el impago de los honorarios. Doctrina jurisprudencial aplicable.

1. La recurrente, al amparo del ordinal 3.º del artículo 477.2 LEC, interpone recurso de casación de articulo en un único motivo.

2. En dicho motivo, bien por la vía del interés casacional de la norma con vigencia inferior a cinco años, con relación a la modificación operada de la Ley 3/2004, por la Ley 15/2010, de 5 de julio, o bien por la jurisprudencia contradictoria de las Audiencias, con cita de la SAP de Madrid, sección 11.ª, de 21 de octubre de 2012 y de la SAP de Cádiz, sección 5.ª, de 2 de diciembre de 2010, denuncia la indebida aplicación de los artículos 1, 2, 3, 4, 5 y 7 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre. Argumenta que las relaciones profesionales entre un cliente, aunque tenga la condición de sociedad mercantil, y un despacho profesional de abogados de asesoría jurídica no pueden considerarse como operaciones comerciales a los efectos de la aplicación de la citada Ley 3/2004.

3. El motivo debe ser desestimado.

La interpretación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, en los planos que aquí interesan, objeto de la norma (artículo 1) y ámbito de aplicación (artículo 3), conforme, a su vez, con las Directivas de las que trae causa (Directiva 2000/35/CE, de 29 de junio, y su posterior refundición en la Directiva 2011/7/UE, de 16 de febrero), conduce a considerar que la prestación de servicios jurídicos que realiza un despacho profesional, bien bajo forma societaria, supuesto del presente caso, o bien como ejercicio profesional de un abogado, queda sujeta a la aplicación de la citada Ley 3/2004 y, por tanto, a los intereses de demora en ella previstos.

Desde la perspectiva del objeto de la norma (artículo 1), y conforme la finalidad de la Directiva 2000/35/CE, de 29 de junio, considerando 7.º, no cabe duda que la promulgación de la Ley responde, entre otras razones, al problema que plantea la morosidad en el pago de las deudas dinerarias bien con relación a la entrega de bienes, o bien con relación a una «prestación de servicios». Concepto que comprende, en principio, la prestación de servicios jurídicos.

En esta línea, la Directiva, tanto la de 2000/35/CE, como la de 2011/7/UE, cuando aborda el concepto de «operaciones comerciales» (artículo 2, núm. 1 y artículo 2 núms. 1 y 3, respectivamente), lo refiere a las actividades «realizadas entre empresas o entre empresas y poderes públicos que den lugar a la entrega de bienes o a la prestación de servicios a cambio de una contraprestación». Dicha definición queda, a su vez, completada o integrada por la definición que ambas Directivas realizan del concepto de empresa en los siguientes términos: «cualquier organización que actúe en ejercicio de su actividad independiente económica o profesional, incluso si dicha actividad la lleva a cabo una única persona». Todo ello conforme con las menciones específicas que se realizan en el preámbulo de la Directiva respecto del «hecho de que las profesiones liberales queden cubiertas por la presente Directiva» (considerando núm. 14 de la Directiva de 2000 y 10 de la

Directiva de 2011). Por lo que la amplitud con la que se definen dichos conceptos permite entender que la prestación de servicios que realiza un despacho profesional queda bajo la cobertura de dicha Directiva y, por tanto, sujeta a la aplicación de la Ley 3/2004 y a los intereses de demora previstos en ella.

Por último, y conforme a lo anteriormente señalado, tanto la Directiva (considerando núm. 13 de la de 2000 y núm. 8 de la de 2011), como la norma nacional (artículo 3. 2), cuando delimitan subjetivamente el ámbito de aplicación de la norma, mediante una exclusión expresa, no contemplan las deudas e intereses derivadas de la prestación de servicios jurídicos realizados por un despacho profesional, y, por tanto, con independencia de su condición de persona física o jurídica. Por lo que a los intereses aquí reclamados le resulta aplicable la citada Ley 3/2004, de 29 de diciembre».

AUDIENCIAS

AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA [Recurso 606/2016] DE 20 DE OCTUBRE DE 2017 [Ponente: José M^a Ribelles Arellano]

Concurso de acreedores: aunque la cuestión presenta dudas de derecho -evidenciadas en la existencia de un voto discrepante del parecer de la mayoría- se entiende que la reforma del artículo 55.1 de la Ley Concursal llevada a efecto por la Ley 38/2011 introduce un elemento temporal que limita el derecho de la Administración Pública a la ejecución separada, de modo que, si no ha culminado la ejecución separada en sede administrativa y en el concurso se aprueba el plan de liquidación, los bienes deben regresar a la masa activa del concurso para someterse a las reglas contenidas en el plan de liquidación y distribuirse el fruto de la venta conforme a las normas de la Ley Concursal.

«El día 24 de abril de 2014 se declaró el concurso voluntario de X S.L.

2.- Con anterioridad a la declaración de concurso la Agencia Estatal de la Administración Tributaria (AEAT) había trabado embargo sobre 38 fincas propiedad de X S.L.

3.- Por auto de 9 de septiembre de 2015 el Juzgado Mercantil nº 6 de Barcelona consideró que los 38 inmuebles embargados por la AEAT no eran bienes necesarios para la continuidad de la actividad de la concursada, autorizando a la Agencia Tributaria, al amparo del artículo 55 de la Ley Concursal (LC) a continuar con los trámites de ejecución administrativa.

4.- Tras la resolución del Juzgado, la AEAT continuó con el trámite de ejecución, señalando para la celebración de las subastas administrativas el día 19 de octubre de 2016.

5.-La AEAT no tiene reconocido ningún privilegio especial sobre los inmuebles de referencia, únicamente disponía de la diligencia de embargo.

6.- Por auto de 17 de febrero de 2016 el Juzgado acordó la apertura de la fase de liquidación, dando curso así a la solicitud de apertura de liquidación realizada por la concursada en escrito de 17 de noviembre de 2015.

