

RESEÑA DE DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA: SOCIEDADES MERCANTILES Y CONCURSO DE ACREEDORES. PROBLEMAS PRÁCTICOS RELACIONADOS CON LAS GARANTÍAS REALES SOBRE BIENES DE LA MASA

Autora: Nuria Fachal Noguer.- Magistrada del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Pontevedra.

1.- Reglas para la enajenación en el concurso de bienes o derechos afectos a pago de crédito con privilegio especial: el artículo 155 LC

El artículo 90.1.1º LC dispone que son créditos con privilegio especial los garantizados con hipoteca voluntaria o legal, inmobiliaria o mobiliaria, o con prenda sin desplazamiento, sobre los bienes o derechos hipotecados o pignorados. A éstos se adicionan los indicados en los números 2º a 6º del apartado 1 de la misma disposición legal:

- “2.º Los créditos garantizados con anticresis, sobre los frutos del inmueble gravado.*
- 3.º Los créditos refaccionarios, sobre los bienes refaccionados, incluidos los de los trabajadores sobre los objetos por ellos elaborados mientras sean propiedad o estén en posesión del concursado.*
- 4.º Los créditos por contratos de arrendamiento financiero o de compraventa con precio aplazado de bienes muebles o inmuebles, a favor de los arrendadores o vendedores y, en su caso, de los financiadores, sobre los bienes arrendados o vendidos con reserva de dominio, con prohibición de disponer o con condición resolutoria en caso de falta de pago.*
- 5.º Los créditos con garantía de valores representados mediante anotaciones en cuenta, sobre los valores gravados.*
- 6.º Los créditos garantizados con prenda constituida en documento público, sobre los bienes o derechos pignorados que estén en posesión del acreedor o de un tercero. Si se tratare de prenda de créditos, bastará con que conste en documento con fecha fehaciente para gozar de privilegio sobre los créditos pignorados. La prenda en garantía de créditos futuros sólo atribuirá privilegio especial a los créditos nacidos antes de la declaración de concurso, así como a los créditos nacidos después de la misma, cuando en virtud del artículo 68 se proceda a su rehabilitación o cuando la prenda estuviera inscrita en un registro público con anterioridad a la declaración del concurso”.*

El precepto reproducido establece una enumeración en forma de *numerus clausus* de los créditos que serán clasificados en el concurso como créditos con privilegio especial. El carácter taxativo del elenco recogido en la norma está en consonancia con lo establecido en el artículo 89.2 LC, en el que se proclama que no se reconocerán en el concurso más privilegios o preferencias que los que se deriven de las previsiones de la propia Ley Concursal.

En todo caso, la clasificación del crédito como privilegiado especial supondrá la sujeción a unas específicas reglas para su enajenación en el concurso, a las que se dota de carácter imperativo; en estas previsiones específicas que habrán de observarse para la realización de bienes afectos subyace la especial posición de control que se confiere al

acreedor privilegiado, manifestada en la exigencia de su conformidad para la transmisión bajo la modalidad de venta directa –artículo 155.4 LC-, y en el caso de transmisión sin subsistencia de garantía como uno de los activos que conforma una unidad productiva –artículo 149.2.a) LC-.

El artículo 155 LC lleva por rúbrica “*pago de créditos con privilegio especial*” y establece:

“1. 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.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, en tanto no transcurran los plazos señalados en el apartado 1 del artículo 56 o subsista la suspensión de la ejecución iniciada antes de la declaración de concurso, conforme al apartado 2 del mismo artículo, la administración concursal podrá comunicar a los titulares de estos créditos con privilegio especial que opta por atender su pago con cargo a la masa y sin realización de los bienes y derechos afectos. Comunicada esta opción, la administración concursal habrá de satisfacer de inmediato la totalidad de los plazos de amortización e intereses vencidos y asumirá la obligación de atender los sucesivos como créditos contra la masa y en cuantía que no exceda del valor de la garantía, calculado de conformidad con lo dispuesto por el artículo 94. En caso de incumplimiento, se realizarán los bienes y derechos afectos para satisfacer los créditos con privilegio especial conforme a lo dispuesto en el apartado 5.

3. Cuando haya de procederse dentro del concurso, incluso antes de la fase de liquidación, a la enajenación de bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial, el juez, a solicitud de la administración concursal y previa audiencia de los interesados, podrá autorizarla con subsistencia del gravamen y con subrogación del adquirente en la obligación del deudor, que quedará excluida de la masa pasiva. De no autorizarla en estos términos, el precio obtenido en la enajenación se destinará al pago del crédito con privilegio especial conforme a lo dispuesto en el apartado 5 y, de quedar remanente, al pago de los demás créditos.

Si un mismo bien o derecho se encontrase afecto a más de un crédito con privilegio especial, 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. La prioridad para el pago de los créditos con hipoteca legal tácita será la que resulte de la regulación de ésta.

4. La realización en cualquier estado del concurso de los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial se hará en subasta, salvo que, a solicitud de la administración concursal o del acreedor con privilegio especial dentro del convenio, el juez autorice la venta directa o la cesión en pago o para el pago al acreedor privilegiado o a la persona que él designe, siempre que con ello quede completamente satisfecho el privilegio especial, o, en su caso, quede el resto del crédito reconocido dentro del concurso con la calificación que corresponda.

Si la realización se efectúa fuera del convenio, el oferente deberá satisfacer un precio superior al mínimo que se hubiese pactado y con pago al contado, salvo que el concursado y el acreedor con privilegio especial manifestasen de forma expresa la aceptación por un precio inferior, siempre y cuando dichas realizaciones se efectúen a

valor de mercado según tasación oficial actualizada por entidad homologada para el caso de bienes inmuebles y valoración por entidad especializada para bienes muebles.

La autorización judicial y sus condiciones se anunciarán con la misma publicidad que corresponda a la subasta del bien y derecho afecto y si dentro de los diez días siguientes al último de los anuncios se presentare mejor postor, el juez abrirá licitación entre todos los oferentes y acordará la fianza que hayan de prestar.

5. En los supuestos de realización de bienes y derechos afectos a créditos 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”.

En el precepto reproducido se contienen las reglas que han de observarse para la enajenación en el concurso de los bienes o derechos afectos al pago de créditos con privilegio especial; se contempla la posibilidad de transmisión del bien o derecho con subsistencia de gravamen y subrogación del adquirente en la obligación del deudor, que quedará en ese caso excluida de la masa pasiva del concurso –apartado 3-. Asimismo, la realización del bien podrá efectuarse en subasta pública, siendo ésta la opción que preferentemente establece el legislador en el apartado 4 del artículo 155 LC; sin embargo, en la mayor parte de las ocasiones el plan de liquidación elaborado por la administración concursal prevé como mecanismo prioritario de enajenación la venta directa, que de forma preceptiva habrá de observar la prescripciones contenidas en este precepto.

En relación a la enajenación de bienes afectos al pago de créditos con privilegio especial, resulta imprescindible aludir a la cuestión referente a la aplicación de las reglas del artículo 155 LC en caso de optar por la venta directa como mecanismo de enajenación. La respuesta que ha de darse a esta cuestión es que resulta obligada la observancia de las normas imperativas que disciplinan la enajenación de bienes afectos al pago de créditos con privilegio especial, en particular, las contenidas en el artículo 155.4 LC. En este sentido, la RDGRN de 10 de enero de 2017, [RJ 2017/529], con cita del AAP de Córdoba nº 284/2015, de 3 de junio, reconoce la singular posición que ocupan en el concurso los acreedores hipotecarios y pignoratícios, ya que verán satisfechos sus créditos con el valor de realización de los bienes gravados, como consecuencia de la afección real propia de estos derechos de garantía.

Así lo expresa la RDGRN de 17 de mayo de 2018, [RJ 2018/2497], que parte de lo establecido en los artículos 18 LH y 100 RH¹ para concluir que excede de las facultades

¹ Conforme al art. 18 LH el registrador de la propiedad debe calificar, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos en cuya virtud se solicita la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas por lo que resulte de ellas y de los asientos registrales. Y, en relación con la inscripción de los mandamientos judiciales, el art. 100 RH dispone que la calificación registral se limitará a la competencia del juzgado o tribunal, a la congruencia del mandamiento con el procedimiento o juicio en que se hubiera dictado, a las formalidades extrínsecas del documento presentado y a los obstáculos que surjan del Registro. Esta función calificadora no le permite al registrador revisar el fondo de la resolución judicial en la que se basa el mandamiento de cancelación, esto es no puede juzgar sobre su procedencia, pero sí comprobar que el mandamiento judicial deje constancia del cumplimiento de los requisitos legales que preservan los derechos de los titulares de los derechos inscritos en el registro cuya cancelación se ordena por el tribunal.

conferidas al Registrador discrepar de la valoración efectuada por el juez del concurso acerca del cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 155 LC para la transmisión de bienes afectos al pago de créditos con privilegio especial. Esta resolución del Centro Directivo trae causa de la STS de 21 de noviembre de 2017, [RJ 2017/5276], en la que la Sala Primera considera que la función revisora que corresponde al registrador debe hacerse en el marco de la función calificadora que -con carácter general- le confiere el artículo 18 LH, a cuyo tenor *“los Registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro”*. En el caso de que se produzca una enajenación de un bien hipotecado en sede concursal -con preceptivo acomodo en las previsiones del artículo 155.4 LC-, se requerirá la conformidad del acreedor hipotecario si la realización del bien gravado tiene lugar a un precio inferior al pactado: en estas circunstancias, la Sala Primera considera que la registradora puede revisar si en el mandamiento o auto que autorizó la realización constan cumplidos los requisitos del artículo 155.4 LC.

Por tanto, es posible concluir que, en caso de venta directa de los bienes afectos a privilegio especial, será necesario que los requisitos esenciales contenidos en el artículo 155.4 LC, a los que se supedita la transmisión de estos bienes, sean mencionados expresamente en el mandamiento que se remita al Registro de Propiedad. La resolución comentada incide en que la función calificadora del registrador no comprende la revisión del fondo de la resolución judicial en que se basa el mandamiento judicial, pero sí deberá comprobar que el mandamiento deja constancia del cumplimiento de los requisitos legales que velan por la salvaguarda de los derechos de los acreedores hipotecarios afectados por la venta directa del bien hipotecado.

