

**REGIMEN DE VENTAS ANTICIPADAS EN CONCURSO DE ACREEDORES
ART. 43 Y CONCORDANTES**

Sumario:

1.-Introducción.

2.-Regla General:

- (i)-Voluntades que han de concurrir.**
- (ii)-Finalidad de la venta anticipada.**
- (iii)-Venta directa/subasta (bienes no afectos a privilegio especial).**
- (iv)-Consecuencia de la falta de autorización.**

3.-Excepciones:

- (i)-Las novedades introducidas por la Reforma (Ley 38/2011).**
- (ii)-Disposiciones inherentes a la continuación de la actividad.**

4.-Especialidades:

- (i)Ventas de bienes afectos a privilegio especial art.155.**
- (ii)Cancelación de cargas. Art.55 Presente y pasado. Competencia.**
- (iii)Ventas de unidades productivas.**

1.-Introducción.

El art.43 LC establece como **regla general**, que hasta la aprobación judicial del convenio o apertura de la fase de liquidación, no se podrán enajenar o gravar los bienes y derechos de la concursada, salvo que se dispusiese de autorización judicial.

Quedan **exceptuados** de tal regla general, los actos de disposición (i) que se consideren indispensables para garantizar la viabilidad de la empresa o las necesidades de tesorería del concurso, (ii) los que afecten a bienes no necesarios –dependiendo de su oferta- y (iii) los inherentes a la continuación de la actividad profesional o empresarial del concursado; quedando no obstante los dos primeros sometidos a su comunicación al Juzgado.

Dicha regla general, igualmente ha venido siendo matizada en lo que a **bienes afectos a privilegio especial** se refiere por el **art.155.3 LC, que abre la posibilidad de venta incluso**

antes de la liquidación, y por el art.155.4 LC que se refiere a la venta de bienes en cualquier estado del concurso.

Dicho precepto (art.43) no establece el criterio o finalidad a la que deben atender la solicitud de venta y en su caso la autorización judicial (salvo las dos excepciones introducidas por la última reforma concursal), por lo que se ha ido atendiendo a criterios doctrinales y jurisprudenciales de los Juzgados Mercantiles a los que seguidamente haremos referencia.

2.-Regla General.

(i) Voluntades que han de concurrir en la venta anticipada.

A la vista de lo establecido en los artículos 40 y 43 de la LC, en caso de intervención, como recuerda el **Auto del Juzgado Mercantil de Bilbao de 10/01/05** han de concurrir tres voluntades, *“la primera, la del deudor, que pretende realizar un acto de administración o disposición, la segunda, la de la administración concursal, que tiene que prestar su autorización o conformidad a tal pretensión y la tercera, la del juez del concurso, puesto que antes de alcanzarse convenio o abrirse la fase de liquidación, la Ley exige su aquiescencia”*.

En caso de sustitución, bastará con la voluntad de la administración concursal y la del juez del concurso.

(ii) Finalidad a la que ha de responder la autorización de la venta anticipada.

El art.43 en su regla general no establece los requisitos, ni la finalidad, a la que debe sujetarse el régimen de ventas anticipadas, por lo que en la práctica se ha venido acudiendo a criterios generales concursales y doctrinales, con los que los Juzgados de lo Mercantil han ido construyendo los requisitos y finalidad del régimen de ventas anticipadas en sus distintas resoluciones.

Así se ha venido entendiendo que la venta anticipada de bienes, (ii.i) no debe tener finalidad liquidatoria, (ii.ii) ha de atender fundamentalmente al interés del concurso, (ii.iii) bien porque sea preciso obtener liquidez para garantizar la continuidad empresarial, (ii.iv) bien porque sea necesaria para atender los gastos de la propia masa y del concurso.

(ii.i) no debe tener finalidad liquidatoria.

Hay que tener en cuenta que la enajenación "ex Art. 43-2" no ha de ser una transmisión con finalidad liquidatoria, sino conservativa y así se desprende tanto del epígrafe del precepto ("**Conservación y administración de la masa activa**") como del contenido normativo de su apartado 1 ("**1.-En el ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre la masa activa, se atenderá a su conservación del modo más conveniente para los intereses del concurso...**").

En tal sentido, señala **COLINO MEDIAVILLA**, comentando el citado precepto, que "...las enajenaciones o gravámenes autorizados por el juez no suponen realización o liquidación de bienes o derechos, sino que solo responden a una finalidad conservativa..." (Comentarios a la Ley Concursal, coordinada por PULGAR EZQUERRA y ALONSO UREBA entre otros).

Como nos recuerda el **Auto del Juzgado de lo Mercantil nº2 de Madrid de 10/02/06**, "...según resulta comúnmente aceptado por la más autorizada doctrina, ante la necesidad de evitar que estos actos de enajenación o gravamen se traduzcan en una anticipada liquidación del patrimonio del concursado, **las circunstancias que ordinariamente se aducen como capaces de justificar la autorización judicial se caracterizan en general por la nota de la perentoriedad: necesidades de tesorería para atender gastos de administración del concurso, carácter perecedero de los bienes a enajenar, susceptibilidad de rápida depreciación de los mismos, conveniencia de eludir -atendido su escaso o incierto valor- gastos de conservación (depósito, almacenaje), necesidad de ahorrar rentas del local en que se encuentran bienes del inmovilizado material en los casos de falta de continuidad de la actividad empresarial, ofertas de compra que, revistiendo interés para la masa, se formulan con vigencia temporal limitada y resultan de incierta o improbable reiteración futura, etc...**"

En conclusión, circunstancias que, lejos de implicar un organizado proceso de apremio sobre conjuntos homogéneos de bienes, como el que es propio del trámite liquidatorio, generan necesidades estratégicas singulares caracterizadas por la premura o la urgencia.

(ii.ii) ha de atender fundamentalmente al interés del concurso.

Como reseña el **Auto del Juzgado Mercantil nº1 de Madrid de 27/04/05**, la "ley prohíbe a la Administración concursal proceder a la enajenación de bienes y derechos de la masa activa durante la fase común, pero permite que para el caso en que concurran circunstancias que lo justifiquen **-fundamentalmente el interés para el concurso-**, pueda procederse

a la enajenación de bienes y derechos del concurso, aunque en tal caso siempre con autorización judicial”.