7.- Tras los trámites correspondientes, el día 12 de septiembre de 2016 se aprobó el plan de liquidación, acordándose en ese plan excluir de la liquidación las 38 fincas embargadas por la AEAT, que estaban sujetas a un procedimiento de subasta administrativo con fecha ya señalada. El Juzgado acordó no suspender la subasta señalada, requiriendo a la AEAT para que informara sobre el resultado de la subasta.

8.- Por escrito de 16 de octubre de 2016 la AEA T informó que la subasta convocada había quedado desierta y que se había abierto, conforme al régimen previsto en la Ley General Tributaria y el Reglamento de Recaudación, un trámite de adjudicación directa sin precio mínimo que tenía un plazo máximo de duración de 6 meses.

SEGUNDO. Motivos de apelación.

9.- Recurre en apelación la concursada, adhiriéndose al recurso la administración concursal. En el recurso, tras exponer los antecedentes del procedimiento, considera que en el supuesto de autos la AEAT no goza de privilegios especiales sobre los inmuebles embargados y que, por lo tanto, abierta la fase de liquidación, debían dejarse sin efecto los embargos administrativos trabados, debiendo quedar los bienes de referencia sujetos a la liquidación concursal y a las disposiciones que sobre la liquidación se acordaran en el plan. Consideran los recurrentes que conforme al artículo 55.1 de la LC las posibilidades de ejecución separada concluyen una vez aprobado el plan de liquidación, no pudiéndose seguir adelante en los apremios administrativos una vez aprobado el plan.

TERCERO. Sobre el alcance del artículo 55.1 de la Ley Concursal.

I 0.- El artículo 55 de la LC en sus dos primeros apartados establece lo siguiente:

«1. Declarado el concurso. no podrán iniciarse ejecuciones singulares. judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor.

Hasta la aprobación del plan de liquidación podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado diligencia de embargo y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios

para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor

2. Las actuaciones que se hallaran en tramitación quedarán en suspenso desde la fecha de declaración de concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos».

11. El artículo 55, ubicado sistemáticamente en la Sección 2.^a ("efectos sobre las acciones individuales") del Capítulo 2.^o ("de los efectos sobre los acreedores") del Título III de la Ley Concursal, tiene por finalidad integrar en la masa pasiva del concurso a todos los acreedores del deudor (artículo 49 de la Ley Concursal), que quedarán sometidos a la solución concursal que proceda. De este modo, declarado el concurso no pueden iniciarse ejecuciones singulares contra el patrimonio del deudor y las que se encuentren en trámite quedarán en suspenso.

2. Como excepción a la suspensión de ejecuciones y procedimiento de apremios que, en términos generales, proclama el artículo 55 de la Ley Concursal, el párrafo segundo del apartado primero permite la continuación de determinadas ejecuciones "hasta la aprobación del plan de liquidación". Ese derecho a continuar con la ejecución al margen del concurso lo ostentan determinados acreedores a los que la Ley pretende privilegiar -las Administraciones Públicas y los trabajadores- y está sujeto a tres requisitos: (i) que haya recaído diligencia de embargo o se hubieran trabado los bienes antes de la declaración de concurso; (ii) que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor; (iii) que no se hubiera aprobado el plan de liquidación.

13. El límite temporal del derecho de ejecución separada - "hasta la aprobación del plan de liquidación"- se introduce en la Ley Concursal con la Reforma operada por la Ley 38/2011, de 8 de noviembre. En su redacción originaria el derecho de ejecución separada no tenía límites o al menos no los expresaba el artículo 55 de la Ley, por lo que, declarado que el bien objeto de embargo no era necesario para la continuidad de la actividad del deudor, la ejecución podía seguir adelante.

14. Dos son las interpretaciones que se vienen haciendo del precepto. La primera, más ajustada al tenor literal de la norma, implica que la ejecución separada sólo puede continuar hasta la aprobación del plan de liquidación, por lo que, de no haber concluido en ese momento procesal el procedimiento de apremio o la ejecución laboral, los bienes objeto de la ejecución han de integrarse en la masa activa del concurso y sujetarse a las reglas de la liquidación concursal, extinguiéndose definitivamente la ejecución separada. Con arreglo a la segunda interpretación del artículo 55, hasta la aprobación del plan de liquidación la Administración Pública que hubiera embargado bienes antes de la declaración del concurso puede solicitar del juez del concurso la declaración del bien o derecho como no

necesario, de tal suerte que, obtenida la declaración del Juzgado, el apremio administrativo puede continuar hasta su finalización.

15. Pues bien, aunque la cuestión suscita dudas de derecho, evidenciadas en la existencia de un voto discrepante del parecer de la mayoría, entendemos que la primera de las interpretaciones es la acertada, esto es, la reforma del artículo 55.1 llevada a efecto por la Ley 38/2011 introduce un elemento temporal que limita el derecho de la Administración Pública a la ejecución separada, fijando un momento para ejercitar ese derecho, de modo que, si no ha culminado la ejecución separada en sede administrativa y en el concurso se aprueba el plan de liquidación, los bienes deben regresar a la masa activa del concurso para someterse a las reglas contenidas en el plan de liquidación y distribuirse el fruto de la venta conforme a las normas de la Ley Concursal. Esta interpretación es acorde con el artículo 77.2 de la Ley General Tributaria que establece que en el proceso concursal los créditos tributarios quedarán sometidos a lo establecido en la normativa concursal.

