

CUESTIONES PRÁCTICAS RELACIONADAS CON LA VENTA DE LA UNIDAD PRODUCTIVA

Pablo Arraiza Jiménez. Magistrado juzgado de lo mercantil de León

1. CONCEPTO DE UNIDAD PRODUCTIVA, DESCRIPCIÓN, VALORACIÓN.

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

El concepto legal de unidad productiva autónoma, a efectos concursales, viene recogido en el artículo 149 de la LEC, que expresa que tal figura existe cuando “una entidad económica mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesoria”, en cuyo caso, añade, “se considerará, a los efectos laborales y de Seguridad Social, que existe sucesión de empresa”. Se trata de una definición traída del artículo 44.2 del Estatuto de los Trabajadores, que expresa que “se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria”. Como recuerda el auto del juzgado de lo mercantil nº 2 de Pontevedra de 15 de junio de 2017, “El concepto resulta coincidente con el plasmado a nivel comunitario en el artículo 1.1.b de la Directiva 2001/23/CE, de 12 de marzo, relativa al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas o centros de actividad. En desarrollo del artículo 44 ET, la Jurisprudencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo (STS de 3 de diciembre de 2013, AS 2014/365) ha mantenido que para estimar la sucesión entre empresas “no basta con el hecho de que los trabajadores de una entidad empresarial pasen a prestar servicios a otra compañía diferente, pues es todo punto necesario además que se haya producido la transmisión al cesionario de los elementos patrimoniales que configuran la infraestructura u organización empresarial básica de la explotación” (Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2008”.

De igual modo, el artículo 7 de la LIVA la define como “La transmisión de un conjunto de elementos corporales y, en su caso, incorporales que, formando parte del patrimonio empresarial o profesional del sujeto pasivo, constituyan o sean susceptibles de constituir una unidad económica autónoma en el transmitente, capaz de desarrollar una actividad empresarial o profesional por sus propios medios”.

El auto de la Audiencia Provincial de La Coruña de 4 de julio de 2017 expresa que “La Ley concursal no define lo que debe entenderse por unidad productiva a los efectos del artículo 146 bis, 148 y 149. En la consideración más común se entiende equiparable a empresas o a partes de empresas susceptibles de ser continuadas por un nuevo titular. La acepción laboral que acoge el artículo 149.4 -en conjuntos organizados de medios materiales y, eventualmente, personales, para llevar a cabo una actividad económica, principal o accesoria- se trae del ET para acotar el supuesto bajo cuya consideración debe apreciarse que existe sucesión de empresa, pero no agota totalmente el concepto de unidad productiva a efectos concursales”.

Por su parte, el auto del juzgado de lo mercantil nº 6 de Madrid de 8 de marzo de 2016 señala que “con la dificultad de establecer de modo general y uniforme un concepto de unidad productiva o rama de actividad, puede afirmarse que conformarán el mismo la totalidad de los bienes de cualquier naturaleza organizados alrededor de una actividad empresarial o profesional concreta, y unidos a la misma de un modo estable, inseparable y permanente,

presentando cierta autonomía respecto al resto de los bienes del deudor; habiendo señalado recientemente los Tribunales [AJM_SAN SEBASTIAN_3.6.2014] que siendo un concepto impreciso puede identificar como un conjunto de medios organizados con el fin de llevar a cabo una actividad económica y puede delimitarse de forma amplia y flexible, pero siempre sobre la base de la existencia en los elementos patrimoniales que se transmitan de un mínimo de cohesión y de independencia respecto al resto del patrimonio empresarial. Añade el Auto del Juzgado Mercantil nº 2 de La Coruña [ROJ: AJM C 165/2015] "... Con el devenir de los tiempos, los Juzgados de lo Mercantil han perfilado el concepto de unidad productiva fijándose en el elemento fundamental de la actividad, acoplando dentro del concepto todo aquello que es fundamental para que el conjunto de elementos esté dotado de autonomía y permita la continuidad de la actividad para la que estaba destinada. De esta forma, el AJM número 8 de Madrid de 20 de diciembre de 2013 sí que acoge el elemento de la actividad como base fundamental de la definición, y considera la unidad productiva como "conjunto complejo y extenso de bienes, derechos, contratos de trabajo y expectativas de negocio".