Se trata (como ya expresó el Juzgado de lo Mercantil de Bilbao en el Auto ya reseñado) **en definitiva, no tanto de conservar a ultranza los elementos que integran el patrimonio del deudor, como de asegurar que se mantenga el valor de tal patrimonio, que es la garantía que tanto por lo dispuesto en el art. 1911 del Código Civil como por lo disciplinado en la Ley Concursal, en particular en su art. 76, tienen los acreedores para hacer efectivos sus respectivos créditos.**

El **interés del concurso**, suele ser la base sobre la que descansan la generalidad de los Autos judiciales de autorización de ventas anticipadas. Dicho interés suele ser explicitado en cada caso concreto, atendiendo a las circunstancias que concurren en cada concurso y a su vez en cada activo enajenable.

Como se hace constar en el **Auto del Juzgado Mercantil de Cádiz de 23 de Abril de 2008** *“la decisión de autorización de enajenación del juez del concurso debe ponderar el interés del concurso, es decir, la finalidad de satisfacción de los acreedores, y la conveniencia que dicha resolución se anticipe en el tiempo, y se produzca en fase común... Lo que no permite la Ley Concursal es utilizar la facultad excepcional del art.43.2 para proceder a la liquidación anticipada de activos, **sin una justificación suficiente de la necesidad de la venta anticipada...**”*.

(ii.iii) porque sea preciso obtener liquidez para garantizar la continuidad empresarial, (ii.iv) o porque sea necesaria para atender los gastos de la propia masa y del concurso.

Sobre dicha finalidad, se han pronunciado reiteradamente los Juzgados de lo Mercantil, si bien por todos, hemos de referirnos -por su claridad- al **Auto del Juzgado de lo Mercantil nº5 de Madrid de 19/11/09**, que nos recuerda que, no debe olvidarse que el artículo 43.2 de la LC, que recoge la excepción a la regla general, se encuentra ubicado dentro de capítulo I, del Título III, que tiene como rúbrica la de conservación y administración de la masa activa. *“Es decir, toda medida de venta de bienes de la masa activa durante la fase común **ha de responder a la idea de conservación o mantenimiento del valor de la masa, para la íntegra o máxima satisfacción de los créditos incluidos en la masa pasiva, de manera que esa medida no pueda perjudicar a los acreedores.** Estamos, por tanto, en presencia de una manifestación de uno de los principios esenciales de la legislación concursal, consistente en que **toda actuación ha de estar presidida por el interés del concurso**”*.

Dicha resolución expresa que, se ha venido entendiendo que la autorización puede responder a una doble finalidad:

- a) Garantizar la conservación del bien, permitiendo así la venta de mercancías perecederas, de difícil o imposible conservación.
- b) Garantizar el valor del bien, para los supuestos de bienes de rápida depreciación.

Por último, igualmente se hace eco, que desde el punto de vista **doctrinal** se ha considerado que **está justificada la autorización de enajenación** en los siguientes casos:

-Cuando tras la realización de los actos necesarios para la conservación, el valor del bien sea inferior, a la suma de dicho valor antes de la conservación, más los gastos efectuados para la misma.

-Cuando pueda adquirirse un bien nuevo similar por el precio de reparación del que se encuentra en la masa concursal.

-Bienes de lujo destinados al recreo del concursado cuyos mantenimientos supongan gastos y no produzcan ningún tipo de rendimiento o beneficio.

-Bienes cuyos gastos de depósito durante el concurso, alcancen casi el valor del propio bien.

-Bienes que se deprecien rápidamente con el paso del tiempo y que además, exijan determinados gastos de mantenimiento o conservación (tales como automóviles, equipos informáticos...).

-Bienes perecederos.

En definitiva, como destaca el **Auto del Juzgado de lo Mercantil nº2 de Málaga de 30 de Mayo de 2011** la autorización debe atender a la conservación del patrimonio concursal y ello puede pasar por la necesidad de enajenar bienes perecederos, de difícil o costosa conservación o que se deprecien rápidamente, e incluso puede justificar que se realicen bienes y derechos para salvar otros de mayor interés, sin olvidar el momento de oportunidad, esto es, que la oferta recibida supere previsiblemente el valor a obtener en el futuro.

(iii)-Venta directa/subasta (bienes no afectos a privilegio especial).

Parece que la venta directa es la pertinente en la mayoría de los casos puesto que, aunque la Ley Concursal solo se refiere a ella a propósito de la enajenación de bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial (art.155.4), **es el cauce más adecuado cuando sea precisa una actuación ágil y que no grave con costes innecesarios a la masa.**

El procedimiento de subasta o los demás previstos la Ley de Enjuiciamiento Civil sólo los contempla la Ley Concursal (art.149) con carácter subsidiario a las propuestas que efectúe la administración en el plan de liquidación (art.148), lo que no cierra las puertas a mecanismos más ágiles de realización de bienes en el marco del concurso en función de las circunstancias que concurran en cada caso.

Dicho esto, hasta ahora ha sido frecuente que, pese a que se optase por la venta directa, con el fin de garantizar la transparencia y concurrencia de terceros, la autorización quedase sujeta (además de que sea realizada con la intervención de la Administración Concursal y por precio no inferior al ofertado), a que las condiciones de la venta y el contenido de la autorización, deban publicarse en el tablón de anuncios del juzgado, para que en el plazo de 10 días, puedan presentarse postores que ofrezcan cantidad superior, lo que en su caso dará lugar a que se abra la licitación entre los oferentes, en caso de concurrir más de uno.

En tal sentido y en relación a la venta de vehículos y de bienes muebles se han pronunciado, entre otros, los **Autos del Juzgado de lo Mercantil nº4 de Madrid de 14 de Junio y 11 de Octubre de 2005.**

(iv)-Consecuencias de la falta de autorización.

Lo que no establece el art.43, son las consecuencias de que el administrador social y/o la administración concursal enajenen un bien o derecho, sin haber obtenido en su caso la preceptiva autorización judicial.