16. En efecto, ya con anterioridad a la Reforma del 2011 vino considerando este Tribunal que el derecho a continuar con el apremio administrativo no implicaba un derecho a mantener indefinidamente el embargo ni excluía la competencia del juez del concurso de realizar los bienes cuando, por las razones que fueran, la Administración competente desistía de facto de la ejecución. Así, en nuestro auto de 15 de mayo de 2009 (ECLI ES:APB:2009:4341) declaramos la pérdida o la preclusión del derecho de ejecución separada cuando la Administración Pública correspondiente renunciaba tácitamente a ese derecho, renuncia que en ese caso se constató al haberse incluido los bienes objeto de la ejecución en el plan de liquidación y no haber formulado la ejecutante observaciones al mismo. Lo mismo cabría sostener, en términos generales, en otros supuestos de desidia o falta de interés por parte de la Administración ejecutante. La nueva redacción del artículo 55 de la Ley Concursal responde a esa lógica, esto es, el procedimiento de apremio puede continuar, pero no indefinidamente, y el derecho de ejecución separada no excluye por completo la competencia del juez del concurso para liquidar todo patrimonio del deudor. El tenor literal del precepto no ofrece duda alguna -"hasta la aprobación del plan de liquidación, podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución ... -. Ergo, aprobado el plan de liquidación, la ejecución no puede proseguir. En definitiva, con la aprobación del plan la ejecución se "suspende" definitivamente, suspensión entendida en el sentido concursal del término, esto es, los bienes se integran en la masa activa del concurso y el acreedor pierde cualquier preferencia sobre los mismos.

17. Admitimos que con esa interpretación del artículo 55 se puede cercenar el derecho de ejecución separada en supuestos en los que la Administración, como órgano ejecutor, actúa con diligencia, dado que, también tras la Reforma de 2011, es posible abrir la liquidación en el propio

auto que declara el concurso, con lo que se adelanta también la aprobación del plan de liquidación. No parece que sea este el caso, pues entre la declaración del concurso - el 24 de abril de 2014- y la aprobación del plan -el 12 de septiembre de 2016- transcurrió un dilatado periodo de tiempo.

En cualquier caso, entendemos que la interpretación literal del artículo 55 de la LC no ofrece dudas y que no es posible otra interpretación distinta más favorable al privilegio procesal.

18. Por lo expuesto, debemos estimar el recurso y revocar el auto aprobando el plan de liquidación, que habrá de incluir los inmuebles inicialmente sujetos a la ejecución separada, requiriendo a la Agencia Tributaria para que paralice los trámites de la ejecución y reintegre los bienes a la masa activa del concurso».

JUZGADOS

SENTENCIA DEL JUZGADO DE LO MERCANTIL N.º 2 DE BILBAO [Autos: 910/2016] DE 17 DE JULIO DE 2017 [Magistrada: Olga Ahedo Peña]

Sociedad de responsabilidad limitada: anotaciones realizadas en el libro registro de socios con motivo de la transmisión de las participaciones sociales. La inscripción en el libro registro de socios tiene su origen en la solicitud del interesado adquirente de las participaciones sociales, quien instará la inscripción justificando su petición con la prueba que la respalde. La llevanza y custodia del Libro registro de socios corresponde al órgano de administración. Los administradores sociales han de verificar la corrección formal del título que ampara la solicitud y su acomodo a la legalidad vigente y podrán oponerse a la práctica de las anotaciones por concurrir defectos en la solicitud, en la titularidad, o por disconformidad con las reglas del tracto sucesivo o con la misma apariencia. Verificada por los administradores la corrección formal del título que ampara la solicitud y no existiendo motivos para oponerse, éstos deberán proceder materialmente a realizar la inscripción en el libro registro de socios.

«La resolución del presente procedimiento pasa por considerar los siguientes hechos que o bien han sido admitidos o bien probados.

1. La mercantil MEZOUNA, S.L., se constituyó en 1989 por la familia Carmelo-José Francisco, siendo administradores mancomunados en las fechas que interesan el demandante D. José Francisco y su hermano D. Carmelo.

2. En la primavera de 2009 la distribución del capital social era la siguiente:

- Don José Francisco: 49,998%.

- Don Carmelo: 33,122%.

- Cada uno de los cuatro hijos del segundo: 4,219%.

- La madre de D. José Francisco y D. Carmelo, D^a. Virtudes: 0,0023% (participaciones nº NUM000 y NUM001).

3. En 1973, los hermanos D. José Francisco y D. Carmelo, y su madre, se confirieron poderes recíprocos para que cualquiera de ellos pudiera ejercitar, en nombre y representación de los otros, amplias facultades, incluida la enajenación de bienes muebles e inmuebles, aunque no la autocontratación.

4. El 21 de octubre de 2009, D. José Francisco vendió a su esposa, D^a. Emma, la participación nº NUM002. Seguidamente, D. José Francisco, manifestando actuar en nombre y representación de su hermano D. Carmelo, vendió a D^a. Emma 10 participaciones. Y el 27 de octubre de 2009, D. José Francisco, manifestando actuar en nombre y representación de su madre, vendió a su esposa las participaciones nº NUM000 y NUM001.

5. El 11 de noviembre de 2009, D. Carmelo y D^a. Virtudes tuvieron conocimiento de los actos referidos y los rechazaron expresamente, negándose a recibir su precio, y haciendo uso del poder que D. José Francisco les confirió en 1973, el 16 de noviembre de 2009 otorgaron varias escrituras públicas de compraventa de un total de 12 participaciones de las que D. José Francisco era titular, con el fin de restablecer el status quo de la distribución de las participaciones sociales preexistente a las escrituras de 21 y 27 de octubre de 2009.

6. D. José Francisco demandó que se declarara la nulidad de las escrituras de 16 de noviembre de 2009, y D. Carmelo y D^a. Virtudes reconvinieron solicitando que se declarase la nulidad de las escrituras otorgadas por D. José Francisco 21 y 27 de octubre de 2009. En dicho procedimiento ha dictado sentencia el Tribunal Supremo (nº 333/2016 de 20 de mayo (RJ 2016, 2295)), declarando la nulidad e ineficacia de la cesión a la esposa de D. José Francisco de las participaciones que se le cedieron (10 por un lado y las nº NUM000 y NUM001 por otro lado), y el dominio de las mismas de D. Carmelo y D^a. Virtudes, respectivamente.