Para finalizar de delimitar el concepto de unidad productiva y su transmisión, debe distinguirse tal venta o transmisión de unidad productiva de la denominada "venta en globo" o transmisión unitaria de un completo patrimonio, entendiendo por tal la enajenación de la totalidad o parte significada de los bienes y derechos integrados en el activo de la concursada, pero que no sería por si sola apta para la actividad productiva al faltar los elementos esenciales [materiales, personales y/o inmateriales] para la continuación de la actividad empresarial tal y como venía gestándose.

De la lectura del artículo 149 de la LC resulta la diferencia entre los conceptos de unidad productiva, enajenación unitaria y venta en globo. Así, la enajenación unitaria viene referida en el artículo 149.1.1º, cuando recoge como regla general supletoria que “*El conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes o de servicios pertenecientes al deudor se enajenará como un todo*”.

Al respecto, el auto del juzgado de lo mercantil nº 6 de Madrid de 8 de marzo de 2016 señala que “*Para finalizar de delimitar el concepto de unidad productiva y su transmisión, debe distinguirse tal venta o transmisión de unidad productiva de la denominada "venta en globo" o transmisión unitaria de un completo patrimonio, entendiendo por tal la enajenación de la totalidad o parte significada de los bienes y derechos integrados en el activo de la concursada, pero que no sería por si sola apta para la actividad productiva al faltar los elementos esenciales [materiales, personales y/o inmateriales] para la continuación de la actividad empresarial tal y como venía gestándose. Pues bien, atendiendo a tales parámetros no puede sino concluirse que en la presente liquidación concursal en la enajenación en conjunto del activo inmobiliario diseñada por la administración concursal, no nos encontramos ante una unidad productiva transmisible, aunque sí ante una venta en globo o de la totalidad del activo inmobiliario. Y ello:*

(i) porque la concursada, dedicada según su objeto social a la promoción de viviendas, a la urbanización de terrenos y a la enajenación de los inmuebles resultantes, cesó en su actividad empresarial en el año 2009, hasta el punto [-tal como afirma el informe provisional-] que desde dicha fecha no ha promocionado inmueble alguno, limitándose a su mera tenencia,

a la enajenación aislada de algún inmueble y a la renegociación de la abultada financiación utilizada para las promociones ya ejecutadas;

(ii) porque los inmuebles cuya venta unitaria se pretende no presentan elementos de cohesión, de uniformidad o de coherencia en una determinada actividad empresarial, tratándose de bienes ubicados en distintas partes del territorio nacional; unos finalizados y otros sin promocionar; unos vivienda finalizada y otros solares; unos de naturaleza urbana y otros rústica; por lo que dotar a los mismos de una inter-dependencia a los fines de vincular a su adquirente de una obligada continuidad empresarial aparece injustificado, en cuanto se identifica con las actividades empresariales nacidas de la adquisición separada o individualizada de cada inmueble;

y (iii) porque lo transmitido no adiciona elementos inmateriales y/o personales característicos y esenciales de una unidad productiva que permitan la continuidad o reanudación de la actividad empresarial; identificándose tales elementos con los propios activos transmitidos".

En definitiva, el concepto de venta unitaria engloba la totalidad de los activos de la concursada; el de venta de unidad productiva el conjunto de elementos que, englobe o no la totalidad de los bienes y derechos de la concursada, permiten desarrollar una actividad económica autónoma; y el de venta en globo, el conjunto de elementos que, sin englobar la totalidad de los bienes y derechos de la concursada, no permiten tampoco desarrollar una actividad económica autónoma.

1.2. La fijación del perímetro de la transmisión.

Sea cual fuere el método previsto para la enajenación de la unidad productiva, en todo caso está presente la exigencia de concreción del objeto de la transmisión. A nivel contractual, el Código Civil exige que el objeto de los contratos sea cierto y determinado (arts. 1261 y 1273), lo que se reitera en el art. 1445 para la compraventa. Esta exigencia de que el objeto del contrato de compraventa de unidad productiva esté determinado impone su concreción previa a la perfección del negocio jurídico transmisor. Se plantea con frecuencia la cuestión práctica atinente al momento en el que debe definirse el perímetro, en concreto si es preciso hacerlo en el plan de liquidación, lo que plantea un problema, pues puede suceder que la previsión de la administración concursal sobre la composición de la unidad productiva no sea coincidente con el interés de los eventuales compradores, lo que, dejando a salvo aquellos supuestos en los que resulta posible y sencillo deslindar con nitidez aquellos activos que resultan precisos para el desarrollo de la actividad de aquellos otros que no, aconseja dotar de cierta flexibilidad al proceso de concreción de ofertas, y que una vez que la administración concursal cuente con una o varias ofertas sobre un conjunto homogéneo de activos, se concreten estos con anterioridad a la apertura del trámite de audiencia y mejora. Buen ejemplo de la dificultad que entraña la delimitación del perímetro lo representa el supuesto analizado en la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 3 de julio de 2017, en el que el plan de liquidación aprobado incluía en el perímetro las participaciones de la concursada en otra sociedad, pese a que se trata de un activo que de ordinario se excluye del perímetro.