Como expresa la **doctrina** de forma mayoritaria (**Colino Mediavilla “El Concurso de Acreedores” dirigido por Juana Pulgar Ezquerro, Tapia Hermida en “Comentarios a la Legislación Concursal”, dirigida por Sanchez-Calero y Guilarte Gutierrez, y Zurilla Carriñana en “Comentarios a la Ley Concursal”, dirigida por Bercovitz Rodriguez-Cano**) ante el silencio de la norma, no parece lógico considerar el acto contrario, a una norma imperativa y prohibitiva y en consecuencia, nulo de pleno derecho, dado el carácter restrictivo del artículo 6.3 del Código Civil y porque así parece indicarlo la interpretación teleológica, puesto que el interés protegido (la conservación de la masa), se satisface más adecuadamente, si se permite que el Juez, incluso ex post valore si el acto es de interés para la masa, convalidando en su caso la operación, o declarando la ineficacia de la misma en caso contrario.

En dicho concreto sentido podemos reseñar y traer a colación el **Auto del Juzgado de lo Mercantil nº2 de Madrid de 23 de Mayo 2005.**

3.-Excepciones.

**(i)-Las novedades introducidas por la Reforma (Ley 38/2011):
art.43.3.1º y 43.3.2º.**

La Reforma operada por la Ley 38/2011, añade dos excepciones a la norma general de la autorización judicial para enajenar, que dan lugar a dos categorías de actos, que como decimos, quedarían al margen del criterio general.

En concreto el **art.43.3.1º** se refiere a aquellos actos necesarios para garantizar la viabilidad de la empresa o las necesidades de tesorería del concurso, lo que dota a esta primera excepción de un contenido evidentemente económico o pecuniario y que se debe entender tanto del punto de vista de la actividad habitual de la empresa, como de las necesidades económicas que surjan durante la tramitación del procedimiento concursal. En este caso el legislador (**como indica Eduardo Gómez López – Juzgado Mercantil nº1 de Sevilla, en “La última reforma concursal”**) impone como cautela que la Administración Concursal comunique de inmediato los actos realizados, concurriendo por tanto un control ex post.

Como vemos tal excepción no hace referencia a qué bienes o derechos se refiere, si éstos han de prescindibles o no. Por tanto al no distinguir la norma, puede entenderse que la voluntad del legislador sea la de no excluir bienes o derechos de la excepción, **predominando por tanto el contenido económico o pecuniario.**

Por su parte el **art.43.3.2º** se refiere a los actos de disposición de bienes que no siendo necesarios para la continuidad de la actividad (su venta pueda ser interesante para el concurso) concurra alguna oferta que coincida sustancialmente con el valor que se les haya dado en el inventario. Al respecto presume el precepto, que existirá coincidencia sustancial, en inmuebles cuando la diferencia sea inferior al 10% y en muebles al 20%.

En tal caso, la Administración Concursal deberá comunicar al Juzgado la oferta, justificar la innecesariedad del bien, quedando la misma aprobada si en el plazo de 10 días no se recibe oferta superior (Control en todo caso ex ante -de la venta-).

(ii)-Actos de disposición inherentes a la continuación de la actividad: art.43.3.3º.

La necesidad de recabar la autorización judicial para enajenar bienes ha venido teniendo como excepción "tradicional", la referente a los actos de disposición inherentes a la continuación de la actividad empresarial o profesional. El punto de partida, **como se indica en el Auto del Juzgado de lo Mercantil de La Coruña de 21 de Julio de 2009 (Martinsa-Fadesa)** es el de la continuación de la actividad del deudor-concursado, quien podrá llevar a cabo todas las operaciones o actos propios de su giro, que sean imprescindibles para ello, siempre que se ajusten a condiciones normales del mercado y que le hayan sido autorizadas con carácter general por la Administración Concursal (art.44). Por tanto, la autorización judicial solo será necesaria cuando se trate de enajenar bienes **mediante actos u operaciones ajenos al giro o tráfico de la actividad empresarial de la concursada, o en circunstancias que puedan ser calificadas anormales respecto de las que de ordinario integran ese giro.**

En el referido Auto, concluye el Juzgador, que a la vista de la actividad a la que se dedica la concursada (promotora inmobiliaria), no es por ello necesario, recabar autorización judicial para llevar a cabo las operaciones de venta de inmuebles, que no presentan más anormalidad con respecto a las que definen el giro o tráfico de la Concursada (Martinsa-Fadesa), que el hecho de tratarse de una operación de importante cuantía.

En la misma línea, se ha pronunciado en sendos **Autos el Juzgado de lo Mercantil nº1 de Málaga, de 16 de Noviembre y 28 de Diciembre de 2009 (Concurso Aifos).**

4.-Especialidades:

(i)Ventas de bienes afectos a privilegio especial. Art.155.

El art.155.3 prevé la posibilidad de **vender bienes y derechos afectos a privilegio especial en cualquier momento, a solicitud de la AC y previa audiencia de los interesados, la cual**

podrá ser autorizada por el Juez, bien con subsistencia del privilegio especial, o en su caso, destinándose el precio obtenido, en primer lugar a satisfacer tal privilegio y de quedar remanente, se satisfarán los demás créditos. De concurrir varios créditos con privilegio especial se abonarán por su orden, teniendo igualmente en cuenta que la prioridad de las hipotecas legales tácitas, será la que resulte de la regulación legal de las mismas.

Finalmente, el nuevo apartado 4 del art.155, establece como **regla general** que la realización de tales bienes se hará en **subasta, salvo que a petición de la AC o del acreedor, el Juez autorice la venta directa o la cesión en pago o para pago, siempre que con ello quede saldado el privilegio o de existir remanente, éste quede reconocido por su nueva calificación** (generalmente ordinario).

Si la realización se realiza fuera del Convenio, el oferente deberá pagar un precio superior al mínimo pactado y con pago al contado, salvo que el Concursado y el Acreedor acepten un precio inferior y siempre y cuando la operación se efectúe a valor de mercado según tasación oficial; en tal caso, la autorización judicial se anunciará (como si de una subasta se tratase) y de concurrir mejor oferta en los 10 días siguientes, se abrirá una puja, y de no concurrir se autorizará la venta.