7. Tramitándose en primera instancia el proceso referido, por escritura pública de 8 de octubre de 2010, D^a. Virtudes vendió a dos de los hijos de D. Carmelo, D. Jesús y D. Roberto, las participaciones nº NUM000 y NUM001.

8. El 8 y 10 de junio de 2016, cada uno de los compradores dirigió una carta a MEZOUNA pidiendo formalmente la anotación de la transmisión en el Libro registro de socios (...), cartas que se remitieron a la oficina Ybarra en Bilbao.

9. El 16 de junio de 2016 se anotaron las transmisiones en el Libro registro de socios.

10. El 10 de noviembre de 2016 D. Carmelo envió mediante burofax una carta a D. José Francisco en la que, entre otros extremos, se informaba sobre la anotación de las transmisiones.

11. Requeridas las escrituras públicas por el demandante D. José Francisco en cartas de 21 y 25 de noviembre de 2016, le fueron remitidas mediante burofax de 1 de diciembre de 2016 (...).

SEGUNDO. Acción ejercitada y planteamiento del debate

1. D. José Francisco, invocando el artículo 105.1 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 10 de julio (en adelante, LSC), ejercita acción de impugnación de las anotaciones realizadas en el Libro registro de socios con motivo de la transmisión de las participaciones sociales nº NUM000 y NUM001, realizada el 8 de octubre de 2010 por D^a. Virtudes a D. Roberto y a D. Jesús. El motivo de la impugnación es el hecho de haberse practicado tales anotaciones sin el consentimiento del demandante, que afirma debió recabarse en su condición de administrador mancomunado. Afirma el actor que no sólo no ha consentido las anotaciones en el Libro registro de socios, sino que ni siquiera ha tenido la oportunidad de conocer la solicitud de inscripción del negocio transmisivo, ni de examinar con carácter previo a su anotación los títulos en los que pudiera haberse fundado. Deja claro el demandante que la demanda se interpone "únicamente al objeto de revocar cuantas anotaciones se han realizado en el Libro Registro de Socios de MEZOUNA sin la intervención del órgano de administración", y que no es objeto de este procedimiento debatir la validez, eficacia o existencia del negocio transmisivo. Hace referencia también el demandante a las compraventas y proceso judicial referidos en el fundamento jurídico primero de esta resolución, y a los requerimientos recibidos por el demandante para convocar Junta general ordinaria y extraordinaria incluyendo en su orden del día el cambio del órgano de administración.

2. La mercantil demandada y los intervinientes, señores Jesús [y] Roberto, se oponen a la demanda y formulan demanda reconvenional en solicitud de ratificación de las anotaciones alegando, básicamente, que la anotación de las transmisiones es un acto debido cuando las mismas cumplen los requisitos de regularidad formal, como es el caso.

Afirman MEZOUNA y los intervinientes que tras la sentencia del Tribunal Supremo antes referida, de 20 de mayo de 2016, los días 8 y 10 de junio siguientes cada uno de los compradores de las participaciones dirigió carta a MEZOUNA (...) solicitando formalmente que conforme a lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 11 de los Estatutos sociales y el art. 104 LSC se hicieran constar formalmente en el Libro registro de socios las transmisiones. Afirma MEZOUNA que dichas cartas se entregaron en la oficina de Madrid y que fueron remitidas al domicilio social el 13 de junio (...). Añade que habiendo quedado resuelta la cuestión relativa a la

titularidad de las participaciones por la sentencia del Tribunal Supremo, y habida cuenta el contenido de la carta de 12 de febrero de 2013, no se consideró la posibilidad de que D. José Francisco objetara la práctica de las anotaciones. Explican que el 27 de octubre de 2016, don Carmelo recibió la notificación de la providencia de 11 de octubre de 2016 de la Sala Primera del Tribunal Supremo (...), por la que se inadmitió a trámite el incidente de nulidad de actuaciones que el 30 de junio anterior había promovido D. José Francisco contra la sentencia de 20 de mayo de 2016, y el 10 de noviembre de 2016, D. Carmelo envió a D. José Francisco mediante burofax la carta aportada como documento 9 de la demanda en la que se expone con toda naturalidad que se han anotado en el Libro registro de socios las transmisiones instrumentadas en las escrituras de fecha 8 de octubre de 2010 entre D^a. Virtudes y D. Jesús y D. Roberto, y la de 21 de octubre de 2009 entre D. José Francisco y su cónyuge D^a. Emma. La respuesta de D. Carmelo el 21 de noviembre de 2016 (...) fue, entre otras, que la sentencia del Tribunal Supremo no era firme porque iba a interponer contra la misma los recursos extraordinarios que procedieran, y que por primera vez tomaba conocimiento de las ventas de octubre de 2010 sobre las participaciones NUM000 y NUM001, recordando el contenido del artículo 105.1 LSC y requiriendo formalmente la exhibición de las escrituras de compraventa referidas y la indicación de la ubicación del Libro registro de socios, enviando el mismo día 21 D. Carmelo a D. José Francisco por conducto notarial fotocopia testimoniada de todas las páginas con anotaciones del Libro registro de socios (...). Añade que el 30 de noviembre de 2016, D. Carmelo facilitó a D. José Francisco copias de las escrituras. Explican demandada e intervinientes que el demandante ha bloqueado durante años el funcionamiento de la sociedad, no convocando juntas a pesar de los requerimientos (...) recibidos a tal fin, y que no se han aprobado las cuentas de los ejercicios 2008 a 2015.