La STS de 21 de noviembre de 2017, [RJ 2017/5276], casa la dictada por la Audiencia Provincial, ya que entiende que la registradora actuó correctamente al exigir que en el mandamiento de cancelación se hicieran constar el cumplimiento de los requisitos que prevé el artículo 155.4 LC. Consecuencia de este pronunciamiento judicial, se presentó un nuevo mandamiento librado por el Juzgado de lo Mercantil de Lugo, por el que se ordenaba la cancelación de la anotación de concurso, así como las cargas anteriores, especialmente la carga hipotecaria a favor de «Banco Español de Crédito, S.A.», «Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.» y «Caja de Ahorros del Mediterráneo». Se hacía constar expresamente en este nuevo mandamiento *«que los acreedores hipotecarios (Banesto SA, BBVA SA y Caja de Ahorros del Mediterráneo) han sido parte en el procedimiento de concurso 1288/11 y que tuvieron conocimiento del plan de liquidación de las medidas acordadas para la satisfacción de sus créditos, y les fueron notificadas a sus representantes procesales las resoluciones por las que se aprobó el plan de liquidación y se autorizó la transmisión de los bienes y derechos de Gentina SA a favor de Aldama Europea SA, dándoles incluso la oportunidad de poder mejorar o presentar tercero que mejorase la oferta, así como la resolución por la que se acordó la cancelación de cargas inscritas sobre la finca registral 20832»*.

La registradora de la Propiedad de Sarria-Becerreá suspendió las cancelaciones ordenadas por considerar que el mandamiento no era firme al haber sido impugnado por el «Banco de Sabadell S.A.» y consideró que no podía inscribirse documento carente de firmeza; además, entendió que debido a las especiales consecuencias que tiene la

aprobación del plan de liquidación en relación con el pago de los créditos que gozan de privilegio especial debía constar expresamente en el mandamiento que se dio conocimiento a los acreedores hipotecarios del plan de liquidación, las medidas tomadas con relación a la satisfacción del crédito con privilegio especial y que el plan de liquidación -no el auto ordenando la cancelación- es firme.

La RDGRN de 17 de mayo de 2018, [RJ 2018/2497], discrepa del criterio expresado por la Registradora y señala:

“...en ningún caso el Tribunal Supremo cuestiona la decisión de la Audiencia cuando esta afirma en su sentencia: «Del relato de hechos, no discutido, se desprende que hubo intervención y conocimiento de los acreedores titulares de la carga cuya cancelación nos ocupa, de la existencia de un plan de liquidación que contemplaba la venta de la empresa con la totalidad de activos. También lo hubo de que se produjo una única oferta, no mejorada, con determinados compromisos en relación con la continuidad de la actividad empresarial, pero con total ausencia en la asunción de otras cargas, sin más compromisos que los que figuran en el plan de liquidación aprobado, y de que se autorizó la venta y una vez producida se ordenó la oportuna cancelación. En todos esos trámites intervinieron los acreedores llegando a discutir alguna decisión judicial obteniendo las oportunas resoluciones judiciales que ponderaron los intereses en conflicto». Es más, la Sentencia del Tribunal Supremo da a entender que, en efecto, se ha acreditado en las actuaciones judiciales previas que se han cumplido los requisitos exigidos por el artículo 155.4 de la Ley Concursal cuando afirma: «Con todo lo anterior hemos de concluir que la denegación de la inscripción por la falta de constancia en el mandamiento judicial del cumplimiento de estos requisitos del art. 155.4 LC fue correcta, sin que en el pleito posterior de impugnación de la calificación o de la resolución de la DGRN pueda censurarse esta denegación porque se llegue a acreditar que en la realidad se cumplieron tales requisitos».

*Por tanto, si en el procedimiento judicial se ha considerado que se habían cumplido los requisitos que la Ley Concursal prevé para que se pueda llevar a cabo la cancelación de las hipotecas existentes sobre la finca, entendiendo que los acreedores con **privilegio especial** afectados han tenido la intervención adecuada en el proceso concursal, excede de las facultades de calificación que el artículo 100 del Reglamento Hipotecario otorga a los registradores, el discrepar de esta valoración y entender incumplidos dichos requisitos”.*

2.- La enajenación de bienes afectos al pago de créditos con privilegio especial incluidos en unidades productivas de la concursada

Por otra parte, en el supuesto de que los bienes y derechos afectos al pago de créditos con privilegio especial formen parte de establecimientos, explotaciones o cualesquiera otras unidades productivas, habrá de estarse en su realización a lo previsto en el artículo 149.2 LC, en el que se establece:

“Los bienes a que se refiere la regla 1.ª del apartado anterior, así como los demás bienes y derechos del concursado se enajenarán, según su naturaleza, conforme a las previsiones contenidas en el plan de liquidación y, en su defecto, por las disposiciones establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil para el procedimiento de apremio.

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”.

Al respecto, basta recordar que la Ley Concursal muestra una clara preferencia por la conservación de la empresa, si bien ello se supedita en el artículo 148.1 LC a la máxima satisfacción de los intereses de los acreedores, pues se dispone que, siempre que sea factible, el plan de liquidación 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”. De esta manera, la transmisión de unidades productivas de la concursada –en la que normalmente se integrarán bienes afectos al pago de créditos con privilegio especial-, será la primera opción para la enajenación de los bienes y derechos que conforman la masa activa del concurso cuando se entienda que es más rentable el valor de empresa como organización productiva que la suma de los activos que la componen.

También se refiere la meritada STS de 21 de noviembre de 2017, [Roj: STS 4095/2017], a las especialidades previstas en el artículo 149.2 LC cuando los bienes y/o derechos afectos al pago de créditos con privilegio especial formen parte de una unidad productiva. En su actual redacción, el artículo 149.2 LC lleva por rúbrica “*reglas legales de la liquidación*”, mientras que las singularidades establecidas en este precepto para la transmisión de unidades productivas fueron introducidas por el RDL 11/2014, de 5 de septiembre, y por la Ley 9/2015, de 25 de mayo. La Sala Primera reconoce que estas reformas legales regularon con mayor detalle la cuestión relativa a la participación de los acreedores hipotecarios en la realización de una unidad productiva que incluye el

bien hipotecado, cuando se transmite sin subsistencia de la garantía:

“En esos casos «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».

Esta previsión constituye un complemento del régimen previsto en el apartado 4 del art. 155 LC, que a estos efectos no ha sido modificado, y que introduce una especialidad en caso de venta de unidades productivas.

Esta especialidad presupone la regla general de que si se ve afectado un único acreedor con privilegio especial que tenga derecho de ejecución separada, en ese caso no puede realizarse la venta por un precio inferior al mínimo que se hubiese pactado sin contar con su conformidad.

La singularidad del actual art. 149.2 LC consiste en que cuando la venta de la unidad productiva afecta a varios acreedores con privilegio especial que tengan derecho de ejecución separada sobre bienes incluidos en la unidad productiva, en ese caso la exigencia de conformidad de estos acreedores se cumple cuando la prestan al menos quienes representen el 75% de este pasivo afectado. Esto es, la conformidad de los acreedores que representen 75% de estos créditos afectados permite arrastrar al resto. Si no existiera esta salvedad, sería necesario el consentimiento de todos los acreedores privilegiados con derecho de ejecución separada afectados por la venta de la unidad productiva, siempre que la parte del precio obtenido que les fuera asignado a los bienes gravados fuera inferior al valor de la garantía, lo que dificultaría la venta de la unidad productiva. El legislador, al valorar los intereses en juego, ha optado por la regla de la conformidad de la mayoría reforzada del pasivo afectado (el 75%), y mitigar con ello la exigencia del consentimiento unánime de los acreedores afectados.

Esta salvedad actual a la regla general del art. 155.4 LC, muestra que en nuestro caso era necesaria la conformidad del acreedor hipotecario para la enajenación del bien gravado por un precio inferior al pactado”.

Siguiendo el criterio pautado por la Sala Primera ha de concluirse forzosamente que el régimen jurídico aplicable a la enajenación de los bienes afectos a pago de créditos con privilegio especial que se contiene en el artículo 155 LC tiene carácter imperativo –cfr. STS de 23 de julio de 2013-². Tanto es así que el plan de liquidación que confeccione la administración concursal podrá contemplar diversas alternativas para la realización de esta clase de activos, pero en ningún caso podrá soslayar los derechos reconocidos al acreedor con privilegio especial.

Cuando estos bienes o derechos formen parte de una unidad productiva autónoma, su realización deberá acomodarse a las especialidades del artículo 149.2 LC y, en consecuencia, en el caso de que el bien afecto se enajene sin subsistencia de la garantía: i) si el precio no alcanzase el valor de la garantía calculado de conformidad con el artículo 94 LC será imprescindible que muestren su conformidad con la

² Criterio que también asume la Dirección General de Registros y del Notariado en Resoluciones de 10 de enero de 2017 y 11 de septiembre de 2017.

transmisión aquellos acreedores con privilegio especial que tengan derecho de ejecución separada y que representen al menos el 75 por ciento del pasivo de esta naturaleza afectado por la transmisión y que pertenezcan a la misma clase; ii) si el precio a percibir fuese igual o superior al valor de la garantía no será preciso contar con el consentimiento de los acreedores privilegiados afectados por la transmisión.

El precepto ha de ponerse en conexión con los artículos 90.3º y 94.5º LC, a los que nos referiremos al acometer el análisis de la noción de “*deuda originaria*”, y que pretenden obtener el verdadero valor de las garantías sobre las que recae el privilegio especial, con el fin de evitar el artificioso reconocimiento de preferencias en el concurso cuando el valor razonable del bien no cubra el total de los créditos garantizados. Para evitar la multiplicación *ad infinitum* de los créditos privilegiados –*vid.* Exposición de Motivos de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, que convalida el RDL 11/2014, de 5 de septiembre- se añadió el apartado 3 del artículo 90 LC, según el que “*el 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*”. En todo caso, el valor de las garantías habrá de calcularse de conformidad con el artículo 94.5º LC.

El régimen establecido en el artículo 149.2 LC para la enajenación de estos bienes o derechos afectos al pago de créditos con privilegio especial es diverso si se verifica con subsistencia de la garantía, esto es, con subrogación del adquirente en la obligación del deudor. En esta hipótesis, no se reconoce un derecho de veto al acreedor privilegiado ni se le confiere la facultad de oponerse a la realización del bien o derecho afecto. Así se dispone en el artículo 149.2.b) LC al prever que “*no será necesario el consentimiento del acreedor privilegiado*”, por lo que el adquirente se subrogará en la obligación contraída por el concursado con el acreedor garantizado y el crédito quedará excluido de la masa pasiva del concurso. El precepto únicamente dispone de forma imprecisa que el juez del concurso “*velará por que el adquirente tenga la solvencia económica y medios necesarios para asumir la obligación que se transmite*”. Este juicio valorativo sobre la solvencia del adquirente resulta en ocasiones harto complicado, ya que es frecuente que las ofertas para la adquisición de unidades productivas se formulen por sociedades de creación reciente, incluso constituidas específicamente para que se opere aquella transmisión; por ello, normalmente se tendrán en cuenta como factores de ponderación la experiencia en el sector de los socios de la mercantil ofertante y la vocación de continuidad del negocio expresada a través de compromisos plasmados en la propia oferta, como el mantenimiento de la plantilla de trabajadores de la concursada.