En casos en que la Concursada sea un Promotora Inmobiliaria, los Autos de los Juzgados Mercantiles de la Coruña y Málaga ya reseñados, vienen a recordarnos que en cuanto a la posibilidad de llevar a cabo actos propios de la actividad de la concursada, ello debe extenderse igualmente a lo dispuesto en los artículos 155.3 y 4; es decir, incluso en los casos de enajenación de bienes de este tipo, a pesar de las especialidades del art.155, la AC puede y debe proceder a dichos negocios jurídicos, si los mismos forman parte de la actividad de la concursada.

Ciertamente el art.155 bajo el título "Pago de créditos con privilegio especial", se ubica dentro de Capítulo II relativo a la Fase de Liquidación y más concretamente dentro de la Sección 4ª relativa la Pago de los Acreedores, pero no obstante inicia su apartado tercero, abriendo la posibilidad de hacer uso del mismo, cuando haya de procederse a la enajenación de bienes sujetos a privilegio especial, **incluso antes de la fase de liquidación.**

No obstante ello, aun en el caso de que acudamos a la vía del artículo 155, la operación ya sea directamente efectuada por la AC o autorizada por el Juez, una vez más requerirá que concurra en la misma y se haga, "en interés del concurso". Como ya hemos expresado, se trata de una cuestión eminentemente casuística y que deberá ser analizada en cada caso con base a los principios ya expresados; ya que como bien expresa el **Auto del Juzgado de lo Mercantil nº10 de Madrid de 7 de Febrero de 2012**, "más que conservar los

bienes integrantes del patrimonio concursal en su forma y sustancia, se trata de conservar su valor, ya que el patrimonio concursal está destinado a la satisfacción de los acreedores, y en consecuencia, no importan tanto los bienes en sí mismos considerados, cuando su valor, porque es éste el que va a ser utilizado para pagar a tales sujetos. La conservación debe hacerse del modo más conveniente para los intereses del concurso. Los intereses del concurso son los intereses de los acreedores concursales a lograr la mayor satisfacción posible...".

En cuanto al requisito "de previa audiencia de los interesados", el mismo ha sido eximido en numerosas ocasiones por los Juzgados, al entender el Juzgador que ello ayudaría a retrasar y frustrar la posible operación, a la vista –entre otras razones- del colapso que desgraciadamente padecen los Juzgados de lo Mercantil. Al respecto, hemos de tener en consideración que el trámite es de mera audiencia y en ningún caso vinculante, pudiéndose por tanto prescindir del mismo en el superior interés del concurso, quedando en todo caso a salvo la vía de oír a los interesados, por medio del recurso de reposición que frente al Auto de aprobación prevé el art.197.3. **(En tal sentido citamos el Auto del Juzgado de lo Mercantil 1 de Málaga, de 28 de Diciembre de 2009).**

(ii) Cancelación de cargas. Art.55 Presente y pasado. Competencia.

En la transmisión de bienes (fundamentalmente inmuebles) es frecuente que nos encontremos con numerosas cargas que pesan sobre el bien y que su cancelación es necesaria para que se lleve a término la operación.

Al respecto de la cancelación de cargas hemos de hacer referencia a los **Autos del Juzgado de lo Mercantil 1 de Málaga de 16 de Noviembre de 2009**, y muy especialmente al **Auto de 1 de Abril de 2011 (del mismo Juzgado de lo Mercantil 1 de Málaga)**, así como al **Auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 8 de Enero de 2010 y de la Audiencia Provincial de Barcelona (S.15ª) de 15 de Mayo de 2009**, en los que se ha profundizado y analizado con todo lujo de detalles la cancelación de las cargas y muy especialmente el problema que al respecto suelen plantear las anotaciones derivadas del crédito público y de los procedimientos administrativos.

Al respecto podemos hacer referencia a las siguientes:

a) Carga hipotecaria-privilegio especial.

Lo normal es que sobre el bien inmueble pese la propia hipoteca de la entidad financiera, dicha carga será cancelada por el hipotecante al otorgar la carta de pago de su crédito en su caso, o bien, se cancelará por confusión de derechos en caso de que la adquiera la misma entidad financiera hipotecante.

Caso de concurrir varios créditos con privilegio especial, para la cancelación de las cargas hipotecarias posteriores a la primera (que gozará de preferencia de cobro) parece que se deberá contar con el consentimiento de los acreedores titulares de tales privilegios, ya que el levantamiento de las cargas hipotecarias no se produce por aplicación de la normativa concursal, sino por el hecho de que el hipotecante consienta la misma.

b) Cargas posteriores no hipotecarias y de entidades privadas.

La regla general debe ser la pérdida de facto de la fuerza cautelar y de cualquier prioridad que estos embargos –generalmente- otorgasen al crédito al que se anejan. Las anotaciones son parte de un proceso, en el que un titular de un crédito reclama el mismo a su deudor. Pues bien, cuando este deudor entra en concurso, por aplicación del principio “par conditio creditorum”, ese acreedor se integra en la masa pasiva del concurso.

Ello tiene una consecuencia, y es que para el cobro del crédito de cada uno de los acreedores ya no rigen las normas que rigen en una situación no concursal. Una de estas normas es la preferencia de ejecución en función de la preferencia temporal de medidas asegurativas o cautelares con implantación registral, normalmente anotaciones de embargo.

Pues bien abierto el concurso, esta preferencia registral fenece, y el cobro de los créditos empleando para ello el patrimonio de la concursada, se hace en función de las preferencias de pago concursales, ninguna de las cuales tiene en cuenta el que se adoptasen o no en su día medidas asegurativas de embargo, únicamente se toma en cuenta la clasificación de los créditos dentro del concurso.

Así, ocurre por tanto con los créditos privilegiados generales, ordinarios, y subordinados. La consecuencia de todo esto, es que a pesar de que no existe una “limpia registral” de embargos de los bienes de la concursada una vez que se abre el concurso, lo cierto es que, los mismos son ociosos pues ningún privilegio o preferencia otorgan, tras el Concurso.