3. El demandante reconvenido, en relación con las demandas reconvenionales, alega que no procede la ratificación de las anotaciones porque:

- La anotación sin la intervención de D. José Francisco es nula por ser contraria a la Ley, no siendo susceptible de confirmación o ratificación.

- Sólo si los administradores verifican la regularidad formal de la transmisión no debe demorarse negligente o maliciosamente la adopción de la decisión de inscribir y la realización de la anotación, lo que no ocurre en este caso porque:

· No se ha cumplido la condición suspensiva en su día establecida para que adquirieran eficacia las transmisiones de participaciones sociales operadas en las escrituras públicas de 8 de octubre de 2010, pues la sentencia del Tribunal Supremo se encuentra recurrida en amparo ante el Tribunal Constitucional con petición de suspensión de su efectividad durante su tramitación.

· Los terceros intervinientes no solicitaron de MEZOUNA la anotación de las transmisiones supuestamente operadas a su favor en el Libro registro de socios.

· Dichas transmisiones de participaciones no responden a la verdadera voluntad de D^a. Virtudes, que nunca quiso venderlas a sus nietos, sino transmitir las a sus dos hijos, lo que determina la nulidad de pleno derecho de las escrituras públicas referidas.

TERCERO. Doctrina y jurisprudencia

En relación con la llevanza del Libro registro de socios ha indicado el catedrático de Derecho Mercantil D. J.A. García-Cruces en el manual "Derecho de Sociedades Mercantiles", 2016 (páginas 232 y siguientes) lo siguiente:

"(...) En atención al carácter obligatorio de tal libro registro, resulta obvio que su llevanza y custodia constituye un acto de administración, por lo que serán los administradores sociales quienes tengan encomendada tal tarea al igual que la realización de las operaciones vinculadas a este libro. Desde luego, la principal actuación que queda atribuida a los administradores sociales es la relativa a la práctica de las anotaciones o inscripciones en el libro registro de socios. Ahora bien, a fin de lograr tal inscripción es necesario desarrollar dos actuaciones distintas.

En primer lugar, ha de actuarse la pertinente solicitud por parte del interesado. No cabe que la sociedad, a través de sus administradores, proceda por sí misma a la práctica de inscripción alguna. La inscripción en el libro registro de socios siempre tiene su origen en la solicitud que en tal sentido presentara el interesado. De este modo, el adquirente de participaciones formulará la solicitud de inscripción de su titularidad. Pero también podrá interesar la pertinente anotación de su derecho quién resulte titular de un derecho real (...). Esta solicitud no requiere reunir formalidades particulares, pero, por su propia naturaleza, encierra una declaración de voluntad, interesando la práctica de la inscripción, de carácter recepticio, pues ha de ir dirigida a la sociedad, y que no tiene carácter negocial, pues con ella no se busca la perfección de un negocio jurídico. En lo que hace a su contenido, la solicitud no sólo instará la inscripción, sino que, igualmente, habrá de acompañarse de la justificación de tal petición, así como de la prueba que la respalde.

Pero, no basta sólo con la solicitud, sino que, a fin de causar la inscripción en el libro registro de socios, es necesaria una segunda actuación que se encomienda a los administradores sociales. Esta segunda actuación encierra una labor de previo control, en el sentido de que los administradores sociales han de verificar la corrección formal del título que ampara la solicitud y de su acomodo a la legalidad vigente. Por ello, el juicio que se haga es puramente formal, sin que pueda hacerse valer un criterio de conveniencia en relación con el interés social. Verificada por los administradores la corrección formal del título que ampara la solicitud, éstos

deberán proceder materialmente a realizar la inscripción en el libro registro de socios. El problema que puede llegar a suscitarse hace referencia a aquellos casos en que, pese a la suficiencia formal del título, los administradores sociales denegaran la inscripción. En tal caso, no habrá que olvidar el carácter debido de tal libro y de la práctica de la inscripción, por lo que el interesado podrá acudir a la vía judicial."

Y en relación con el libro registro de acciones nominativas ha señalado el Tribunal Supremo en la sentencia de 28 de febrero de 2008 (sentencia 171/2008 (RJ 2008, 2931); recurso 5812/2000), FJ 4º: "CUARTO. La inscripción de la transmisión en el libro no es, sin embargo, automática, en contra de lo que parece suponer la recurrente. Antes bien, para que se produzca es necesario, por parte del adquirente, que lo solicite y que acredite la adquisición.

Mientras que a la sociedad le corresponde comprobar, bajo su responsabilidad, la regularidad aparente de una y otra - la sentencia de 22 de febrero de 2000 hizo referencia al necesario control de esa legitimación del adquirente, mediante la comprobación de la normalidad de la transmisión-

Los administradores, aunque el de registrar sea un acto reglado y el control que puedan ejercer se limite a los aspectos externos y aparentes de la titularidad afirmada por el solicitante de la inscripción, pueden oponerse a reconocer la legitimación tabular, ya sea por defectos de la solicitud, ya de la misma titularidad afirmada -por disconformidad con las reglas del tracto sucesivo o con la misma apariencia-. Pueden, por ello, los administradores exigir la exhibición de los títulos para llevar a cabo la verificación expuesta, previamente al reconocimiento de la legitimación del adquirente (...)."