El AJM nº 2 de Pontevedra de 25 de octubre de 2018, [Roj: AJM PO 129/2018], autoriza en sede liquidatoria la transmisión de la unidad productiva de la concursada en los términos propuestos por el ofertante. La unidad productiva comprendía varios bienes que se encontraban afectos al pago de créditos con privilegio especial; la oferta incluía la adquisición de estos bienes con subrogación del adquirente en las cargas que gravaban estos bienes. Por su parte, los titulares de los créditos con privilegio especial habían formulado oposición a la transmisión de la unidad productiva en los términos propuestos, ya que pretendían que se les abonase íntegramente el importe de sus créditos reconocidos en el concurso. En esta resolución se considera innecesario recabar

la autorización del titular del crédito con privilegio especial cuando la transmisión de la unidad productiva se produce con subsistencia de la garantía y subrogación del adquirente en la obligación del deudor, quedando excluido el crédito de la masa pasiva:

“Asimismo, dado que se trata de una oferta presentada por CONSERVAS RÍAS BAIXAS 1907 S.L. incluye dentro de los bienes a los que se refiere la transmisión dos naves industriales propiedad de la concursada y una máquina embutidora, que se encuentran afectos al pago de créditos con privilegio especial, es necesario examinar si la oferta cumple con los requisitos que permiten conceder la autorización.

Así, como se indica en la oferta presentada, la mercantil CONSERVAS RÍAS BAIXAS 1907 S.L. solicita que se autorice la transmisión de los siguientes bienes:

Nave industrial sita en A Granxa en Porriño -finca registral nº NUM000 del Registro de la Propiedad de Tui- gravada con carga hipotecaria a favor de ABANCA

Terreno y construcciones en Moaña -finca registral nº NUM001 del Registro de la Propiedad de Cangas- gravada con hipoteca de máximo a favor de BANCO POPULAR ESPAÑOL

Derecho de uso sobre etiquetadora sobre la que existe un arrendamiento financiero formalizado el día 20 de abril de 2016

ABANCA, acreedora con privilegio especial, ha manifestado su conformidad a la transmisión. Consta dentro de las condiciones de la oferta que la adquirente pretende que se opere la subrogación en los créditos con privilegio especial reconocidos en el concurso a cuyo pago se encontraban afectos los siguientes bienes: finca registral nº NUM000 del Registro de la Propiedad de Tui- gravada con carga hipotecaria a favor de ABANCA.

Por su parte, la entidad BANCO POPULAR ESPAÑOL se opone a la transmisión de la unidad productiva en los términos propuestos -con subrogación del adquirente en el contrato de arrendamiento financiero sobre la etiquetadora y en la obligación garantizada con la finca registral nº NUM001 del Registro de la Propiedad de Cangas. Los argumentos en los que se funda la oposición se reducen a los siguientes: i) no se cubra el total de la deuda garantizada; ii) se trata de obligaciones vencidas por incumplimiento, por lo que no cabe subrogación; iii) se condicionaría la conformidad al pago íntegro del crédito con privilegio especial reconocido en el concurso a favor de esta entidad.

Dispone el artículo 149.2 LC que "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:

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.

***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".

*Al tenor del precepto reproducido **no es indispensable el consentimiento del acreedor con privilegio especial para que pueda producirse la transmisión de bienes afectos al pago de crédito con privilegio especial que se encuentren integrados en unidades productivas propiedad de la concursada.** El artículo 149.2 LC excepciona en este extremo la aplicación de la regla general contenida en el artículo 155 LC para la transmisión de bienes y derechos afectos al pago de créditos con privilegio especial y ello con una finalidad inequívoca, como es la de potenciar la transmisión de unidades productivas en sede concursal. Si se exige que el juez del concurso vele porque el adquirente tenga la solvencia económica y medios necesarios para asumir la obligación que se transmite; en el presente caso, la AC ha presentado informe favorable a la transmisión de la unidad productiva de la concursada a favor de CONSERVAS RÍAS BAIXAS S.L. Consta también en el informe de evaluación de la AC que el importe total de la oferta presentada se puede cuantificar en 3.940.000 euros y que, una vez examinada la información del plan de negocios, se considera que la evaluación ha de ser positiva, aunque podrían existir desviaciones fundamentalmente anudadas a la evolución del mercado y a la obtención de recursos financieros. En todo caso, para valorar la solvencia de la ofertante debe tenerse en cuenta que se han aportado certificaciones bancarias de las entidades CAJA RURAL DE ASTURIAS y BANCO SANTANDER en las que se hace constar una tesorería total cercana a los 400.000 euros.*

Pues bien, por lo que respecta a los motivos de oposición aducidos por BANCO POPULAR, han de ser rechazados en su totalidad y, por tanto, no pueden constituir un óbice para la concesión de la autorización judicial que se solicita:

En lo que atañe a la exigencia de que se proceda al pago del crédito con privilegio especial reconocido a favor de esta entidad, tal y como se ha indicado, este requisito no se exige cuando la transmisión de la unidad productiva se produce con

subrogación del adquirente, como así sucede en este caso.

Tampoco se precisa en esta hipótesis el consentimiento del acreedor con privilegio especial, que no cuenta con el "derecho de veto" que se concede en los supuestos de transmisión sin subsistencia de garantía.

Por lo que respecta a la imposibilidad de operar la subrogación cuando se trate de obligaciones vencidas por incumplimiento, no existe amparo legal que dé sustento a este motivos de oposición. Conforme a lo establecido en el artículo 146 LC, la apertura de la liquidación produce el vencimiento anticipado de todos los créditos concursales aplazados; esta previsión contenida en sede de liquidación concursal es, por tanto, plenamente compatible con la regulación contenida en la LC para la transmisión de unidades productivas en esta fase del concurso. Ahora bien, para el supuesto de transmisión con subsistencia de garantía, que se prevé como una de las modalidades de enajenación de unidades productivas en el artículo 149.2 LC, habrán de tenerse en cuenta las especialidades del artículo 146 bis LC y, en especial, la preferencia que muestra la LC por el mantenimiento de la actividad empresarial o profesional del deudor; en esta hipótesis, no tendrá lugar el vencimiento anticipado sino la subrogación del adquirente en la obligación garantizada como consecuencia de la adquisición del bien afecto al pago de un crédito con privilegio especial como elemento integrante de una unidad productiva de la concursada.

Las afirmaciones que se contienen en el escrito de la entidad relativas a la hipoteca de máximo son, sencillamente, ininteligibles. Ninguna conexión guarda con el supuesto que aquí se plantea -solicitud de transmisión de unidad productiva de la concursada con subrogación del adquirente- la invocación de la SAP de Pontevedra de 18 de septiembre de 2015, referida a los condicionantes que se precisas para que el saldo deudor pueda estar cubierto por la hipoteca flotante y que exige que tanto el cierre de la cuenta como la liquidación del saldo deudor sean anteriores a la declaración de concurso, ya que si son posteriores a este momento temporal no se puede afirmar que la obligación estuviese garantizada con la hipoteca: como precisa la AC, en este caso los saldos de las operaciones garantizadas ya estaban cargados con anterioridad a la declaración de concurso en la cuenta liquidatoria. Tampoco entra en juego ni resulta coincidente el supuesto fáctico al que se refiere el AAP de Sevilla de 17 de mayo de 2017, pues lo que no considera correcto esta resolución es que se proponga asumir la posición de la concursada respecto de determinados créditos reconocidos en el concurso, no sólo porque con ello se prescindiría del consentimiento del acreedor -cfr. artículo 1205 CC -, sino también porque se atentaría en esta hipótesis contra la par conditio creditorum; además, en el supuesto al que se refiere aquella resolución el bien sobre el que se había constituido la garantía hipotecaria -que aseguraba el crédito incluido en la masa pasiva del concurso del deudor principal- no formaba parte del patrimonio del concursado y el crédito a favor de la entidad bancaria fue reconocido en el concurso con la clasificación de crédito ordinario. Como bien señala la AC en su informe de 21 de septiembre de 2018 la previsión del artículo 1205 CC debe ceder en caso de transmisión de la unidad productiva por preverlo de manera expresa el artículo 149.2.b) LC al disponer que no se precisará el consentimiento del acreedor garantizado si la transmisión se produce con subsistencia de garantía.

Por otra parte, la mercantil CONSERVAS RÍAS BAIXAS 1907 S.L. es una sociedad de reciente creación, que ha dado comienzo a sus operaciones el día 15 de

marzo de 2018, y cuyo objeto social según la información registral que obra en autos consiste en la fabricación de todo tipo de conservas, así como la comercialización, importación y exportación de pescados, mariscos y moluscos frescos, congelados, refrigerados o en conserva. El cargo de administrador único recae en la persona de Victorino. La AC ha informado que el ofertante no tiene la condición de persona especialmente relacionada con el deudor.

Dado que la oferta presentada cumple con los requisitos legales debe concederse la autorización judicial para la transmisión de la unidad productiva de la concursada CONSERVAS IGLESIAS S.L. Conforme a lo solicitado, de acuerdo con lo establecido en el artículo 149.4 LC -que faculta al juez del concurso para acordar que el adquirente no se subrogue en la parte de deuda laboral preexistente asumida por el Fondo de Garantía Salarial-, de conformidad con el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores, no se producirá la subrogación de la adquirente CONSERVAS RÍAS BAIXAS 1907 S.L. en la parte de la cuantía de los salarios e indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por el FOGASA”.

3.- Peculiaridades en caso de concurso del hipotecante no deudor: reglas de enajenación del bien gravado en garantía de deuda ajena

1. Aproximación a los conceptos de hipotecante no deudor y tercer poseedor

La diferencia fundamental entre el hipotecante no deudor y el tercer poseedor nos remite al momento de adquisición de la titularidad del bien o derecho sobre el que se constituyó la garantía real: el hipotecante no deudor era dueño de la cosa hipotecada al tiempo de la constitución del gravamen, mientras que el tercer poseedor no intervino en el acto de constitución de la hipoteca, sino que adquirió el bien gravado del anterior titular, que ostentaba también la condición de deudor de la relación obligatoria garantizada³ -cfr. AAP de Barcelona 66/2009, de 18 de marzo, [JUR 2009/411432]-.