Así, en el seno del concurso y durante su desarrollo, los pagos se hacen conforme a las reglas concursales, no pudiéndose iniciar, ni proseguir ejecuciones singulares más allá de las previstas en el art.55.

En el caso de un convenio, los acreedores a los que les vincule el convenio (ordinarios y subordinados ex art. 134 LC), cobrarán en el plazo y los importes que se fije en el mismo, y nada más, es decir, si se cumple el convenio, no existe un derecho a reclamar a la concursada lo que no se ha cobrado vía convenio, con lo cual ningún sentido tiene los embargos.

En el caso de liquidación, el planteamiento es el mismo, si un bien debe liquidarse en esa fase y procederse a su venta, los embargos asegurativos de estos créditos deben enervarse ya que son ociosos y no despliegan ningún efecto o preferencia, pues el pago de créditos que se haga con el bien objeto de la venta se verifica en la forma indicada.

C) Anotaciones derivadas de créditos públicos. Art.55 LC: Presente y pasado.

Como decimos, en la venta de un bien en el seno del Concurso, es común que nos encontremos con alguna anotación de embargo público a favor de las Administraciones (Hacienda y Seguridad Social), efectuadas con anterioridad a la declaración del mismo, que supone un enorme obstáculo para el buen fin de la operación.

Al respecto de las mismas, hemos de reparar en el marco actual tras la interesante reforma del art.55 y en la situación en la que nos encontrábamos con anterioridad a la misma.

(a) Presente:

El reformado art.55 ha venido a cerrar el debate doctrinal y jurisprudencial que existía, al respecto de hasta cuándo, había que entender que la Administración podía continuar con la ejecución separada de los procedimientos administrativos y ejecuciones laborales y las consecuencias de su inactividad, en favor del interés del concurso, que dieron lugar a líneas jurisprudenciales que se decantaron ante ello por su cancelación en caso de ventas anticipadas.

Con el actual art.55, tenemos que **(i) hasta la aprobación del plan de liquidación podrán continuarse los procedimientos administrativos y laborales (ii) en los que se hubiera embargados bienes con anterioridad a la declaración de concurso, (iii) siempre que los**

bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial.

Por tanto en caso de venta anticipada de **bienes necesarios para la continuidad**, no podrán continuarse dichas ejecuciones, y por tanto los embargos trabados no tendrán mayor relevancia que los embargos trabados como consecuencias de reclamaciones ajenas a los procedimientos administrativos y laborales, por lo que igualmente podrán ser cancelados.

En caso de que los **bienes no sean necesarios para la continuidad**, y dado que hasta la aprobación del Plan de Liquidación, podrán seguirse los procedimientos administrativos de ejecución y las ejecuciones laborales, los posibles embargos anotados no podrán ser cancelados directamente hasta entonces; por lo que de resultar relevante la venta, no quedará otra vía que forzar e iniciar cuanto antes la Liquidación, para aprobada la misma, una vez queden por mandato legal suspendidas las reseñadas ejecuciones, proceder a la venta directa en liquidación con cancelación de la carga, dado que entonces ya carecerá de sentido la misma.

Dicho esto, la Administración para hacer uso de la ejecución separada **–hasta la aprobación del plan de liquidación–**, además de instarla, deberá recabar previamente del Juzgado la declaración de innecesariedad del bien para continuar con la misma, como nos recuerda el **Auto del Juzgado de lo Mercantil 1 de Alicante de 29 de Octubre de 2009, haciéndose eco de la STJC de 22 de Diciembre de 2006**, *“la Administración debe poner en conocimiento del Juez del Concurso si los bienes o derechos afectados por el apremio son necesarios para la continuidad de la actividad del deudor. Si el órgano jurisdiccional decide que el bien o derecho afectado por el apremio administrativo no es necesario para el mantenimiento de la actividad del deudor, la vía administrativa de ejecución continúa y la Administración “recupera en toda su integridad las facultades de ejecución”. Si el Juez del concurso determina que el bien o derecho afectado por el apremio administrativo es necesario para la continuidad de la actividad del deudor, el procedimiento administrativo de apremio pierde esa preferencia y queda sometido al Concurso de manera que no puede seguirse (artículo 55)”*.

(b) Pasado:

Hasta la Reforma del art.55 de la Ley Concursal operada por la Ley 38/2011, las soluciones que se podían dar al levantamiento o no de las cargas derivadas de dichas ejecuciones

separadas, eran: **(1)** mantener la carga, **(2)** acordar su alzamiento abonando el importe asegurado a su titular y **(3)** acordar el alzamiento sin efectuar pago alguno al titular del mismo.

(1) Sobre el mantenimiento de la carga.

En contra de tal opción se alegaba, que el mantener la carga suponía de facto convertir el crédito asegurado con la misma, en una especie de crédito con privilegio especial de segundo grado. De autorizarse la venta (con la carga), el comprador, en su oferta de compra tendrá en cuenta que deberá pagar la deuda que se garantiza con la carga, pues de lo contrario, se podrá iniciar vía ejecutiva contra el bien. Con ello, en estos casos se cobraría la deuda, al tener un embargo sobre un bien trabado en los términos del art. 55.

Al respecto expresaba **(el Auto del Jdo de lo Mercantil nº1 de Málaga de 1 de Abril de 2011, antes reseñado)** que *“la legislación concursal, contiene un principio de restricción de privilegios, ocasionándose lo que se ha venido en llamar como la “poda de privilegios del árbol concursal”. Así, el propio art. 89 de la LC indica que no se admitirán más privilegios que los legalmente tasados. Igualmente si se observa la EM de la norma, en el punto tercero al tratar lo relativo a las garantías reales, se colige claramente que el legislador tuvo en mente a este tipo de garantías y no a otras al objeto de otorgar ciertos privilegios, que por tanto ahora no se pueden extender por la vía de hecho a los supuestos que nos ocupa.”*

Por el contrario, proclive al mantenimiento de la carga se mostró la **Audiencia Provincial de Pontevedra en su Sentencia de 8 de Enero de 2010**, (concurriendo un interesante voto particular). En dicha resolución la Sala mantiene la resolución dictada por el Jdo de lo Mercantil, acordando la enajenación –ya en liquidación- de la finca con la carga trabada en su día por la TGSS con anterioridad a la declaración de Concurso, aunque la TGSS no hizo nunca saber su voluntad de continuar con la ejecución separada, ni se opuso a la venta, salvo en lo referente al pago previo de su carga, sin continuar con el procedimiento administrativo de ejecución tras anotar su embargo.