CUARTO. Resolución

En consideración a la doctrina y jurisprudencia expuestas debe ser desestimada la demanda formulada por D. José Francisco, y ello porque circunscrito el debate a la determinación de la eficacia o no de las anotaciones en el Libro registro de socios por haberse realizado sin el consentimiento del demandante en su condición de administrador mancomunado, y habiendo advertido la Juzgadora a las partes tanto en la previa vista de medidas cautelares como en la audiencia previa que ninguna valoración procedía realizar ni de la transmisión objeto de las anotaciones, cuya validez deja claro el demandante que no cuestiona, ni sobre las transmisiones sobre las que resolvió el Tribunal Supremo, que tampoco son objeto de este procedimiento, ningún argumento esgrime el demandante en su escrito de demanda que fundamente su negativa a consentir la anotación. Por el contrario, insiste en el párrafo 53 de su demanda en un extremo que el propio demandante califica de "clave", y es que "no se discuten la regularidad, la validez o la eficacia de la transmisión." "Lo que se cuestiona", añade, "es la licitud de la propia inscripción por haberse decidido su realización por quien no

ostentaba competencias para hacerlo." En el párrafo 56 de su demanda afirma el demandante: "Por supuesto, lo anterior no significa que la inscripción en el Libro Registro no sea un acto debido para la sociedad. Parece claro que una vez verificada por los administradores la regularidad formal de la transmisión no debe demorarse negligente o maliciosamente la adopción de la decisión de inscribir y la realización de la anotación." Añade en el párrafo 57: "Pero la referida decisión es siempre imprescindible y ha de tomarse siempre de conformidad con las reglas legales y estatutarias que regulan la estructura y el funcionamiento del órgano de administración. Si la decisión resulta favorable, entonces se procederá inmediatamente a anotar la transmisión. Pero si es desfavorable o si, simplemente, no llega a adoptarse (...) la inscripción no se producirá. En este caso el socio que pretende que se inscriba la transmisión a su favor puede, desde luego, reclamar el auxilio de los tribunales para que éstos condenen a la compañía a inscribir (sin perjuicio de la eventual responsabilidad de los administradores si su conducta pudo considerarse negligente o desleal y causó daños)." Y sigue diciendo en el párrafo 58: "Ahora bien, debe insistirse (aunque ello sea irrelevante a los efectos del objeto del presente procedimiento) en que, en el caso presente, la ausencia de una decisión concurrente de ambos Administradores Mancomunados (DON José Francisco y DON Carmelo) no deriva de una discordancia o divergencia de criterio en cuanto a la procedencia de la inscripción (...). Antes bien, ocurre que DON José Francisco no ha tenido en ningún caso conocimiento de la solicitud de inscripción en el Libro Registro y no ha tenido tampoco ocasión de valorar los documentos justificativos que, finalmente y de modo indebido, ha tenido acceso a dicho Libro" (la letra negrita es de quien suscribe).

Pues bien, en primer lugar, resulta contradictorio que afirme por un lado el demandante que no discute la "regularidad" para afirmar luego que no ha conocido la solicitud de inscripción y los títulos de transmisión. Y es que, si tales circunstancias sí se dieron al tiempo de practicar la anotación el 16 de junio de 2016, a la fecha de interposición de la demanda, 14 de diciembre de 2016, había conocido o pudo haber conocido el demandante la solicitud de inscripción y también había tenido acceso a los títulos. El acceso a las escrituras públicas lo acredita el documento 19 de la contestación de MEZOUNA; burofax que conteniendo dichos títulos se entregó a D. José Francisco, en su condición de administrador mancomunado de MEZOUNA, el 1 de diciembre de 2016. Y el conocimiento de las solicitudes de inscripción, o posibilidad de tenerlo, resulta del doc. 13, que acredita un envío desde Madrid a la oficina YBARRA en Bilbao el 30 de junio de 2016. Impugna el demandante la eficacia probatoria de este documento pues afirma no acreditar el contenido del envío. Y, ciertamente, así es. Pero tampoco el demandante realiza alegaciones ni aporta prueba alguna que desvirtúe la eficacia probatoria que se pretende de tal documento, pues siendo claro que en la fecha indicada hubo un envío de Madrid a la oficina YBARRA, nada dice el demandante sobre qué otro contenido pudo tener tal envío. Por otra parte, en los requerimientos

realizados el 21 y 25 de noviembre de 2016 a D. Carmelo en solicitud, entre otras cosas, de la exhibición de las escrituras públicas de transmisión de las participaciones, nada dice D. José Francisco de las solicitudes de inscripción, pudiendo presumirse por ello que las conocía.

Pues bien, habiendo conocido el demandante tanto las solicitudes de inscripción como las escrituras públicas con anterioridad a la interposición de la demanda, presenta ésta impugnando las anotaciones, pero sin cuestionar su regularidad formal, lo que es tanto como admitir que las anotaciones debieron practicarse. Y por tal razón considera la Juez eficaz las anotaciones practicadas. La llevanza y custodia del Libro registro de socios corresponde al órgano de administración (art.105.1 LSC) y en este caso a los dos administradores mancomunados, quienes podrán oponerse a la práctica de las anotaciones por concurrir defectos en la solicitud, en la titularidad o por disconformidad con las reglas del tracto sucesivo o con la misma apariencia, pero no existiendo motivos para oponerse a la práctica de la anotación, como en este caso sucede, no puede sino declararse la eficacia de la misma. Lo que no procede, conociendo las circunstancias de las transmisiones como en este caso sucede, es impugnar su anotación por motivos distintos a aquéllos que habrían permitido una negativa fundada a su práctica. En este caso sólo al contestar el demandante a la demanda reconvenional deja claro por qué se opone a la práctica de las anotaciones; en definitiva por su disconformidad con la sentencia firme del Tribunal Supremo y también con la propia eficacia de las transmisiones de 8 de octubre de 2010, alegaciones éstas que no sólo se han introducido extemporáneamente, pues debió el demandante introducirlas en su escrito de demanda, sino que además exceden del ámbito del examen de la regularidad formal que requiere la práctica de las anotaciones, razón por la cual el propio demandante circunscribe el debate en su escrito del demanda al único hecho de haberse prescindido de su consentimiento al practicar las anotaciones.

Lo anteriormente expuesto debe conducir a la estimación de la demanda y a la desestimación de las demandas reconvenionales, y ello porque la desestimación de la demanda comporta por sí mismo el reconocimiento de la eficacia de las anotaciones, no procediendo los pronunciamientos de condena y declarativos pretendidos por MEZOUNA y los intervinientes en el sentido de condenar a la ratificación de las anotaciones desde el momento en el que se está reconociendo su eficacia.