Se denomina “hipotecante no deudor” a aquél que constituye una hipoteca sobre un bien de su propiedad en garantía de una deuda ajena. Conforme establece el artículo 105 LH “la hipoteca podrá constituirse en garantía de toda clase de obligaciones y no alterará la responsabilidad personal ilimitada del deudor que establece el artículo 1911 CC”, lo que supone que del crédito hipotecario surge una responsabilidad personal para el deudor y una responsabilidad real que se hará efectiva sobre el bien hipotecado, por lo que si el valor del bien o derecho sobre el que se constituyó la garantía no cubre el importe total del crédito, “el acreedor podrá trabar otros bienes integrados en el patrimonio del deudor”⁴. Sin embargo, responsabilidad personal y real se disocian cuando el bien se transmite a un tercero tras la constitución de la hipoteca y cuando la garantía se constituyó por el hipotecante sobre sus propios bienes para asegurar la obligación contraída por un tercero. La STS nº 1332/2007, de 13 de diciembre, [RJ

³ RIBELLES, J.M., “Las especialidades de las ejecuciones de las garantías reales constituidas sobre bienes o derechos de la masa activa a favor de terceros que no sean acreedores”, *Las ejecuciones en el concurso de acreedores*, pág. 365.

⁴ DOMÍNGUEZ LUELMO, A., Comentario al artículo 105 LH, *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, pág. 1020. Se exceptiona el caso en que se hubiese pactado una responsabilidad limitada al valor del bien hipotecado, de acuerdo con el artículo 140 LH.

2007/8927], se ha referido a la responsabilidad real que incumbe al tercer poseedor y que se hace efectiva sobre el bien hipotecado, *“por ello, si el bien se transmite tras la constitución de la hipoteca, ambas responsabilidades se disocian de modo que la responsabilidad real afecta al adquirente del bien dado el carácter oponible “erga omnes” del derecho real cualquiera que sea su titular”*.

2. Imposibilidad de cancelar la carga hipotecaria en el concurso del hipotecante no deudor

En efecto, en el concurso del hipotecante no deudor, dado que no ostenta la condición de deudor de la obligación garantizada, el acreedor hipotecario no será incluido en la masa pasiva del concurso; el artículo 49 LC dispone que, declarado el concurso, todos los acreedores del deudor quedan de derecho integrados en la masa pasiva del concurso, sin más excepciones que las establecidas en la ley. La disociación entre deuda y responsabilidad supone que, en supuestos como el analizado, los sujetos de la relación obligatoria y los de la relación hipotecaria no sean necesariamente coincidentes. Si el hipotecante no deudor ha constituido la garantía a favor de una deuda ajena y se produce su posterior declaración de concurso, el concursado no puede ser considerado deudor frente al acreedor hipotecario.

De este modo, en el concurso del hipotecante no deudor no se reconocerá un crédito a favor del acreedor hipotecario: el hipotecante no deudor asegura con un bien de su propiedad el cumplimiento de una obligación ajena pero no ostenta la condición de deudor. Tanto es así que en la lista de acreedores no se reflejará ningún crédito a favor del acreedor hipotecario, pues se ha argumentado que el supuesto contemplado en el artículo 90.1.1º LC es aquél en el que existe una coincidencia entre hipotecante y deudor (*vid.* SAP de Pontevedra nº 476/2011, de 26 de septiembre, [JUR 2011\349176], en la que se afirma que *“la calificación como privilegiado especial sólo procede en los casos en los que exista identidad entre el deudor del préstamo y el titular de los bienes dados en garantía”*). Éste es el parecer expresado en la SAP de Madrid, Sección 28ª, de 6 de marzo de 2015, [JUR 2015\152101], SAP Córdoba, Sección 3ª, de 23 de septiembre de 2013, [JUR 2013\375094], SAP de Granada nº 87/2016, de 7 de abril, [JUR 2016/174983], y SJM nº 1 de Oviedo de 20 de enero de 2014, [JUR 2015/202620], entre otras.

Por otra parte, en el inventario de la masa activa que confeccione la administración concursal en el concurso del hipotecante no deudor se incluirá el bien gravado y se reflejará el menor valor derivado de la constitución de la garantía, como así resulta del artículo 82.3 LC, en el que se dispone que *“el avalúo de cada uno de los bienes y derechos 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”*.

Con estas premisas es relativamente sencillo comprender que no cabe cancelar la carga hipotecaria en el concurso del hipotecante no deudor siguiendo el régimen pautado en el artículo 155 LC. Este precepto está dedicado a las reglas de pago de los bienes afectos al pago de créditos con privilegio especial y, según se ha precisado, en el concurso del hipotecante no deudor no se reconocerá ningún derecho de crédito a favor del acreedor hipotecario. A estos efectos, incluso se ha mantenido la tesis de que la

clasificación crediticia incorrecta del crédito del acreedor hipotecario en el concurso del hipotecante no deudor no podrá ser vinculante en sede liquidatoria ni amparará la cancelación de la carga hipotecaria; en este sentido, el AAP de Murcia, Sección Cuarta, de 2 de febrero de 2017, ni tan sólo considera determinante que no se hubiese impugnado la lista de acreedores en un supuesto en el que erróneamente se clasificó como contingente el crédito del acreedor hipotecario en el concurso del hipotecante no deudor:

“Ciertamente no es objeto de esta apelación, ni cabe en principio en un recurso contra el auto que aprueba el plan de liquidación, revisar la lista de acreedores.

No obstante, hay ejemplos en las Audiencias en sentido contrario. Así, precisamente en un caso de concursado hipotecante no deudor, el Auto de la AP de Cantabria, de 11 de febrero de 2015 acuerda modificar la lista de acreedores excluyendo de la misma el crédito privilegiado especial reconocido, al no ser acreedor

*4. Pero aun admitiendo la premisa anterior, y entendamos que nos está vedado por el art 456 y 218 LEC modificar la lista de acreedores en la que INFO aparece reconocido (si bien su posición es más formal que con contenido efectivo, pues aparece sin cuantía y suspendidos sus derechos político y de cobro, art 87.3), los recursos de ambas partes están abocados al fracaso porque **ambos parten de un planteamiento erróneo, y es el que la venta de los activos se va a realizar libre de gravámenes reales***

5. Repulsa al sentido jurídico perseverar en el error, y desconocer en la liquidación una realidad, y es que INFO no es acreedor de la concursada, ni ahora ni en el futuro. Como hemos dicho si llegase a atender sus avales frente a las entidades bancarias podrá repetir contra la afianzada MEDITERRA ALIMENTACIÓN SL, pero en ningún caso ese eventual pago por INFO implicará que HALCON FOOD sea también deudora.

En estos casos la Ley Concursal no permite la enajenación libre de los bienes con gravamen real. Se deben realizar con subsistencia de dicho gravamen (art 82.3), sin que sea posible su cancelación (art 149.5 actual, anterior art 149.3), pues ésta se prevé respecto de los gravámenes reales constituidos en garantía de créditos concursales, que aquí ni existen ni pueden existir, ya que quien podrá deber a INFO en su día será MEDITERRA ALIMENTACIÓN SL, nunca la concursada”

En esta línea, el AJM nº 2 de Pontevedra de 6 de septiembre de 2017, [Roj: AJM PO 67/2017], comparte el parecer de el referido AAP de Murcia de fecha 2 de febrero de 2017 y abunda en la tesis de que contraría al sentido jurídico persistir en la errónea clasificación del crédito en el concurso del hipotecante no deudor e ignorar que la titular de la garantía hipotecaria no es acreedora de la concursada.

A continuación, podemos responder a la siguiente pregunta: ¿es posible cancelar el gravamen real en el concurso del hipotecante no deudor?

En concreto, se cuestiona si es factible que en la liquidación concursal proceder a la cancelación de la carga hipotecaria que se constituyó en garantía de un crédito que no debe ser reconocido en el concurso, ya que la deuda fue contraída por el deudor no hipotecante y no por el hipotecante no deudor. La cancelación de la garantía -

consecuencia de la realización del bien gravado en la fase de liquidación concursal-, conllevaría un evidente perjuicio para el acreedor hipotecario, que no es acreedor del concursado sino de un tercero: basta pensar que el acreedor hipotecario podría no haber acudido hasta este momento a la ejecución hipotecaria porque el deudor principal está cumpliendo puntualmente con sus obligaciones: si en esta hipótesis se le entregase alguna cantidad al acreedor hipotecario, podría darse un evidente enriquecimiento injusto, salvo que el comprador procediese en la forma prevista en el artículo 118.2 LH, en el que se prevé -para el supuesto de venta de la finca hipotecada, si se hubiese pactado que el comprador se subroga no sólo en las responsabilidades derivadas de la hipoteca sino también en la obligación personal garantizada-, que *“quedará el primero desligado de la obligación, si el acreedor prestase su consentimiento expreso o tácito”*.

La cuestión se complica si tenemos en cuenta que el pago a los acreedores debe respetar, en el concurso del hipotecante no deudor, el orden de prelación previsto en los artículos 154 y siguientes de la LC, por lo que si el acreedor hipotecario no ha sido incluido en la masa pasiva del concurso no podría recibir pago alguno como consecuencia de la realización del bien gravado en la liquidación concursal. Esta alteración del orden de pagos se produciría en caso de satisfacción del crédito del titular de la garantía con preferencia a los acreedores del concursado que sí han sido incluidos correctamente en la masa pasiva del concurso.

Además, el artículo 149.5 LC establece que *“en el auto de aprobación del remate o de la transmisión de los bienes o derechos realizados ya sea de forma separada, por lotes o formando parte de una empresa o unidad productiva, el juez acordará la cancelación de todas las cargas anteriores al concurso constituidas a favor de créditos concursales, salvo las que gocen de privilegio especial conforme al artículo 90 y se hayan transmitido al adquirente con subsistencia del gravamen”*. Del precepto reproducido se deduce que la cancelación de las cargas anteriores al concurso como consecuencia de la realización del bien o derecho en la fase de liquidación ha de referirse a cargas constituidas a favor de créditos concursales y, en el caso planteado, no debe existir reconocimiento de un crédito concursal a favor del titular de la garantía. En definitiva, el juez del concurso no podría ordenar la cancelación de la carga hipotecaria constituida en garantía de la deuda de un tercero, por ser este supuesto una excepción a la purga general de cargas y gravámenes del artículo 149.5 LC.

El AJM nº 2 de Pontevedra de fecha 6 de septiembre de 2017 acordó denegar la solicitud de autorización para la venta directa de las 67 fincas propiedad de URBANGOLF PLUS S.L., todas ellas situadas en el ámbito geográfico del polígono SU-13 del Plan General Municipal de Sanxenxo.

