

“LA LIQUIDACIÓN DE LOS BIENES SOMETIDOS A PRIVILEGIO ESPECIAL”.

Marcos Bermúdez Ávila.

Magistrado del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao.

TAP. Diciembre 2016.

1. INTRODUCCIÓN. LAS REFORMAS DEL 2014. UN NUEVO DERECHO (CONCURSAL).

- ✓ Justificación económica: 2013: 750 mil millones de euros (apalancamiento); 200 mil millones de euros (riesgo de impago, refinanciación).
- ✓ Modificaciones necesarias:
 - el marco legislativo: acreedores financieros disidentes; con garantías reales superiores al valor de mercado de los bienes.
 - La praxis: no funcionan: (i) los juzgados de lo mercantil; (ii) la AC (poco profesionalizada).
 - Objetivo: reestructuración operativa de las empresas viables, con preservación de su valor. Modificación de la composición del tejido empresarial (PYMES) para evitar excesiva financiación bancaria. Traspaso de los activos a los acreedores.
- ✓ LAS REFORMAS:
 - (I) LOS INSTITUTOS PRECONCURSALES (5 bis; AARR; Homologación AARR, calificación concursal).
 - (II) REFORMA DE LA LC: (A) Limitación del privilegio especial: Valor Real de la Garantía (VRG) y valor relativo del bien; limitación de las posibilidades de ejecución separada; (B) CONVENIO (arrastre a los acreedores con privilegio especial); (C) LIQUIDACIÓN (subrogación de deudas, TGSS).
 - (III) REFORMA DE LA AC: requisitos de acceso, designación, separación, retribución.

2. DOBLE LIMITACIÓN DEL PRIVILEGIO ESPECIAL: (I) EL VRG.

- ✓ **90.1. 3. LC (créditos con privilegio especial) : (RD. 11/2014, DE 5 SEPT):** *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 art. 5 del art. 94. El importe del crédito que exceda del reconocido como privilegio especial será calificado según su naturaleza. (DT 1^a RD 11/2014:*

aplicable a los procedimientos concursales en tramitación en los que no se haya emitido el informe de la AC.

- ✓ **Art. 94 (estructura y contenido de la lista de acreedores):** 2. (clases de acreedores privilegiados: laborales, públicos, financieros, el resto); 5. (...) Para su determinación se deducirán, de los nueve décimos del valor razonable del bien o derecho sobre el que esté constituida la garantía, las deudas pendientes que gocen de garantía preferente sobre el mismo bien, sin que en ningún caso el valor de la garantía pueda ser inferior a cero, ni superior al valor del crédito privilegiado ni al valor de la responsabilidad máxima hipotecaria o pignorática que se hubiese pactado.

A estos exclusivos efectos se entiende por valor razonable: (...) b) En caso de bienes inmuebles, el resultante de informe emitido por una sociedad de tasación homologada e inscrita en el Registro Especial del Banco de España. (,,) Los informes previstos en las letras b) y c) no serán necesarios cuando dicho valor hubiera sido determinado por experto independiente, dentro de los seis meses anteriores a la fecha de declaración de concurso, ni cuando se trate de efectivo, cuentas corrientes, dinero electrónico o imposiciones a plazo fijo.

Problemas:

- Cálculo del VRG (varios AA mismo bien; un acree. con garantías sobre distintos bienes).
- El informe pericial sobre el valor, ¿quién lo presenta? ¿quién lo paga? Solución: inclusión del valor por la AC, e impugnación, en su caso, por el acreedor (con presentación del informe).

3. EL SEGUNDO LÍMITE: (II) LAS POSIBILIDADES DE EJECUCIÓN SEPARADA.

- ✓ **5 bis: Desde la presentación de la comunicación y hasta que se formalice el acuerdo de refinanciación previsto en el artículo 71 bis.1, o se dicte la providencia admitiendo a trámite la solicitud de homologación judicial del acuerdo de refinanciación, o se adopte el acuerdo extrajudicial, o se hayan obtenido las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio o tenga lugar la declaración de concurso, no podrán iniciarse ejecuciones judiciales o extrajudiciales de bienes o derechos que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.** Las ejecuciones de dichos bienes o derechos que estén en tramitación quedarán suspendidas con la presentación de la resolución del secretario judicial dando constancia de la comunicación. Las limitaciones previstas en los incisos anteriores quedarán en todo caso levantadas una vez transcurridos los plazos previstos en el apartado siguiente. (Redactado por L. 14/2013, de 27 de septiembre).

Discusión en la práctica judicial: ¿Órgano encargado para la suspensión de la ejecución en curso? ¿Es necesaria la previa declaración de que se trate de un bien necesario para la actividad empresarial, art. 54.5 LC?

✓ 55. Declarado el concurso...