AUTO DEL JUZGADO DE LO MERCANTIL N.º 1 DE OVIEDO [Autos 410/2014] DE 16 DE OCTUBRE DE 2017

Concurso de acreedores: aprobación del plan de liquidación e incorporación por el juez de las alegaciones o propuestas de modificaciones presentadas por los acreedores. Criterios judiciales que han de regir la realización de los bienes en

función de su naturaleza y la posibilidad o no de su transmisión como unidad productiva.

«El plan de liquidación presentado por la administración concursal goza de gran detalle y se ajusta, en su mayoría, a los criterios de este juzgador, fijados, entre otros, en el AJM nº 1 de Oviedo de 31 de octubre de 2016.

La administración concursal prioriza la venta de la unidad productiva de farmacia, en dos fases: la primera, de genuina compraventa; la segunda, a través de una subasta. Para el caso de fracasar la transmisión como unidad productiva (UP, en adelante), recurre a la venta individualizada, y, en su defecto, de nuevo a la subasta.

Las alegaciones o propuestas de modificaciones se reducen a dos acreedores, CAJA RURAL DE ASTURIAS y COFAS.

Por parte de CAJA RURAL DE ASTURIAS se interesa:

a.- La inclusión de la previsión expresa de la cesión en pago o para pago.

b.- La conservación por el acreedor hipotecario de los privilegios de orden procesal que le reconoce la LEC. COFAS también postula la conservación de esos atributos procesales y, a mayores, efectúa las siguientes propuestas de modificación:

a.- La fijación de una renta mínima del local de farmacia, de conformidad con lo previsto en la escritura de hipoteca mobiliaria de 10 de marzo de 2011, interesando para ello que el administrador concursal se valga de un API, dado el tiempo transcurrido desde la constitución de ese derecho real.

b.- En el apartado 4.1 del plan, dentro del perímetro de la UP, interesa que se especifique la inclusión, no tanto de los derechos de uso que la concursada pudiere tener sobre el local a la fecha de la transmisión, sino sobre la UP.

c.- Ampliación a 2 meses del plazo para que el adjudicatario haga ingreso del resto del precio en la VUP (venta de unidad productiva).

d.- Supresión del consentimiento de la concursada para la transmisión por precio inferior al importe del privilegio especial.

e.- Depósito para la subasta: interesa su reducción del 20% al 5%.

f.- Inclusión de que los oferentes deberán cumplir los requisitos establecidos en la Ley 1/2001, del Principado de Asturias, de atención y ordenación farmacéutica.

SEGUNDO. Como es conocido de las partes es pretensión de este juzgador dotar de cierta homogeneidad a los planes de liquidación, que potencie la autonomía de la administración concursal y reserve la intervención de la oficina judicial y el

control por el juez del concurso a aquellos extremos verdaderamente relevantes.

Por ello vamos a ir desgranando los criterios que han de regir la realización en función de la naturaleza de los bienes, la posibilidad o no de su transmisión como unidad productiva, dando respuesta, en cada apartado, a las alegaciones u observaciones de las partes.

1.- *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 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, incorporeales 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.)”.

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).

2.- 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. 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 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.

3.- 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 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 (cfr. 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 como 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).

El art. 32.2 LAU faculta al arrendador para elevar la renta un 20% en los casos de cesión inconsentida 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). En este sentido deberá entenderse la expresión utilizada por la administración concursal relativa a la transmisión de los derechos de uso que sobre el local pudiera tener la concursada en el momento de la transmisión, cláusula, por otra parte, en la que no advertimos la incorrección que denuncia COFAS. Igualmente interesa COFAS la fijación de una renta mínima del local de farmacia, de conformidad con lo previsto en la escritura de hipoteca mobiliaria de 10 de marzo de 2011, interesando para ello que el administrador concursal se valga de un API, dado el tiempo transcurrido desde la constitución de ese derecho real. Esa escritura, que figura como documento nº 1 de la solicitud por COFAS formulada de concurso necesario, constituye un reconocimiento de deuda con garantía hipotecaria sobre el local donde la concursada ejerce su negocio de farmacia, disponiendo las partes en su estipulación Décima que “mientras subsista la deuda y para el caso de subasta o transmisión por cualquier título de la oficina de farmacia, la renta mínima a satisfacer a la propiedad del local donde está instalado el negocio de la susodicha oficina de farmacia, aquí objeto de hipoteca, será MIL QUINIENTOS EUROS (1.500,00 €), y por UN PLAZO MÍNIMO DE 10 AÑOS.” El local, según se dice en la propia escritura, pertenece con carácter privativo a la comunidad hereditaria de D. Maximino Rial Rodríguez, que forma la concursada con sus dos hijas. Dicha estipulación, pactada en defensa de los derechos del acreedor hipotecario, debe ser respetada, lo que, por otra

parte, no se aprecia que pueda repercutir de forma negativa en la VUP dado el importe previsto para la renta mínima, que se estima asumible por un futuro arrendatario. Si el respeto a dicha estipulación no merece duda, sí en cambio el deseo de COFAS de que se actualice, pues no hay en la escritura prevista cláusula alguna de actualización, lo que ha de conducir a su rechazo.

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 inconsentida. Si éste fuere el caso, estas cláusulas debemos entender que no operan en caso de transmisión concursal de unidad productiva, pues sino 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 (cfr. 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.