En esta resolución se justificó la denegación de la cancelación de las cargas hipotecarias por los siguientes motivos: en cuanto a la primera carga hipotecaria, se señalaba que no podía ser cancelada en el concurso, pues el crédito del que es titular el acreedor hipotecario no debió reconocerse en el concurso del hipotecante no deudor. Así, se cuestionaba en aquella resolución denegatoria de la autorización de venta solicitada si resulta posible que en la liquidación concursal se proceda a la cancelación de la carga hipotecaria que se constituyó en garantía de un crédito que no debe ser reconocido en el concurso, ya que la deuda fue contraída por el deudor no hipotecante y no por el hipotecante no deudor. La cancelación de la garantía -consecuencia de la realización del bien gravado en la fase de liquidación concursal-, conllevaría un

evidente perjuicio para el acreedor hipotecario, que no es acreedor del concursado sino de un tercero. Los razonamientos que conducían al Juzgado a adoptar esta decisión se exponían del siguiente modo:

"No cabe la enajenación del bien como libre de cargas y gravámenes en el concurso del hipotecante no deudor y ello por la disociación que se produce en estos casos entre los conceptos de deuda y responsabilidad, que conduce a la ausencia de reconocimiento del crédito del acreedor hipotecario en el concurso del hipotecante no deudor. Los argumentos que abundan a favor de esta tesis se reconducen a la inexistencia de privilegio alguno en el seno del concurso a favor del acreedor hipotecario -que lo es de un tercero y no del concursado- y a la alteración del orden de pagos previsto en los artículos 154 y siguientes de la LC en que se incurriría en caso de satisfacción del crédito del titular de la garantía con preferencia a los acreedores del concursado que sí han sido incluidos correctamente en la masa pasiva del concurso.

*Además, el artículo 149.5 LC establece que "en el auto de aprobación del remate o de la transmisión de los bienes o derechos realizados ya sea de forma separada, por lotes o formando parte de una empresa o unidad productiva, **el juez acordará la cancelación de todas las cargas anteriores al concurso constituidas a favor de créditos concursales**, salvo las que gocen de privilegio especial conforme al artículo 90 y se hayan transmitido al adquirente con subsistencia del gravamen". Del precepto reproducido se deduce que la cancelación de las cargas anteriores al concurso como consecuencia de la realización del bien o derecho en la fase de liquidación ha de referirse a cargas constituidas a favor de créditos concursales y, en el caso examinado, no debe existir reconocimiento de un crédito concursal a favor del titular de la garantía. En definitiva, **el juez del concurso no podría ordenar la cancelación de la carga hipotecaria constituida en garantía de la deuda de un tercero, por ser este supuesto una excepción a la purga general de cargas y gravámenes del artículo 149.5 LC**".*

Con base en estas consideraciones, se establecía que lo más acorde al respeto de todos los intereses implicados en caso de concurso del hipotecante no deudor era que la transmisión del bien sobre el que se constituyó la garantía se realice con subsistencia de gravamen, pues esta transmisión con subsistencia de gravamen dejaba a salvo los derechos del titular de la garantía (la subsistencia de la carga permite que se continúe garantizando el pago del crédito hipotecario por parte del adquirente del bien y deja expedita la ejecución singular en caso de impago de la obligación garantizada); al tiempo, esta solución resultaba igualmente respetuosa con los derechos de los acreedores del concursado que sí fueron incluidos en la masa pasiva del concurso, por lo que se elude el reconocimiento de privilegios o preferencias que no estén amparados en la Ley (artículo 89.2 LC).

Al respecto, razona el AJM nº 2 de Barcelona de 13 de abril de 2016, [JUR 2016/131713], que *"resulta de interés indicar que, existe una doctrina de la Dirección General de Registros y Notariado que establece que no cabe, en el seno del concurso, proceder a la cancelación de las cargas establecidas en favor de personas o entidades que no tienen la condición de acreedores de la concursada. Esta doctrina indica que resulta ilógico que la hipoteca constituida en favor de tercero, no acreedor de la concursada, se cancele en el seno del concurso si se desconoce si el crédito para cuya garantía se constituyó ese derecho real ha sido satisfecho. En suma, se expone que el*

acreedor hipotecario, en este caso, no es acreedor del concurso, y por tanto, la existencia del mismo y sus vicisitudes no tienen por qué afectarle". Sin embargo, a renglón seguido, el juez del concurso considera procedente la cancelación de la carga hipotecaria que pesa sobre la finca y que había sido constituida por la concursada en su condición de hipotecante no deudora: argumenta el juez del concurso que la cancelación de las cargas posteriores a la preferente se encuentra justificada cuando resulta que el dinero obtenido por la venta de los bienes no alcanza ni tan sólo para abonar la carga primera, ya que *"una solución distinta, constituiría una situación de bloqueo para el acreedor preferente que vería cómo, en situaciones normales de venta de bienes por debajo de la carga hipotecaria prioritaria, no podría realizar los mismos por la existencia de una carga posterior"*.

Por otra parte, parece claro que la enajenación del bien sobre el que se constituyó la garantía no ha de respetar las previsiones del artículo 155 LC, dado que este precepto se refiere a las reglas para la enajenación de bienes y derechos afectos al pago de un crédito con privilegio especial. Éste es el criterio expresado en la SAP de Granada de 7 de abril de 2016, [JUR 2016/174983] cuando considera que *"salvo con consentimiento del acreedor hipotecario, no es admisible, que resulte procedente la extinción de la garantía hipotecaria en caso de llevarse a cabo la transmisión del bien en el concurso del hipotecante no deudor, perdiendo el acreedor hipotecario su derecho de cobro sobre el bien, no encontrándonos en puridad, al no tratarse del pago de un crédito con privilegio especial, en la situación del artículo 155 LC; estableciendo el artículo 149.5 LC la posibilidad de acordar la cancelación de todas las cargas anteriores al concurso, únicamente respecto de las constituidas a favor de créditos concursales, sin que el que nos ocupa deba merecer tal condición"*. En esta línea se pronuncia el AAP de Murcia de 2 de febrero de 2017 cuando afirma que no será posible cancelar la garantía hipotecaria en caso de liquidación del bien en el concurso del hipotecante no deudor *"al no estar incluido en la masa pasiva el crédito asegurado, tal y como prevé el art 82.3 LC en relación con el art. 666.1 LEC"*.

Idéntico parecer es el que se contiene en el AJM nº 3 de Valencia de 22 de noviembre de 2016, [JUR 2016/60723], que acuerda denegar la solicitud de venta de determinados bienes propiedad de la concursada sobre los que se había constituido una carga hipotecaria en garantía de deuda ajena:

"...cabe ahora desde la perspectiva del hipotecante no deudor y del titular de una garantía hipotecaria sobre un bien propiedad de la concursada, pero que no es titular de ningún crédito contra dicha concursada, debe examinarse la petición del AC de autorizar la venta de los bienes sujetos a dicha garantía hipotecaria por una deuda ajena sin subsistencia del gravamen y sin subrogación del adquirente.

Al respecto de esta cuestión resulta de interés indicar que existe una doctrina de la Dirección General de Registros y Notariado que establece que no cabe, en el seno del concurso, proceder a la cancelación de las cargas establecidas en favor de personas o entidades que no tienen la condición de acreedores de la concursada.

Esta doctrina indica que resulta ilógico que la hipoteca constituida en favor de tercero, no acreedor de la concursada, se cancele en el seno del concurso si se desconoce si el crédito para cuya garantía se constituyó ese derecho real ha sido satisfecho. En suma, se expone que el acreedor hipotecario, en este caso, no es

*acreedor del concurso, y por tanto, la existencia del mismo y sus vicisitudes no tienen por qué afectarle. Ahora bien, es la propia Dirección General de Registros y Notariado, en resolución de 6 de julio de 2015 (RJ 2015/3748), la que establece que esta doctrina no se aplica en el caso de purga, pero sigue manteniendo la doctrina anterior y en este sentido dicha resolución prevé b. Si se tratara de hipotecas constituidas en garantía de deuda ajena, **la cancelación en modo alguno procedería por decisión el juez del concurso en el que el beneficiario de la garantía no figura reconocido como acreedor concursal. Sería ilógico que la hipoteca se cancelara sin conocer si el crédito para cuya garantía se constituyó ese derecho real ha sido satisfecho, salvo que lo fuera por purga.***

En atención a todo lo anteriormente expuesto, cabe concluir que en el caso de concurso de hipotecante no deudor, como es éste, no se procederá a cancelar la hipoteca en caso de venta o subasta del bien, dado que el artículo 149.5 LC condiciona la cancelación de las cargas anteriores al concurso a que exista crédito reconocido en el concurso, lo que aquí no acontece”.

La única posibilidad en caso de concurso del hipotecante no deudor será la enajenación del bien gravado con subsistencia de la garantía:

“En estos casos la Ley Concursal no permite la enajenación libre de los bienes con gravamen real. Se deben realizar con subsistencia de dicho gravamen (art 82.3), sin que sea posible su cancelación (art 149.5 actual, anterior art 149.3), pues ésta se prevé respecto de los gravámenes reales constituidos en garantía de créditos concursales, que aquí ni existen ni pueden existir”

Por ello, como concluye el AAP de Murcia de 2 de febrero de 2017, la venta libre de cargas y gravámenes no es admisible en el concurso del hipotecante no deudor. El Tribunal reconoce la dificultad que conlleva la subsistencia de la garantía para la posible transmisión de la unidad productiva, de la que forma parte el bien gravado en garantía de la deuda de un tercero, mas *“si la forma de conseguirlo es la venta sin gravámenes, la única manera que vislumbramos para que ello tenga lugar en el seno del proceso concursal de la hipotecante no deudora, es que consienta su cancelación INFO, como entidad en cuyo favor se han practicado (art 82LH)”*.

4.- Archivo del concurso por insuficiencia de masa activa cuando el concursado es titular de bienes altamente hipotecados

El artículo 176 *bis* LC regula la posibilidad de concluir el concurso por insuficiencia de masa activa, esto es, cuando los bienes y derechos que integran el patrimonio de la concursada previsiblemente no sean suficientes para el pago de los créditos contra la masa:

“1. Desde la declaración del concurso procederá la conclusión por insuficiencia de la masa activa cuando, no siendo previsible el ejercicio de acción de reintegración, de impugnación o de responsabilidad de terceros ni la calificación del concurso como culpable, el patrimonio del concursado no sea presumiblemente suficiente para la satisfacción de los créditos contra la masa, salvo que el juez considere que estas cantidades estén garantizadas por un tercero de manera suficiente.

No podrá dictarse auto de conclusión del concurso por insuficiencia de la masa activa mientras se esté tramitando la sección de calificación o estén pendientes demandas de reintegración de la masa activa o de exigencia de responsabilidad de terceros, salvo que las correspondientes acciones hubiesen sido objeto de cesión o fuese manifiesto que lo que se obtuviera de ellas no sería suficiente para la satisfacción de los créditos contra la masa.