La delimitación más común comprendería los bienes inmuebles que se transmiten; la maquinaria, utillaje y vehículos; los derechos de propiedad industrial; los contratos que se ceden al adquirente, incluyendo los contratos de trabajo en que se va a subrogar; así como las licencias y autorizaciones administrativas vinculadas a la unidad productiva. De ellos, sin duda, el aspecto más conflictivo de la delimitación del perímetro es el que concierne a los contratos de trabajo. Al respecto, el artículo 146 bis de la LC sienta en su apartado 1 como premisa que “*En caso de transmisión de unidades productivas, se cederán al adquirente los derechos y obligaciones derivados de contratos afectos a la continuidad de la actividad profesional o empresarial cuya resolución no hubiera sido solicitada. El adquirente se subrogará en la posición contractual de la concursada sin necesidad de consentimiento de la otra parte*”. No obstante, en su apartado 3 excluye a los “*contratos en los que el adquirente haya manifestado expresamente su intención de no subrogarse*”, mas “*sin perjuicio, a los efectos laborales, de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores en los supuestos de sucesión de empresa*”.

En suma, parece claro que deben delimitarse con claridad los contratos de trabajo en los que se subroga el adquirente, al igual que los restantes elementos que integran la unidad productiva. Pero el planteamiento choca con las restricciones que al respecto ha venido introduciendo el Tribunal Supremo (Sala 4ª) acerca de la competencia del juez del concurso para pronunciarse acerca de la concurrencia o no de sucesión de empresa, lo que le privaría de la facultad de decidir cuáles sean los contratos de trabajo que, por no integrar la unidad productiva, quedan excluidos de la venta. Al respecto, la STS de 11 de enero de 2017 expresa que “*La jurisdicción social es competente para resolver si ha existido sucesión de empresa cuando bienes de la empresa son adquiridos por un tercero ajeno al concurso. En el RCUD se cuestiona la competencia de la jurisdicción social para resolver sobre la ejecución de la condena al pago de determinada cantidad, derivada de obligaciones laborales, a una empresa en situación de concurso, cuando la misma ha sido liquidada y su patrimonio adjudicado, como unidad productiva en funcionamiento, a una tercera empresa frente a la que se pretende la ejecución de la anterior condena, como sucesora de la concursada con los efectos del art. 44 del ET. En definitiva, el problema a resolver es determinar si ha existido sucesión de empresa y si la adjudicataria de los bienes de la concursada se ha subrogado en las obligaciones laborales que tenía la misma. La Sala afirma que la jurisdicción social es competente, porque en la resolución del problema se encuentra implicada la recurrente, quien no ha sido parte en el proceso concursal, ni como deudora ni como acreedora, pero, como adquirió bienes de la concursada que pudieran constituir una unidad productiva autónoma, pudiera venir obligada a subrogarse en ciertas obligaciones laborales de la concursada. Tal decisión viene avalada por la doctrina contenida en la STS 29-10-14 (rec 1573/14) y en los AATS 09-12-15 (conflicto 25/15) y 09-03-16 (conflicto uno/16)*”.

En sentido contrario, la sentencia del a Audiencia Provincial de Álava de 31 de marzo de 2016 expresa las siguientes conclusiones:

“1).- *El art. 5 de la Directiva 2001/23/CE y la interpretación que del mismo hace el reciente ATJUE de 28 de enero de 2015, parte de un principio general y básico y es que cuando se vende una unidad productiva en un proceso de insolvencia, el comprador adquiere dicha unidad libre de cargas y gravámenes.*

2).- Solo si hay una norma nacional expresa, se puede imponer al comprador la asunción de determinadas deudas respecto de los trabajadores, pudiendo la norma nacional decir si solo es respecto de los que te quedas o también, de los restantes y lo mismo, en cuanto al alcance en la subrogación de la deuda generada frente a la TGSS.