4.- 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. Dicho precepto, como regla legal (no ya supletoria) de liquidación dispone: “Para los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial se aplicará lo dispuesto en el artículo 155.4. Si estos bienes estuviesen incluidos en los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes o de servicios pertenecientes al deudor que se enajenen en conjunto, se aplicarán, en todo caso, las siguientes reglas: a) Si se transmitiesen sin subsistencia de la garantía, corresponderá a los acreedores privilegiados la parte proporcional del precio obtenido equivalente al valor que el bien o derecho sobre el que se ha constituido la garantía suponga respecto a valor global de la empresa o unidad productiva transmitida. 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. En tal caso, la parte del valor de la garantía que no quedase satisfecha tendrá la calificación crediticia que le corresponda según su naturaleza. Si el precio a percibir fuese igual o superior al valor de la garantía, no será preciso el consentimiento de los acreedores privilegiados afectados. b) Si se transmitiesen con subsistencia de la garantía, subrogándose el adquirente en la obligación del deudor, no será necesario el consentimiento del acreedor privilegiado, quedando excluido el crédito de la masa pasiva. El juez velará por que el adquirente tenga la solvencia económica y medios necesarios para asumir la obligación que se transmite. Por excepción, no tendrá lugar la subrogación del adquirente a pesar de que subsista la garantía, cuando se trate de créditos tributarios y de seguridad social”.

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 cuando de 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, extramuros 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).

Solicita COFAS –y así se concede- que se amplíe a dos meses el plazo para que al adjudicatario satisfaga el resto del precio, atendida la duración previsible de los trámites administrativos que el adjudicatario habría de realizar ante la Consejería de Sanidad y el Colegio de Farmacéuticos.

Finalmente, interesa COFAS que se modifique, dentro de apartado relativo al precio de VUP, la conformidad de la concursada para que opere la transmisión por un precio inferior al importe del privilegio, pretensión que ha de ser atendida, pues si bien el art. 155.4 refiere la aceptación expresa tanto al concursado como al acreedor con privilegio especial, parece obvio que, habiendo perdido el concursado las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, no puede reconocérsele un derecho de veto en cuanto al precio, incumbiendo a la administración concursal y al juez del concurso valorar si el precio ofertado (y consentido por el acreedor con privilegio especial) satisface de forma razonable los intereses del concurso, sin perjuicio de valorar las alegaciones que a tal respecto puedan formular tanto el deudor como los garantes personales y, desde luego, el resto de acreedores.

5.- *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 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).”

6.- *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.

7.- *Posibilidad de cesión en pago o para pago (interesada por Caja Rural).*

Como decíamos, la administración concursal establece dos sistemas de enajenación, que operan de forma sucesiva, primero la venta directa y luego la subasta. No obstante, 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 o de los acreedores con privilegio especial, antes de pasar a la subasta la administración concursal ha de ofrecer al acreedor privilegiado la dación en pago o para pago.

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 otro 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).

8.- *Venta directa.*

Para el supuesto de venta individualizada, la administración concursal dispone (epígrafe 4.2) que las ofertas relativas a inmuebles han de presentarse en su despacho profesional, eximiendo a los oferentes de depósito para estimular las posibilidades de venta. Se prevé, asimismo, el dictado de auto de adjudicación.

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. Siendo cierto que la exención de depósito puede facilitar la presentación de ofertas, este juzgador prioriza la seriedad de las que se presenten, sin que un depósito de un 5% pueda entenderse que desmotiva a quien tiene un interés y una capacidad económica reales. A diferencia de cuanto acontece en la subasta, sujeta a un procedimiento reglado, en la venta directa no 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. La administración concursal deberá informar al juzgado del lugar de presentación de ofertas. 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.

B.- 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.

C.- 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.

D.- Medios de publicidad de la venta. La elección del tipo de anuncio es competencia de la administración concursal. En este caso la administración concursal dispone la publicación en el tablón de anuncios del Juzgado y, al menos, en una agencia inmobiliaria de Oviedo. Una vez publicados los anuncios, 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.

E.- Pago de impuestos y/o gastos que genere la transmisión. El plan de liquidación prevé que el pago de los impuestos y/o gastos que origine la transmisión serán en todo caso a cargo del adquirente, con independencia de quien sea el sujeto pasivo.

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 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.

9.- Realización de acciones o participaciones.

El epígrafe 4.4 del plan de liquidación prevé la venta directa de las participaciones que la concursada tiene en GÓMEZ PRADO S.L. 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).

10.- Configuración de la subasta.

La 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. La administración concursal deberá justificar por qué modalidad se opta finalmente.

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 estuvieran 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.

A.- 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 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”.

B.- ¿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.

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 prescindiera 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.

En el plan de liquidación se establece una consignación o depósito del 20%, interesando cofas que se rebaje al 5%, a lo que se accede dado que es la regla general de los arts. 647 y 669 LEC.

C.- 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).

D.- 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.

E.- ¿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 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.

F.- 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 LEC, 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).

G.- ¿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 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.

H.- ¿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 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.

i.- 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.

J.- 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 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.

K.- 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.

L.- 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”.

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 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: “[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 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 impropriamente 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 juicio de este juzgador 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.

M.- 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. 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), por lo que la norma a aplicar es el artículo 1174, que imputa el pago a la deuda más onerosa al deudor, que en este caso es el principal, por su superior clasificación crediticia (AJM nº 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.”

N.- 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. Cuando lo concurrente son hipotecas voluntarias no hay duda, rige el orden de inscripción (cfr. arts. 24 y 25 LH). La cuestión es qué sucede cuando no hay inscripción, como en el IBI. 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 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” tiene una doble consecuencia: 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 afectación real, por lo que en la práctica lo acabará abonando el banco.

O.- 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.

11.- La subasta notarial.

Para el caso de que finalmente la subasta sea notarial, 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 la 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.

a.- 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.

b.- 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 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.

c.- 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.

d.- 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.

e.- 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.

12.- *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 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.

13.- *La cancelación de cargas. Supuestos de hipotecante no deudor y créditos no concurrentes.*

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.

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. 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».

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.

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 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 ve alzada 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)».