2. Tan pronto como conste que la masa activa es insuficiente para el pago de los créditos contra la masa, la administración concursal lo comunicará al juez del concurso, que lo pondrá de manifiesto en la oficina judicial a las partes personadas. Desde ese momento, la administración concursal deberá proceder a pagar los créditos contra la masa conforme al orden siguiente, y, en su caso, a prorrata dentro de cada número, salvo los créditos imprescindibles para concluir la liquidación:

1.º Los créditos salariales de los últimos treinta días de trabajo efectivo y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional.

2.º Los créditos por salarios e indemnizaciones en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago.

3.º Los créditos por alimentos del artículo 145.2, en cuantía que no supere el salario mínimo interprofesional.

4.º Los créditos por costas y gastos judiciales del concurso.

5.º Los demás créditos contra la masa.

3. Una vez distribuida la masa activa, la administración concursal presentará al juez del concurso un informe justificativo que afirmará y razonará inexcusablemente que el concurso no será calificado como culpable y que no existen acciones viables de reintegración de la masa activa ni de responsabilidad de terceros pendientes de ser ejercitadas o bien que lo que se pudiera obtener de las correspondientes acciones no sería suficiente para el pago de los créditos contra la masa. No impedirá la declaración de insuficiencia de masa activa que el deudor mantenga la propiedad de bienes legalmente inembargables o desprovistos de valor de mercado o cuyo coste de realización sería manifiestamente desproporcionado respecto de su previsible valor venal.

El informe se pondrá de manifiesto en la oficina judicial por quince días a todas las partes personadas.

La conclusión por insuficiencia de masa se acordará por auto. Si en el plazo de audiencia concedido a las partes se formulase oposición a la conclusión del concurso, se le dará la tramitación del incidente concursal. Durante este plazo, el deudor persona natural podrá solicitar la exoneración del pasivo insatisfecho. La tramitación de dicha solicitud, los requisitos para beneficiarse de la exoneración y sus efectos se regirán por lo dispuesto en el artículo 178 bis.

4. También podrá acordarse la conclusión por insuficiencia de masa en el mismo auto de declaración de concurso cuando el juez aprecie de manera evidente que el patrimonio del concursado no será presumiblemente suficiente para la satisfacción de los previsible créditos contra la masa del procedimiento ni es previsible el ejercicio de acción de reintegración, de impugnación o de responsabilidad de terceros.

Si el concursado fuera persona natural, el juez designará un administrador concursal que deberá liquidar los bienes existentes y pagar los créditos contra la masa siguiendo el orden del apartado 2. Una vez concluida la liquidación, el deudor podrá solicitar la exoneración del pasivo insatisfecho ante el juez del concurso. La tramitación de la solicitud, los requisitos para beneficiarse de la exoneración y sus efectos se regirán por lo dispuesto en el artículo 178 bis.

Contra este auto podrá interponerse recurso de apelación.

5. Hasta la fecha en que se dicte el auto de conclusión del concurso, los acreedores y cualquier otro legitimado podrán solicitar la reanudación del concurso siempre que justifiquen indicios suficientes para considerar que pueden ejercitarse acciones de reintegración o aportando por escrito hechos relevantes que pudieran conducir a la calificación de concurso culpable y que justifiquen el depósito o consignación ante el juzgado de una cantidad suficiente para la satisfacción de los créditos contra la masa previsibles. El depósito o consignación podrá hacerse también mediante aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o cualquier otro medio que, a juicio del tribunal, garantice la inmediata disponibilidad de la cantidad.

El secretario judicial admitirá a trámite la solicitud si cumplen las condiciones de tiempo y contenido establecidas en esta ley. Si entiende que no concurren las condiciones o que no se han subsanado, el secretario judicial dará cuenta al juez para que dicte auto aceptando o denegando la solicitud. Reanudado el concurso, el instante estará legitimado para el ejercicio de la acción de reintegración o de impugnación, estando en cuanto a las costas y gastos a lo dispuesto en el artículo 54.4”.

¿Qué ocurre en los supuestos en que los únicos activos que permanecen en la masa del concurso son bienes altamente hipotecados?

Se cuestiona en primer lugar la procedencia de declarar el concurso o de continuar con su tramitación cuando se constate la inexistencia de bienes o su previsible insuficiencia para atender el pago de los créditos contra la masa. Esta situación se da con frecuencia en aquellos concursos en los que la masa activa está integrada por uno o varios bienes altamente hipotecados y que dan lugar al reconocimiento de un crédito con privilegio especial a favor del acreedor hipotecario. El artículo 155.1 LC establece 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*”.

Al tenor del artículo 176 bis LC podrá acordarse la declaración y simultánea conclusión del concurso cuando el juez aprecie de manera evidente que el patrimonio del concursado no será presumiblemente suficiente para la satisfacción de los previsibles créditos contra la masa del procedimiento ni es previsible el ejercicio de acción de reintegración, de impugnación o de responsabilidad de terceros –apartado 4– y, en cualquier estadio durante su tramitación, “*cuando, no siendo previsible el ejercicio de acción de reintegración, de impugnación o de responsabilidad de terceros ni la calificación del concurso como culpable, el patrimonio del concursado no sea presumiblemente suficiente para la satisfacción de los créditos contra la masa, salvo que el juez considere que estas cantidades estén garantizadas por un tercero de manera*

suficiente”, si bien en este último supuesto “no podrá dictarse auto de conclusión del concurso por insuficiencia de la masa activa mientras se esté tramitando la sección de calificación o estén pendientes demandas de reintegración de la masa activa o de exigencia de responsabilidad de terceros, salvo que las correspondientes acciones hubiesen sido objeto de cesión o fuese manifiesto que lo que se obtuviera de ellas no sería suficiente para la satisfacción de los créditos contra la masa” (artículo 176 bis, apartado 1, LC).

Ahora bien, la conclusión del concurso de la persona jurídica por finalización de operaciones de liquidación y por insuficiencia de masa activa provoca su extinción y la cancelación de su inscripción en los registros públicos (artículo 178.3 LC), por lo que la problemática que se plantea es qué ocurre con las ejecuciones singulares en trámite que se estuviesen tramitando y que recayesen sobre bienes pertenecientes a la persona jurídica ya extinguida; también se cuestiona si será posible iniciar un proceso de ejecución hipotecaria para la realización de estos bienes sujetos a la carga hipotecaria una vez que el juez del concurso acordó el archivo por insuficiencia de masa con los efectos previstos en el artículo 178.3 LC.

Al respecto, el AAP de Álava nº 1/2016, de 13 de enero, se refiere a las distintas opciones legales con las que cuenta el acreedor cuyo crédito ha quedado insatisfecho cuando se ha acordado la conclusión del concurso de la persona jurídica deudora:

"En cualquier caso, la extinción de la personalidad jurídica no impide que pueda hacerse efectivo el crédito del acreedor, lo que puede predicarse de los trabajadores aquí recurrentes. Pueden procurarlo frente a:

el propio patrimonio de la deudora cuyo concurso ha concluido, en tanto no se agoten definitivamente sus bienes y derechos, y hasta que se inscriba en el Registro Mercantil la cancelación de la inscripción en su hoja registral, e incluso después, si se acoge una interpretación amplia que propicia tanto el reconocimiento de legitimación pasiva para ser demandada una sociedad en esta situación (STS 20 marzo 2013 (RJ 2013, 2594), rec. 1339/2010), como la previsión de activo sobrevenido del art. 398 del RDL 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (LSC).

otros patrimonios contractualmente obligados como los de fiadores, avalistas o compañías aseguradoras.

los administradores sociales que eventualmente puedan resultar responsables de las deudas sociales conforme a los arts. 232, 236 y ss, 367 y demás concordantes LSC, cuyas acciones expresamente salvaguardan los arts. 50.2, 51 y 60 LC tras concluir, como es el caso, el procedimiento concursal.

los obligados legalmente a responder en ciertos casos, como ocurre con el Fogasa respecto de algunas deudas laborales. (...)

En definitiva, no hay justificación legal para mantener un concurso sin masa suficiente para atender los gastos que genera en trámite, designando administración concursal para reconocer créditos".

Adicionalmente, se arguye que la propia Ley Concursal confirma el mantenimiento de una personalidad jurídica postconcursal cuando se prevé que, tras la finalización del concurso concluido por liquidación o insuficiencia de masa, si apareciesen nuevos bienes o derechos pertenecientes a la concursada procederá la reapertura del concurso en los términos del artículo 179 LC; también el apartado 3 del mismo precepto faculta a los acreedores para solicitar la reapertura del concurso que se hubiese concluido por insuficiencia de masa activa con la finalidad de que se ejerciten acciones de reintegración o mediante la aportación de hechos relevantes para la calificación del concurso como culpable –cfr. SAP de Valencia de 23 de enero de 2017, [Roj: SAP V 477/2017].

La Dirección General de los Registros y del Notariado se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre esta cuestión y ha señalado que la cancelación de los asientos registrales de una sociedad es una mera fórmula de mecánica registral que tiene por objetivo consignar una determinada vicisitud de la sociedad, pero que no implica la efectiva extinción de su personalidad jurídica (Resolución de 27 de diciembre de 1999; también de 29 de abril de 2011 y de 17 de diciembre de 2012, entre otras).

En la reciente STS de 24 de mayo de 2017 la Sala reconoce que existen pronunciamientos contradictorios sobre la capacidad para ser parte de la sociedad de capital disuelta y liquidada, después de la cancelación de todos sus asientos registrales. Esta resolución se alinea en la misma posición que las Sentencias 979/2011, de 27 de diciembre, y 220/2013, de 20 de marzo, que reconocen *"capacidad para ser parte a estas sociedades, por entender que pervive su personalidad jurídica, aunque sólo sea para atender a las relaciones jurídicas pendientes: La personalidad jurídica de las sociedades mercantiles no concluye con la formalización de las operaciones liquidatorias, sino cuando se agotan todas sus relaciones jurídicas, debiendo, mientras, responder de las obligaciones antiguas no extinguidas y de las obligaciones sobrevenidas"*

Asimismo, la STS de 24 de mayo de 2017 admite que, en principio, la cancelación de las inscripciones referentes a la entidad debe reputarse como el modo de poner fin a la personalidad que la Ley le confiere. A continuación, la Sala introduce la matización a su afirmación inicial, pues la persona jurídica *"conserva esta personalidad respecto de reclamaciones pendientes basadas en pasivos sobrevenidos, que deberían haber formado parte de las operaciones de liquidación. A estos efectos, relacionados con la liquidación de la sociedad, ésta sigue teniendo personalidad, y por ello capacidad para ser parte demandada. En otros términos, empleados por la Dirección General de los Registros y del Notariado, «después de la cancelación persiste todavía la personalidad jurídica de la sociedad extinguida como centro residual de imputación en tanto no se agoten totalmente las relaciones jurídicas de que la sociedad es titular» (Resolución de 14 de diciembre de 2016)"*.