3).- El actual art. 149.4 LC tan solo dice que cuando se vende una unidad productiva, hay sucesión de empresas a efectos laborales y de la Seguridad Social, pero no expresa si se refiere a la deuda generada con los trabajadores que te quedas o también de los restantes. Una regla de la lógica y de sentido común es que "donde la ley no distingue tampoco nosotros debemos distinguir"

4).- Como no distingue, tenemos que interpretar la normativa nacional a la luz de la directiva comunitaria que habla de "contrato de trabajos en vigor" al tiempo de la venta ("contrato de trabajo o en una relación laboral existentes en la fecha del traspaso"), por lo que solo se está refiriendo a los contratos de trabajo en los que se subroga el adquirente, no de los restantes.

5).- La sucesión de empresas "a efectos laborales y de la Seguridad Social" solo se predica respecto de los contratos de trabajo en vigor en los que se subroga el adquirente; no así respecto de las deudas laborales y de la Seguridad Social que la concursada pudiera tener frente al resto de trabajadores no subrogados pues para ello sería necesario que la ley así lo dijera expresamente; esto es, que obligara al comprador a asumir todo el pasivo laboral y de la Seguridad Social tanto de los trabajadores subrogados como no subrogados, lo que no es el caso, por lo que debe aplicarse una interpretación restrictiva del precepto, acorde con los principios comunitarios".

En definitiva, parece admisible que el juez del concurso pueda delimitar el perímetro laboral, es decir, los concretos contratos de trabajo de la concursada en los que, por venir afectos a la específica actividad empresarial que el adquirente proyecta desarrollar con los activos transmitidos, este debe subrogarse, de manera que sobre los restantes proceda la tramitación de un expediente de despido colectivo, y que las deudas relativas a estos no sean asumidas por el adquirente. Dicho planteamiento no vulnera la atribución competencial señalada por la Sala Cuarta del TS, porque los trabajadores excluidos siempre podrían acudir a los órganos de la jurisdicción social alegando que su contrato venía afecto a la actividad desarrollada por la concursada, y era razonable su continuación en un escenario de transmisión de la unidad productiva.

2. PROCEDIMIENTOS DE VENTA.

La transmisión de una unidad productiva puede hacerse efectiva a través de diferentes modalidades, pero que en todo caso recaen sobre un objeto complejo. Puede tener lugar a través de subasta, mediante auto de aprobación del remate y posterior decreto de adjudicación una vez abone la rematante la parte restante del precio, o bien puede tener lugar mediante contrato entre la administración concursal (o la concursada) y la adquirente, con o sin autorización judicial.

2.1. Momentos:

a) Antes del concurso.

Evidentemente, con anterioridad a la declaración de concurso el deudor mantiene en principio intactas sus facultades de gestión y administración, de manera que ningún impedimento existe a la venta. No obstante, dos son los problemas que plantea la venta en este momento si después la sociedad es declarada en concurso. En primer lugar, que la venta puede ser objeto de una acción de rescisión si la operación puede calificarse de perjudicial para el concurso, lo que resultará especialmente factible en aquellos supuestos en los que el comprador resulte ser una persona especialmente relacionada con la concursada. El riesgo de que esta situación pueda producirse justifica ponderar como mejor opción la venta una vez declarado el concurso. El segundo problema que puede aconsejar la venta dentro del concurso, con preferencia a la venta anterior a este, es que de acuerdo con el artículo 160 de la LSC la enajenación de activos esenciales y la cesión global de activo y pasivo son competencia exclusiva de la junta general, situación que en principio varía dentro del concurso, en el que puede estimarse que la citada norma no resulta de aplicación.

b) Con la solicitud de declaración.

El artículo 190 de la LC expresa en su apartado 2 que el juez podrá también aplicar el procedimiento abreviado cuando el deudor presente propuesta anticipada de convenio o una propuesta de convenio que incluya una modificación estructural por la que se transmita íntegramente su activo y su pasivo. Y en su apartado 3 añade que el juez aplicará necesariamente el procedimiento abreviado cuando el deudor presente, junto con la solicitud de concurso, un plan de liquidación que contenga una propuesta escrita vinculante de compra de la unidad productiva en funcionamiento o que el deudor hubiera cesado completamente en su actividad y no tuviera en vigor contratos de trabajo.