- BIENES NECESARIOS: SUSPENSIÓN DE EJECUCIONES ADMINISTRATIVAS Y JUDICIALES EN TRAMITACIÓN O INADMISIÓN A TRÁMITE DE LAS QUE SE PRESENTEN (*levantamiento de embargos*).
 - BIENES NO NECESARIOS: *embargo previo, posible inicio ("hasta la aprobación del plan de liquidación") o continuación.*
- ✓ Art. 56.1 LC: *Los acreedores con garantía real* sobre bienes del concursado que resulten necesarios (sustituye "afectos", L. 14/2013, de 30 de sept). **para la continuidad de su actividad profesional o empresarial no podrán iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que (i) se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o (ii) trascurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación. (...) Las actuaciones ya iniciadas se suspenderán (56.2).**
- ✓ 57.3. Abierta la fase de liquidación, los acreedores que antes de la declaración de concurso no hubieran ejercitado estas acciones **perderán el derecho** de hacerlo en procedimiento separado. **Las actuaciones que hubieran quedado suspendidas** como consecuencia de la declaración de concurso **se reanudarán**, acumulándose al procedimiento de ejecución colectiva como pieza separada.
- **STS 12.12.2014 (pon. SANCHO GARGALLO)**, hace un estudio de las posibilidades de ejecución separada con ocasión de analizar los embargos de la TGSS con posterioridad a la declaración de concurso (84.4).
 - **¿Privilegio procesal o sustantivo?** Posición mayoritaria: posibilidad (procesal) de ejecución separada. La AC podrá personarse en la pieza y reclamar que ingrese en la masa activa la suma obtenida que exceda del privilegio especial (que incluirá principal, intereses y costas garantizados la hipoteca o la prenda).

4. LA REALIZACIÓN DE LOS BIENES SOMETIDOS A PRIVILEGIO ESPECIAL EN EL PROCEDIMIENTO CONCURSAL.

4.1. El contenido del plan de liquidación: los posibles métodos de realización de los bienes.

- ✓ **STS 23.07.13** cuya doctrina es aplicada en el AJM1 BILBAO, DE 06.03.14 (cna 463/12). (A) *Los métodos de realización de los bienes hipotecados en fase de liquidación concursal.* La reciente STS de 23.07.13, pon. SANCHO GARGALLO *la resume la posición jurídica de los acreedores hipotecarios en la fase de liquidación: A. Abierta la fase de liquidación, los acreedores que antes de la declaración de concurso no hubieran iniciado la ejecución separada de sus garantías hipotecarias perderán el derecho a hacerlo en procedimiento separado (art. 57.3 de la LC). B. Por tanto, la liquidación de los inmuebles gravados con hipoteca deberá hacerse en el*

procedimiento de liquidación concursal con arreglo a las previsiones contenidas en el plan de liquidación. Este plan de liquidación, y respecto de estos bienes hipotecados, podrá prever los siguientes métodos de realización (todos, o alguno de ellos): (i) venta directa o en subasta judicial, con subrogación del adquirente en los créditos garantizados con hipoteca, “con subsistencia del gravamen”, previa audiencia de los interesados y autorización del juez (art. 155.3 LC); (ii) la venta directa o en subasta judicial, con cancelación de la carga hipotecaria (en cuyo caso el importe obtenido por la venta del bien deberá destinarse al pago del crédito hipotecario, hasta donde alcance, art. 155.4); (iii) la cesión al acreedor privilegiado (en pago o para el pago del crédito) o a la persona que él designe (quedando con ello completamente satisfecho el privilegio especial o en su caso quede el resto reconocido dentro del concurso con la calificación que corresponda, 155.4). (B) En el presente caso, como se ha dicho, deberá estarse a la propuesta de la AC, con las aclaraciones incluidas de oficio por el Juez, que cumple las exigencias legales, descartando el criterio de la acreedora privilegiada. El interés del concurso prima respecto del de la hipotecante y, en fase de liquidación, los métodos de realización de los bienes hipotecados los elige, dentro de las posibilidades legales expuestas, la AC en atención a las circunstancias concurrentes. En esta concreta liquidación, la AC ha previsto los dos de los métodos de realización que permitidos: (1) venta del inmovilizado (en adjudicación directa o subasta) con cancelación de la carga hipotecaria; (2) dación en pago. Para ella no necesitará el consentimiento del acreedor hipotecario; y si dicho acreedor hipotecario quiere discutir que con ella se satisfaga íntegramente su privilegio especial, deberá acudir al incidente para discutir la valoración que debe darse al bien que se le adjudica, donde se decidirá si queda totalmente satisfecho su privilegio o si un resto del crédito debe ser considerado todavía como ordinario.

4.2. Las “reglas supletorias” del art. 149.

NATURALEZA: ¿ Son verdaderas reglas legales “supletorias”, como dice el título del precepto? No: se mezclan reglas “supletorias” (para el caso de que no exista plan de liquidación o en lo que no hubiese previsto el plan), con reglas “complementarias”, de necesaria aplicación, diga lo que diga el plan de liquidación; con otras previsiones que no son reglas encaminadas a la realización de los bienes, sino auténticos “efectos legales” derivados precisamente de dicha enajenación.