Por tanto, en palabras del Alto Tribunal ***"no debe privarse a los acreedores de la posibilidad de dirigirse directamente contra la sociedad, bajo la representación de su liquidador, para reclamar judicialmente el crédito, sobre todo cuando, en atención a la naturaleza del crédito, se precisa su previa declaración. Dicho de otro modo, a estos meros efectos de completar las operaciones de liquidación, está latente la personalidad de la sociedad, quien tendrá capacidad para ser parte como demandada, y podrá estar representada por la liquidadora, en cuanto que la reclamación guarda relación con***

labores de liquidación que se advierte están pendientes".

El AAP de Murcia de 12 de noviembre de 2015, [JUR 2016/29418], se enfrenta a la decisión de decantarse por una de las dos alternativas posibles en el supuesto de que el único activo de la concursada consista en un inmueble sujeto a hipoteca, en el que importe que se obtenga con la realización del bien habrá de ser destinado a la satisfacción del acreedor hipotecario, por lo que el hipotético sobrante sería lo único que podría destinarse a la satisfacción de los créditos contra la masa. A continuación efectúa las siguientes consideraciones:

"En esa tesitura son dos las alternativas: una, considerar que es necesaria la realización previa del activo, de manera que no cabe excluirlas del cómputo hasta que no se realice. La otra, entender que no debe tenerse en cuenta ese activo si el eventual sobrante es improbable; postura que obliga a realizar una ponderación entre el valor del bien/derecho y el del importe del crédito privilegiado especial, de manera que si se estima que el primero no atenderá al segundo o, mejor dicho, que no habrá sobrante alguno por superarlo de manera significativa, la existencia de ese activo no impide la conclusión del concurso ad limine litis

Esta última tesis es la que se considera más acertada porque choca contra la esencia colectiva de este proceso que su principal objeto sea llevar a cabo en su seno, en su caso, la ejecución de un bien afecto a privilegio especial, sin expectativa cierta de obtener sobrante para repartir de forma ordenada al resto acreedores. Dicho de otra manera, no puede tener el procedimiento universal como único fin la satisfacción, total o parcial, de un sólo acreedor".

El AJM nº 2 de Pontevedra de 8 de febrero de 2018, [Roj: AJM PO 41/2018], se acuerda la conclusión del concurso de URBANGOLF S.L. por insuficiencia de masa activa. Los únicos bienes que restaban en el activo de la concursada consistían en 67 fincas que se encontraban gravadas con una hipoteca constituida a favor de deuda ajena. La AC emitió el informe de conclusión y de rendición de cuentas final e indicó que sólo permanecían en el activo de la concursada las 67 fincas registrales que fueron hipotecadas por la concursada en garantía de la deuda de un tercero, lo que implicaba que URBANGOLF S.L. ostente la condición de hipotecante no deudor. Por tal motivo la carga hipotecaria no podía ser cancelada en el concurso sin lesionar con ello los derechos del acreedor hipotecario. En la liquidación concursal se intentó la realización de estos activos (67 fincas propiedad de la concursada), si bien la subasta quedó desierta; no se logró acuerdo para la dación en pago a favor del acreedor hipotecario. Por último, se intentó la venta directa a favor de un tercero ofertante, que este Juzgado denegó en el Auto de 6 de septiembre de 2017 ante la improcedencia de la solicitud de cancelación de las cargas hipotecarias que gravaban dichas fincas. Por otra parte, la AC informó al Juzgado del sobreendeudamiento hipotecario existente: en este informe se señalaba que URBANGOLF PLUS S.L. es titular de varias fincas registrales sobre las que pesan elevadas cargas hipotecarias, que según las notas simples registrales ascienden a más de cuatro millones de euros. Se indicaba en el informe de la AC que el importe del principal del crédito garantizado del que es titular actualmente la SAREB asciende a 1.421.257 euros; y existía también una hipoteca unilateral a favor de la AEAT, siendo la deuda actualizada de 1.464.067 euros. Por tanto, las cargas hipotecarias ascienden a 2.860.721 euros. La AC afirmaba en el informe presentado que el sobreendeudamiento existe, aunque se debe a la depreciación rápida del valor de los

bienes gravados; el valor del metro cuadrado de los terrenos ha ido disminuyendo por la situación del mercado inmobiliario y el proyecto pendiente se encuentra prácticamente paralizado, hasta el punto de que el incumplimiento de los plazos puede conducir a la anulación de la licencia que dio lugar a la creación de la junta de compensación y que nuevamente los terrenos pasen a tener la calificación de rústicos, sin proyecto inmobiliario asociado. De este modo, se manifestaba la imposibilidad de hacer frente al pago de los créditos contra la masa devengados y pendientes de pago, lo que la AC comunicó al Juzgado en fecha 14 de septiembre de 2017, por lo que estos créditos no podrán ser satisfechos ante la insuficiencia de masa activa:

“Una vez realizados los bienes y derechos que integran la masa activa del concurso, con la única excepción de las 67 fincas registrales que permanecen en el activo de la concursada y que no han podido ser realizadas en el concurso por las razones que se han expuesto en la presente resolución, la insuficiencia de masa activa que se conecta a la excesiva carga hipotecaria que grava aquellas fincas ha de conducir a la conclusión del concurso, de conformidad con el art. 176 bis , apartado 1, LC . Al tenor de lo expuesto en la presente resolución, concluido el concurso por insuficiencia de masa activa pero permaneciendo en el patrimonio de la sociedad extinta bienes sin liquidar, será posible que el acreedor hipotecario inicie un procedimiento de ejecución singular contra la persona jurídica que se ha extinguido como consecuencia de la conclusión del concurso”.

En suma, no debe requerirse un rigor excesivo en lo que atañe a la posibilidad de concluir el concurso al tiempo de su declaración cuando la masa activa es inexistente o manifiestamente insuficiente para la satisfacción de los créditos contra la masa que pudieran generarse durante la tramitación del concurso: la admisión a trámite obligará a la administración concursal a desarrollar sus cometidos con una retribución nula o claramente deficitaria, pues su pago habría de atenderse con cargo a la masa activa y con subsunción en el nº 5 del artículo 176 bis, apartado 2, LC –a salvo la porción de su retribución que mereciese la calificación de “gasto imprescindible para concluir la liquidación”-. No constituye el objeto del presente trabajo el examen del orden de prelación en el pago de los créditos contra la masa que se contempla en el artículo 176 bis, apartado 2, LC para los supuestos de insuficiencia de masa activa pero, para la adecuada comprensión de la objeción que se efectúa a los planteamientos estrictos en relación a la facultad que el artículo 176 bis, apartado 3, LC concede al juez del concurso para declarar y archivar el concurso, se hace indispensable una somera referencia a esta cuestión. Así, basta recordar que la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera ha posicionado el crédito contra la masa correspondiente a los honorarios de la administración concursal en el nº 5 del artículo 176 bis, apartado 2, LC; dado que el pago de los créditos contra la masa ha de atenderse, en un escenario de insuficiencia de masa activa, según el orden de prelación que establece aquel precepto, será sencillo concluir que el posicionamiento de este crédito contra la masa en el último lugar en el orden de pago hará inviable el cobro íntegro de la retribución que corresponde a este profesional por su intervención en el concurso. Si a ello se adiciona la exigencia de acometer actuaciones en interés de la masa que se le impone a la administración concursal como una de las funciones propias del cargo –vid. artículo 33.1.a).6º LC–, así como su papel primordial en la sección de calificación con la emisión del informe al que se refiere el artículo 169 LC, se puede comprender la desmotivación de los profesionales intervinientes en el panorama actual, en el que el concurso con insuficiencia de masa impera en la tipología media de los concursos que se registran en

los Juzgados de lo Mercantil. Tanto es así que la espita que propuso el Tribunal Supremo en la Sentencia nº 390/2016, de 8 de junio, para eludir tan compleja situación, se ha convertido en el concepto jurídico indeterminado de mayor trascendencia en los concursos: aquellos “*créditos imprescindibles para concluir la liquidación*” a los que se refiere el artículo 176 *bis*, apartado 2, LC como gastos pre-deducibles –y, por ello, no sometidos al estricto orden legal de prelación que contiene este precepto- han acogido en su seno a la totalidad o parte de la retribución que corresponde a la administración concursal en función del criterio más o menos laxo que asuma el juez del concurso.

Por otra parte, no puede olvidarse que el ordenamiento jurídico pone al alcance de los acreedores otros mecanismos para hacer valer sus derechos y obtener la satisfacción íntegra de sus derechos de créditos que se podrán hacer efectivos sobre el patrimonio de los administradores sociales o liquidadores de la sociedad deudora por el cauce de las acciones de responsabilidad que se contemplan en la legislación societaria.

Asimismo, es preciso tener en cuenta que si la insuficiencia de masa aflora durante la tramitación del concurso también será posible que el juez acuerde su conclusión por tal motivo, pero en este caso quedará supeditado al cumplimiento de los condicionamientos previstos en el apartado 1 del artículo 176 *bis* LC: así, no podrá hallarse en tramitación la sección sexta ni demandas de reintegración o de exigencia de responsabilidad de terceros, “*salvo que las correspondientes acciones hubiesen sido objeto de cesión o fuese manifiesto que lo que se obtuviera de ellas no sería suficiente para la satisfacción de los créditos contra la masa*”.

En suma, si se aprecia un elevado sobreendeudamiento hipotecario que pese sobre el/los activo/s que integra/n el patrimonio de la sociedad concursada -circunstancia que hace poco probable la existencia de sobrante-, se encontrará plenamente justificada la conclusión del concurso al tenor del artículo 176 *bis* LC, que incluso podrá acordarse en el mismo auto que acuerde su declaración. Éste es el parecer expresado en el AAP de Burgos de 21 de diciembre de 2017, [Roj: AAP BU 912/2017], que hace recaer sobre el juez del concurso la decisión última de concluir el concurso por insuficiencia de masa activa, al margen de las precisiones que al respecto se pudieran haber incluido en el plan de liquidación:

“El tercer motivo del recurso considera que el Plan de liquidación vulnera los derechos de los acreedores, al facultar discrecionalmente a la AC que pueda concluir el concurso por insuficiencia de masa en el caso de que el importe que se pueda obtener por la venta de los bienes pueda ser inferior al importe del privilegio especial a cuyo pago está afecto el bien y no existan más bienes o derechos susceptibles de general cantidad a favor de la masa activa del concurso; dice el apelante que dicha facultad supone una infracción del artículo 176 bis LC sobre “especialidades de la conclusión por insuficiencia de masa activa”. [...]