En su razonamiento la Sala planteaba **–como decimos antes de la Reforma del art.55-** que el nudo gordiano consiste en determinar, hasta dónde puede llegar la continuación de la ejecución administrativa (art.55), y si se podrán ejecutar los bienes del deudor a fin de cobrar su deuda la Tesorería sin límite temporal y con preferencia al resto de acreedores y en su caso, cómo y por qué órgano judicial se ha de seguir el procedimiento.

La Sala residenciaba su decisión en que: (a) entender que el acreedor “renuncia” a la posible ejecución separada por no hacer manifestación alguna al respecto de ello, no está previsto en la LC, como sí lo está en el caso de las garantías reales (art.57 “...perderán el derecho de hacerlo en procedimiento separado...”); (b) la LC admite las ejecuciones separadas sin someterlas a plazo en el caso del art.55 porque verdaderamente la “voluntas legislatoris” era “respetarlas”, ya que incluso en sentido contrario a ello se presentó en su día una enmienda (nº282 del Grupo Socialista que fue desestimada), lo que evidencia la voluntad del legislador; (c) carece de sentido el argumento de los que entienden que puede seguirse el procedimiento, pero su producto o saldo obtenido quedará afectado por la “par conditio creditorum” ya que ello es contrario precisamente al espíritu de la ejecución separada, (d) no obsta a la ejecución separada la posible existencia de un crédito preferente de cualquier otro acreedor del concursado, que podría hacerlo valer por la vía de la tercería de mejor derecho.

Finalmente en su caso y **en lo que se refiere a la segunda parte del nudo gordiano, la Sala se pronunciaba a favor de que dicha ejecución separada debe llevarse a cabo dentro de la competencia del Juez del Concurso.** Al respecto la concluye que ***“Una cosa es que quepa la posibilidad de continuar apremios administrativos cuando la providencia de apremio sea anterior a la fecha de declaración del concurso y otra que pueda hacerse en forma autónoma o desconectada de la autoridad judicial del concurso...”***.

Dicho esto, hemos de llamar la atención sobre el hecho de que **dicha resolución contó con el voto particular del Magistrado Pérez Benítez.** Dicho Magistrado concluye que *“...La Administración Pública, en los casos en los que se haya dictado providencia de apremio antes de la declaración del concurso, deberá dirigirse al juez del concurso interesando un pronunciamiento sobre el carácter necesario o no de los bienes embargados o que se proponga embargar. Supuesto que tales bienes fueran estimados por el juez del concurso como necesarios, operaría la suspensión de la ejecución. En caso contrario, la Administración podrá continuar con la autotutela ejecutiva, haciendo trance y remate de los bienes embargados, por el procedimiento establecido reglamentariamente, y con su producto hacerse pago, únicamente de los créditos que determinaron el procedimiento administrativo de ejecución.... Esta solución, -no exenta de dudas, a la luz de la literalidad de los preceptos legales-, parece que viene imponiéndose en la práctica y, en todo caso, viene avalada por la doctrina emanada del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción”.* Por último, **el Magistrado en su voto, igualmente discrepa de la afirmación de que la continuación del procedimiento administrativo de ejecución, en los casos en los que sea posible, deba venir atribuida al Juez del Concurso** indicando textualmente que *“...Dicho de otro modo: el juez del concurso tiene competencia sobre las ejecuciones dirigidas contra el patrimonio del concursado, a salvo de aquéllas que la propia ley permite que se desarrollen al margen del*

*concurso. Tal es el caso, como se viene repitiendo, de las ejecuciones administrativas o laborales, en las circunstancias que la norma establece. No resulta admisible que el juez laboral se inhíba a favor del juez del concurso para que éste continúe la ejecución laboral en pieza separada, o que la Administración Pública remita las actuaciones al juez del concurso para que éste, aplicando la normativa de la ejecución administrativa (tributaria o de la Seguridad Social) prosiga con las actuaciones de ejecución. **Criterio este, por lo demás, a mi juicio claramente expresado en diversos pronunciamientos del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción (cfr. sentencias TCJ de 22 de diciembre de 2006 y 22 de junio de 2009, entre otras)**".*

(2) acordar su alzamiento, abonando el importe asegurado a su titular.

En el fondo esta opción produce el mismo efecto que el mantenimiento de la carga, si bien tan solo conllevaría la seguridad, de que todo ello se efectuaría en el seno del Concurso, es decir, la venta y el pago de la carga como prededucible con cargo al precio.

(3) acordar el alzamiento, sin efectuar pago alguno al titular del mismo.

Los partidarios de esta opción, asentaban su criterio en el hecho que para que la Administración Pública, o en su caso el Juzgado de lo Social, puedan seguir la ejecución por la vía del art. 55 de la LC, es necesario un requisito insoslayable que también ha fijado de manera unívoco el TCJ en Sentencia como de 22/12/2006, la necesidad de que el Juez del concurso declare la necesidad o no del bien para la continuidad de la actividad, con lo que la Administración Pública, *"si pretende hacer uso del privilegio procesal del art. 55 de la LC debe primero solicitar la autorización al Juez del concurso mediante la petición de pronunciamiento sobre la necesidad o no del bien, y si la declaración es negativa entonces podrá continuar la ejecución, de no hacerlo así, una vez declarado el concurso los actos de ejecución que se prosigan son nulos."*

Esta fue la opción adoptada entonces y **antes de la reforma** por el **Juzgado de lo Mercantil 1 de Málaga en el Auto ya referido de 1 de Abril de 2011**, en un caso concreto en el que en ningún momento se solicitó por la Administración Pública la autorización para continuar con su ejecución, la cual tras la anotación de embargo, de facto quedó detenida. Así en uno de sus fundamentos textualmente se indica *"citiéndonos por tanto al caso del crédito público asegurado con embargo, **la respuesta debe ser el levantamiento total de cargas titularidad de la Administración**, y ello por cuanto que la misma, no ha hecho uso de su privilegio de ejecución separada, y no puede la Administración, por omisión, provo-*

car una protección de su crédito. Así, el art. 55 y la Jurisprudencia del TCJ imponen una actividad a la Administración al objeto de proteger su privilegio, y no cabe por tanto dicha protección por vía de una actitud pasiva, y si es esta la que se produce, debe fijarse un “sanción” a modo de prescripción del uso de la posibilidad del art. 55 de la LC. Llegados a este punto tan sólo queda determinar el plazo de prescripción que se le impone a la Administración”

Como vemos hoy, el asunto relativo al plazo ya que quedado superado con la actual redacción del art.55, que lo concreta en la aprobación del Plan de Liquidación.