En realidad **solo serían reglas legales “supletorias”** las incluidas en el apartado 1 (enajenación de unidades productivas y enajenación de bienes sometidos a privilegio especial). Las del 149.2 (responsabilidad por deudas anteriores insatisfechas) y 149.3 (cancelación de cargas en el auto de aprobación del remate) son “efectos de la liquidación” (véase como en el apartado 4 del art. 146 bis, que regula estos “las especialidades de la transmisión de unidades productivas”, dentro de la sección 2^a dedicada a los “efectos de la liquidación” se hace referencia expresamente al contenido de este 149.2, con defectuosa técnica legislativa).

Con una redacción bastante confusa, el precepto prevé (para el caso, improbable, de que no exista plan de liquidación, o en lo no previsto) a posibilidad de acudir a cualquiera de los tres métodos de realización posibles, por el orden que, en el caso concreto, sea más conveniente al interés del concurso, sin priorizar ninguno de ellos.

Además, algunas previsiones tienen que ser consideradas reglas COMPLEMENTARIAS o EFECTOS DE LA LIQUIDACIÓN, y no solo supletorias: así, el consentimiento de los acreedores hipotecarios y el pago del privilegio en los supuestos de venta de la unidad productiva: reglas a y b del art. 149.1.3º.

La referencia al “procedimiento de apremio” de la LEC: genera confusión. El procedimiento de apremio y la liquidación concursal se parecen tanto como “un huevo a una castaña”.

4.3. La enajenación de unidades productivas y la intervención de los acreedores con privilegio especial en ella. La nueva redacción del art. 149.1.3ª (RD 11/2014, de 5 de septiembre).

- ✓ **Supuesto de hecho:** enajenación de la unidad productiva con bienes sometidos a privilegio especial, sin subsistencia de la garantía hipotecaria.

 - ✓ **Necesidad del consentimiento:** 75% de los acreedores de cada una de las clases (financieros, públicos, laborales y el resto, 94.2) si: (i) el valor de realización no cubre el privilegio (calculado conforme al 94.2, VRG; y respecto del global, 149.1.3º); y (ii) mantienen su derecho de ejecución separada (art. 56.1).
- Si no se cumplen estas condiciones, los acreedores privilegiados no podrán oponerse a la transmisión, reservándose únicamente su derecho a cobrar el crédito conforme al 155.4, 94.5 y 149.1.3,a: VALOR RELATIVO DE LA GARANTÍA REAL.**
- ✓ **¿Reglas “supletorias”? No, complementarias.** Deberá respetarse este derecho, sin que el plan de liquidación pueda excluir la necesidad del consentimiento de los acreedores privilegiados. Razones: no todo el contenido del 149 tiene esta naturaleza de reglas supletorias, se recogen en el precepto efectos de la liquidación. De no ser así, nunca se aplicaría la previsión legal, bastaría con excluir la necesidad del consentimiento en el plan de liquidación, en contra del criterio del legislador.

5. EL PAGO DEL PRIVILEGIO.

- ✓ 154. Con preferencia incluso de los créditos contra la masa.
- ✓ 155. Con cargo a los bienes y derechos afectos, ya sean objeto de ejecución separada o colectiva.
- ✓ Y con las limitaciones previstas en los nuevos arts. 94.5 (VGR) y 149.1.3.a (valor del bien en relación con el valor global de la unidad productiva).

AJM1 BILBAO, 13.11.13 (CNO 92/09) (...) La distribución del producto líquido obtenido por la venta de la unidad productiva entre los acreedores hipotecarios.

Ya se ha dicho en el fundamento primero: la aplicación de los artículos 154 y 155 (que ordenan los pagos de los créditos con privilegio general) y las discrepancias que puedan surgir entre la AC y las partes concursales al respecto, no es objeto del plan de liquidación, por lo que ya se ha dicho: la ordenación de pagos es posterior, regulada legalmente y fiscalizable por el Juez del concurso a través del incidente correspondiente.

Pero lo que sí habrá de fijarse en el plan de liquidación es el **valor del inmueble** afecto al privilegio especial (hipoteca). En los supuestos en los que se pretende la venta de la unidad productiva en su conjunto, si ya la valoración inicial de la empresa en su conjunto supone una gran dificultad dados los distintos métodos que proporciona la teoría económica (se habla de 25 distintos), mayor dificultad se encuentra aún a la hora de determinar qué parte del precio corresponde a cada uno de los elementos que la componen. Para evitar este inconveniente y también la injusta consecuencia que se produce en los supuestos en los que el importe de la carga hipotecaria es muy superior al valor de mercado del inmueble gravado (muy habitual en el contexto de crisis actual) se ha propuesto un sistema alternativo al que supone tener en cuenta para el pago del privilegio especial el valor de mercado del inmueble (que conste en el inventariado o que se actualice en el plan de liquidación): en el plan de liquidación se fija el **VALOR del inmueble mediante un porcentaje del valor del bien respecto de todo el activo** según el inventario de bienes y derechos (el valor actualizado que se incluya en el plan de liquidación), y ese porcentaje (por ejemplo el 60%) se aplica para la distribución del precio obtenido por la unidad de negocio. El AAP de Burgos de 05.03.13 (venta de cuatro unidades de negocio en bloque mediante subasta conjunta) ratifica la validez de este criterio, que debe ser considerado más justo para proceder posteriormente a la distribución del metálico obtenido.