*Este motivo debe ser desestimado pues lejos de vulnerarse el artículo 176 bis de la LC, lo acordado al respecto en el Plan de Liquidación es acorde con la letra y espíritu de dicho precepto y con los intereses del concurso, pues **no tiene sentido que en el caso de no existir otros bienes para realizar que los afectos al privilegio especial y existir una previsión razonable que con la realización de tales bienes se va a obtener un importe inferior al cubierto por el privilegio, se prosiga con la realización de tales bienes que ningún beneficio va traer para el conjunto de los acreedores, pues nada se***

va obtener con la realización de tales bienes, y ello sin que se perjudique el derecho de los acreedores privilegiados, pues es obvio que concluido el concurso éstos pueden promover la realización de tales bienes para el cobro de sus créditos en el procedimiento de ejecución correspondiente.

En definitiva, siendo la AC la que asume la función de ejecutante no se la puede obligar a proseguir la liquidación para realizar mediante subasta bienes afectos a un crédito con privilegio especial cuando tal actuación no conlleva ningún beneficio para el resto de los acreedores y sólo conlleva dilaciones y sobre todo gastos que no se pueden satisfacer, a lo cual debe añadirse que el propósito de la apelante de no concluir el concurso supone una infracción indirecta del art. 57.3 de la Ley Concursal que prohíbe iniciar ejecuciones separadas en fase de liquidación, pues como es obvio impedir la conclusión del concurso y obligar a la AC a subastar los bienes afectos a créditos con privilegio especial, supone de facto obligarla a realizar ejecuciones separadas en beneficio exclusivo del acreedor titular del crédito amparado con el privilegio.

En todo caso, el plan de liquidación contempla la facultad de la AC de pedir la conclusión del concurso por insuficiencia de la masa activa, pero la decisión última de concluir el concurso recae sobre el juez del mismo, oídas las partes personadas en el mismo”.

A su vez, el artículo 176 bis, apartado 5, LC permite a los acreedores solicitar la continuación del concurso pero se precisa la concurrencia de dos requisitos acumulativos: i) la aportación de indicios suficientes para considerar que prosperarán acciones de reintegración o de calificación del concurso como culpable; ii) además que *"justifiquen el depósito o consignación ante el juzgado de una cantidad suficiente para la satisfacción de los créditos contra la masa previsible"*.

Este último requisito se reitera en el art. 176 bis, apartado 1, LC cuando se prevé la posibilidad de conclusión por esta razón *"salvo que el juez considere que estas cantidades están garantizadas por un tercero de manera suficiente"*.

Si no concurren tales requisitos ni se han aportado indicios en el sentido indicado, procederá la conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa y, conforme al artículo 178.3 LC, será procedente la publicidad registral de la conclusión del concurso.

Ahora bien, concluido el concurso por insuficiencia de masa activa pero permaneciendo en el patrimonio de la sociedad extinta bienes sin liquidar, será posible que el acreedor hipotecario inicie un procedimiento de ejecución singular contra la persona jurídica que se ha extinguido como consecuencia de la conclusión del concurso; a estos efectos *“relacionados con la liquidación de la sociedad, ésta sigue teniendo personalidad, y por ello capacidad para ser parte demandada”* (STS de 24 de mayo de 2017).

5.- Solicitudes de declaración de bienes como no necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor a los efectos de la ejecución separada de la garantía

El AJM nº 2 de Pontevedra de 23 de octubre de 2018, [Roj: AJM PO 128/2018], deniega la solicitud de acumulación al concurso del procedimiento de ejecución hipotecaria seguido en el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Pontevedra, para su tramitación en pieza separada, dado que puede reanudarse este proceso de ejecución singular ante el órgano judicial que acordó la suspensión. Por ello considera irrelevante efectuar un pronunciamiento judicial relativo al carácter necesario o no necesario de las fincas registrales a las que se refería la solicitud formulada por la SAREB. Así, por medio de Auto de 3 de julio de 2018 se acordó la apertura de la fase de liquidación a instancia del deudor, ante el cese de actividad de la concursada, por lo que resultaba de todo punto inoperante efectuar un pronunciamiento judicial sobre la necesidad del bien objeto del procedimiento ejecutivo, una vez que se ha acordado la apertura de la fase de liquidación concursal: si no se instó hasta esta fecha la declaración de bien necesario por parte del juez del concurso, una vez que se ha acordado la apertura de la liquidación concursal, este pronunciamiento ya no tendrá justificación después de aquel momento temporal.

A requerimiento de este Juzgado se aportó a autos el Decreto de 11 de abril de 2018 del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Pontevedra, en el que se acordaba suspender el curso del procedimiento de ejecución hipotecaria al tenor del *art. 568.2 LEC*. Una vez acordada la suspensión al tenor de este precepto, la SAREB o la AC debieron instar un pronunciamiento del Juez del concurso sobre el carácter necesario o no necesario del bien, más no se actuó de este modo: se paralizó la ejecución hipotecaria seguida al margen del concurso como dispone el artículo 568.2 LEC. Ahora bien, si se hubiese instado en ese momento un pronunciamiento del juez del concurso sobre el carácter no necesario del bien y así se hubiese acordado, la ejecución hipotecaria tramitada por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Pontevedra podría haber continuado adelante al margen del concurso.

Con carácter previo a la reforma de la Ley Concursal operada por Ley 38/2011, de 10 de octubre -que modificó la redacción de los *artículos 56 y 57 de la Ley Concursal* - existía una posición jurisprudencial casi unánime que interpretaba el *artículo 56 de la LC* en el sentido de entender que sólo procedía la suspensión de las ejecuciones hipotecarias incoadas antes de que se hubiera dictado auto declarando el concurso en los casos en que el juez del concurso hubiere declarado que el bien objeto de ejecución estaba "afecto" a la actividad o era necesario para la continuación de la misma. Al tenor del artículo 568.2 LEC, el órgano judicial competente para acordar la suspensión temporal del procedimiento de ejecución de la garantía real será el Juzgado de Primera Instancia; en el caso de que el juez del concurso declare que el bien objeto de ejecución singular no es necesario para la actividad empresarial o profesional del deudor, podrá reanudarse la ejecución separada de la garantía.

El AAP de Las Palmas de 28 de octubre de 2011, [JUR 2012/88468], recuerda que con anterioridad a la reforma de la LEC operada por la Ley 13/2009 -que dio nueva redacción al *artículo 568 apartados 2 y 3 de la LEC* -, y a la reforma de la Ley Concursal operada por Ley 38/2011, de 10 de octubre -que modificó la redacción de los *artículos 56 y 57 de la Ley Concursal* - existía una posición jurisprudencial casi unánime que interpretaba el *art. 56 de la LC* en el sentido de entender que sólo procedía la suspensión de las ejecuciones hipotecarias incoadas antes de que se hubiera dictado auto declarando el concurso en los casos en que el juez del concurso hubiere declarado previa y expresamente que el bien objeto de ejecución estaba afecto a la

actividad o era necesario para la continuación de la misma. Para el Tribunal:

*"... a la vista de las últimas reformas legislativas de la LEC y de la LC en esta materia, que entendemos revelan la interpretación auténtica de los arts. 56 y 57 de la LC en su redacción original, más conforme con la interpretación seguida para el art. 55 por el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción que con la jurisprudencia menor de las Audiencias Provinciales Civiles, esta Sala modificará su posición respecto a la adoptada en el auto anteriormente referido por entender que **desde la constancia de la declaración del concurso en el proceso de ejecución de garantías reales procede la inmediata y automática suspensión del mismo, sin necesidad de que conste declaración alguna del juez del concurso de que los bienes o derechos objeto de ejecución están afectos a o son necesarios para la actividad empresarial o profesional**, suspensión que debe acordarse por el Juzgado de Primera Instancia (desde la entrada en vigor del actual art. 568,2 de la LEC, por Decreto del Secretario de dicho Juzgado) sin necesidad de otra constancia que la de que se declaró el concurso, suspensión que no podrá alzar sin embargo el Juzgado de Primera Instancia sino sólo el juez del concurso -único competente para ello-, previa instancia de parte (art. 57,1 LC) y sólo por las causas legalmente previstas (entre ellas, la declaración de que el bien no está afecto ni es necesario para la actividad empresarial o profesional del concursado)".*

La acumulación al concurso para su tramitación en pieza separada a que se refiere el artículo 57.3 LC queda acotada a las ejecuciones sobre bienes necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor que se hubiesen suspendido de conformidad con el artículo 56 LC. Así se desprende del propio apartado 1 del artículo 57 LC cuando dispone "*el ejercicio de acciones que se inicie o reanude conforme a lo previsto en el artículo anterior se someterá a la jurisdicción del juez de éste, quien a instancia de parte decidirá sobre su procedencia y, en su caso, acordará su tramitación en pieza separada...*". En conexión con el artículo 56 LC, que lleva por rúbrica "*paralización de ejecuciones de garantías reales y acciones de recuperación asimiladas*", es razonable concluir que las ejecuciones de garantías reales que recayesen sobre bienes necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor son las que, en caso de ser reanudadas de conformidad con el artículo 57 LC, habrán de someterse a la jurisdicción del juez del concurso "*acumulándose al procedimiento de ejecución colectiva como pieza separada*".

De este modo, la improcedencia de la solicitud de la SAREB para que se procediese a la acumulación al concurso de la ejecución hipotecaria seguida ante el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Pontevedra venía motivada por los siguientes factores determinantes: i) el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Pontevedra actuó como prescribe el artículo 568.2 LEC y acordó la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria una vez que tuvo constancia de la declaración de concurso de CONSTRUCCIONES Y OBRAS SOCASA S.L.; esta suspensión podría haber sido alzada si se hubiese instado y obtenido un pronunciamiento del juez del concurso -dictado al amparo del artículo 56.5 LC-, por el que se declarase que las fincas registrales objeto de ejecución singular no eran necesarias para la actividad empresarial o profesional del concursado; si el juez del concurso hubiese declarado que las referidas fincas registrales objeto de ejecución singular sí eran necesarias, podría haberse reanudado la realización forzosa de la garantía una vez transcurrido un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación -cfr.

Artículo 56.1.1 LC - o, en su caso, una vez abierta la liquidación, pues "*las actuaciones que hubieran quedado suspendidas como consecuencia de la declaración de concurso se reanudarán, acumulándose al procedimiento de ejecución colectiva como pieza separada*" (artículo 57.3, *in fine* , LC).