(c) Competencia para ordenar el levantamiento de cargas.

En todo caso, la **competencia para ordenar el levantamiento** de cargas registrales en operaciones de venta, de conformidad con lo previsto en los artículos 8.4º LC y 84 de la Ley Hipotecaria, parece que recae exclusivamente en el Juez del Concurso, con independencia de quién sea el que las ordenase en su día. Esta cuestión ya ha sido resuelta en tal sentido por el **Tribunal de Conflictos, entre otras, en su Sentencia de 22 de Junio de 2009.**

(iii) Ventas de unidades productivas.

La **regla general** (en sede ya de operaciones de liquidación, Secc.3ª, Capítulo II) prevista por los artículos 148 y 149 es la venta conjunta de los bienes que integran las unidades productivas; **solo** se deben vender los bienes aisladamente cuando esta opción sea más beneficiosa para los intereses del concurso, porque se pueda obtener de esta forma un mejor resultado para pagar a los acreedores.

No obstante ello, como generalmente se venía entendiendo y además expusieron los **Magistrados de los Juzgados de lo Mercantil de Cataluña en su Conclusiones del Seminario celebrado el 23 de Marzo de 2011 sobre “Plan y Operaciones de Liquidación”** cabe la **venta anticipada y por tanto en fase común, de unidades productivas**, ya que el art.43.2 LC prevé expresamente la venta de bienes durante la fase común sin límite alguno, **siempre que razones de urgencia y el interés del concurso los justifiquen**. Lo que jurídicamente no tiene sentido (según se expone por los Magistrados en dichas Conclusiones) es contemplar cómo tiene que cesar la actividad porque no se haya abierto la fase de liquidación, si ello se puede evitar vendiendo la unidad productiva, en beneficio de acreedo-

res, trabajadores y del deudor. Según se concluye, ***“la misión del Juez del Concurso es garantizar un equilibrio entre todos los intereses en juego, equilibrio que puede garantizarse mediante dicha autorización”***.

Por tanto vemos que el “leitmotiv” ha de ser el ya examinado para cualquier autorización de venta, **el interés del concurso que justifique la autorización**, por lo que no remitimos a lo ya expuesto en párrafos precedentes al respecto de ello.

Dicho esto, en las operaciones de venta de unidades productivas, será exigencia común del eventual adquirente, la **no subrogación en las obligaciones tributarias, laborales y de seguridad social de la concursada por mor de la compraventa**.

En cuanto a una **eventual sucesión de empresas**, la única previsión al respecto que recoge la Ley Concursal es la prevista en el art.149.2, que establece que existe sucesión empresarial (únicamente) **“a los efectos laborales”** en caso de enajenaciones de unidades productivas, pudiendo en tal caso el Juez acordar la no subrogación en la parte de la cuantía de los salarios e indemnizaciones pendiente de pago, que sea asumida por el Fogasa.

Al respecto de tan importantes cuestiones llamamos la atención sobre el **Auto del Juzgado de lo Mercantil nº2 de Málaga de 1 de Julio de 2010**, en el que textualmente se indica que *“la Ley Concursal parte de que la enajenación de una empresa o unidad productiva se hace libre de deudas, de forma que el adquirente no se subroga en las deudas del concursado, salvo en lo que se refiere a las excepciones ya mencionadas del propio art. 149.2 y del 155.3 en cuanto a la subrogación en la parte pactada del crédito hipotecario. La razón estriba en que lógicamente los acreedores han de cobrar dentro del concurso y por su orden, no de los terceros que adquieran los bienes del activo en las distintas fases del concurso. Por tanto, tal como expone el Auto de 9 de diciembre de 2009 del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Barcelona, aun cuando la venta se realice durante la fase común, a los efectos del 149.2, deben excluirse los efectos de la sucesión de empresa, de forma que las transmisiones de empresas o unidades productivas no implican sucesión de empresas y, en consecuencia, el adquirente no se subroga en las obligaciones anteriores. En este caso, serían las de la AEAT y TGSS. Es decir, que la transmisión en el concurso se hace libre de deudas y solo cabe hablar de sucesión “a efectos laborales”. Esta postura se mantiene también en el Auto de 29 de noviembre de 2007 de la sección 15ª de Barcelona”*.

Igualmente hemos de hacer mención al **Auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 29 de Junio de 2010** en el que se analiza la referida cuestión, a la vista de las alegaciones efectuadas por la TGSS. Dicho organismo (en el caso concreto que resuelve el Auto) hacía notar que se estaba, a efectos laborales, ante una sucesión de empresa, lo que de-

terminaba a su juicio, la aplicación del art.44 del ET y consiguientemente **asunción por el adquirente de las obligaciones laborales y de seguridad social del transmitente concursado**; lo que a su vez chocaba con la condición a la que venía sometida la operación de venta, que era la exoneración de las mismas.

La Sala hace un detallado estudio de las obligaciones tributarias, laborales y de seguridad social que pueden concurrir en una operación de venta de unidad productiva en el seno de un Concurso, y sobre cuáles de ellas ha de responder el adquirente.

La Sala entiende que *“la transmisión de una empresa en concurso en fase de liquidación, -también en fase de convenio o incluso durante la fase común-, es sucesión de empresa, a efectos laborales y, en línea de principio deben ser de aplicación todas las normas que garantizan los derechos de los trabajadores (las relativas al aseguramiento del cobro de los salarios y cotizaciones, y las garantías frente al despido), pero, del mismo modo que permite el art. 5.2 de la Directiva - Directiva 2001/23/CE, de 12 de marzo-, la ley -concursal- establece la posibilidad de que, para la especial situación de concurso, en atención a los singulares intereses en juego, puedan excepcionarse las reglas generales de protección del crédito laboral. Con ello se trata de evitar, con las necesarias cautelas, que la transmisión de la actividad que explota la deudora concursada resulte antieconómica, pues claramente no existirá ningún interesado en asumir una actividad si ha de hacerse responsable de todas las cargas laborales, o de las existentes con acreedores públicos”*.

En su literalidad, continúa la Sala, *“el art. 149.2 tan sólo se refiere a “la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por el FOGASA, de conformidad con el art. 33 ET”. Nada establece con respecto a la posibilidad de exonerar al adquirente de responder de otras obligaciones legales, por ejemplo de las derivadas de las normas tributarias, o de las deudas que el transmitente mantenga frente a la Seguridad Social”*.

Sin embargo, -como reseña la Sala- *“con respecto a las obligaciones tributarias y sanciones, el art. 42.1 c) de la Ley General Tributaria (tal como preveía la disposición final undécima de la LC para la LGT previgente) sí contiene previsión expresa de exoneración a los “adquirentes de explotaciones o actividades económicas pertenecientes a un deudor concursado cuando la adquisición tenga lugar en un procedimiento concursal”, exoneración que opera ope legis, con la mayor amplitud, sin precisar de la concreta autorización del juez del concurso”*.

En cuanto al **crédito de la Seguridad Social**, indica la Sala, que no es un crédito salarial o laboral, así expresa que *“... las normas contenidas en la legislación específica de la Seguridad Social no contemplan la situación de concurso del empresario. En tal coyuntura, como sostiene la administración concursal, la norma especial viene constituida por la Ley Con-*

cursal, inspirada en los principios de unidad legal, de disciplina y de sistema, por lo que el art. 149.2 LC debe entenderse norma especial que desplaza la aplicación del art. 127.2 del TR de la Ley General de la Seguridad Social (cfr., de nuevo, el art. 57 bis ET). En interpretación doctrinal, ello no debería sorprender, pues la normativa de los arts. 104 y 127 TRLGSS “no pretende tanto la protección de los intereses de los trabajadores como la protección del patrimonio de la Seguridad Social”.

*Ello es así porque la venta de una empresa, o de una unidad productiva autónoma, en sede de liquidación concursal no constituye una “sucesión de empresa” más que a “efectos laborales” (podría argumentarse también, en interpretación literal, que sólo a “efectos laborales”, no de “Seguridad Social”), en la literalidad del art. 149.2 concursal. **Por tanto, la venta, a salvo de que se estipule otra cosa, supone la transmisión de los activos del deudor, pero no de los pasivos. La venta se hace libre de cargas, a salvo, claro está, de las reales.**”*

Finalmente hemos de referirnos por su nivel de detalle a los **Autos del Juzgado de lo Mercantil de Granada de: 2 de Noviembre de 2011, 29 de Febrero de 2012 y 27 de Abril de 2012** (que lógicamente se nutren de la importante labor de la AC llevada a cabo en el proceso de venta de la fábrica de Granada de Grupo Dhul).

En el primero de los Autos el Juzgador accede a una atípica (por no prevista en la Ley) pero interesante, solicitud de autorización formulada por la AC, relativa a la apertura del proceso de venta de la unidad productiva de fábrica de Granada de Grupo Dhul S.L. Dicho Auto recoge y regula detalladamente los distintos plazos y fases, así como las condiciones, en las que se plantea el proceso de venta de la fábrica. Tras unas consideraciones generales sobre el proceso de venta, se establecen seis fases, que abarcan desde una primera relativa a la publicación de la apertura del proceso de venta, una segunda relativa al cierre de la lista de los participantes en el proceso de venta, una tercera sobre el suministro de información de la unidad productiva a los interesados, una cuarta sobre la presentación de ofertas de los participantes, una quinta sobre la apertura y valoración de las ofertas recibidas, y una última sobre la determinación de la mejor oferta y la venta judicial de la fábrica.

En dicha resolución se hace constar que el Auto que autorice judicialmente la venta hará referencia a que la misma: **(i)** no supondrá la subrogación de la compradora en los salarios e indemnizaciones pendientes de pago en los términos previstos en el art.149.2, **(ii)** el adquirente no se subrogará en las obligaciones tributarias pendientes (art.42 LGT), **(iii)** tampoco se subrogará en los créditos concursales de naturaleza laboral, ni en los de Seguridad Social, y finalmente y como cierre, **(iv)** la venta de la unidad productiva dará lugar a la cancelación de las cargas anteriores al concurso constituidas para garantizar créditos concursales que no gocen de privilegio especial del art.90 de la LC.

El segundo de los Autos, tras un complejo proceso al que finalmente concurrieron dos ofertas, una de las cuales fue retirada in extremis, autorizó la venta al único ofertante concurrente, si bien la misma quedó sujeta a varias condiciones suspensivas que habrían de cumplirse en los quince días siguientes a la misma.

El tercero y último de los Autos, a la vista del incumplimiento de las condiciones suspensivas impuestas, dejó sin efecto la Autorización condicionada concedida y declaró concluso el referido proceso de venta de la unidad productiva.

Fin.

Nota: El presente documento es una recopilación de información jurídica elaborado por *medina pinazo abogados* cuya finalidad es estrictamente divulgativa. Por tanto, la información y comentarios que se incluyen en el mismo no constituyen asesoramiento jurídico alguno. La información contenida en el presente documento no puede ser objeto de difusión a terceros, ni total, ni parcialmente, sin la previa autorización expresa y escrita de *medina pinazo abogados*, a fin de evitar la incorrecta o desleal utilización de la misma.

Junio de 2012.

Rafael Medina Pinazo

Abogado

www.medinapinazoabogados.com