Por su parte, el artículo 191 ter de la LC expresa que en el auto por el que se apruebe el plan de liquidación el juez podrá acordar la resolución de los contratos pendientes de cumplimiento por ambas partes, con excepción de aquellos que se vinculen a una oferta efectiva de compra de la unidad productiva o de parte de ella. Y añade en su apartado 4 que en el caso de transmisión de unidades productivas, se tendrán en cuenta las especialidades previstas en los artículos 146 bis y 149.

Aplicando literalmente el apartado segundo del 191 ter LC, abierta la fase de liquidación el secretario judicial dará traslado del plan de liquidación y de la oferta vinculante de compra de unidad productiva presentada por el deudor para que sea informada en plazo de diez días por el administrador concursal y para que los acreedores puedan realizar alegaciones.

No obstante, se postula una manera de actuar más prudente, que previamente al inicio del proceso de venta con la apertura de la liquidación, se dé traslado a la administración concursal para que informe sobre la procedencia y viabilidad de la oferta vinculante presentada. Si dicho informe es positivo y favorable se abriría la liquidación y se iniciarían todo el trámite y proceso público de venta de la unidad productiva, una vez aprobado el plan de liquidación. Si el informe, en cambio, fuera negativo o desfavorable, siempre se podría diferir o retomar el inicio del proceso de venta en un momento posterior. Además, de procederse de esta última forma, se daría tiempo a que los acreedores y los representantes de los trabajadores pudieran realizar alegaciones tanto en relación con el plan de liquidación presentado como de la oferta vinculante de venta de unidad productiva acompañada.

c) En fase común.

El artículo 43.4 de la LC, tras recoger las reglas que han de observarse para la venta de bienes o derechos titularidad de la concursada durante la fase común, expresa que “En el caso de transmisión de unidades productivas de bienes o servicios pertenecientes al concursado se estará a lo dispuesto por los artículos 146 bis y 149”.

Como causas justificativas de la venta de la unidad productiva en un momento tan inicial del concurso, y no en liquidación, pueden enumerarse la obtención de un mejor precio en este momento, la posible devaluación de la unidad productiva con el paso del tiempo, riesgo de pérdida de puestos de trabajo, pérdida de interés de posibles compradores, garantizar la continuidad de la actividad productiva o, en definitiva, las tensiones de tesorería para proseguir con la actividad de la empresa.

d) En convenio.

La dificultad reside en la previsión contenida en el artículo 100.3 de la LC, en cuya virtud “En ningún caso la propuesta podrá consistir en la liquidación global del patrimonio del concursado para satisfacción de sus deudas”. No obstante, previamente, el apartado 2 expresa que “podrán incluirse en la propuesta de convenio proposiciones de enajenación, bien del conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a su actividad empresarial o profesional o de determinadas unidades productivas a favor de una persona natural o jurídica determinada, que se regirán por lo dispuesto en el artículo 146 bis. Las proposiciones incluirán necesariamente la asunción por el adquirente de la continuidad de la actividad empresarial o profesional propia de las unidades productivas a las que afecte. En estos casos, deberán ser oídos los representantes legales de los trabajadores”.

Y si bien la norma exceptúa al convenio de asunción de la prohibición de liquidación global del patrimonio del deudor, lo cierto es que no introduce la exigencia de garantías de cumplimiento del compromiso. Y resulta cuestionable que el incumplimiento de las obligaciones asumidas por el comprador constituya incumplimiento del convenio, dado que no se trata de las obligaciones asumidas por el concursado. Al respecto, la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 25 de junio de 2012 explica que “el convenio, según el sentir jurisprudencial, es una verdadera ley pactada, un negocio jurídico “sui generis” que se asemeja a los de naturaleza contractual, es un negocio jurídico complejo en que se integran factores contractuales y procesales, de interés privado o público -respectivamente-, a través del cual los créditos experimentan una especie de novación (SS. 6 julio 1914, 20 noviembre 1928, 30 noviembre 1958, 30 mayo 1959, 15 febrero 1962, 4 julio 1966 y 27 febrero 1993. Y esa naturaleza predominantemente contractual trae el obligado y natural corolario, extraíble

de los arts. 1255 y 1257 del CCart.1255 EDL 1889/1 art.1257 EDL 1889/1 , de que el convenio sólo afecta a los que lo suscribieron, es decir, al deudor suspenso, por una parte, y a los acreedores que Intervinieron, o se les dio la posibilidad, al menos, de intervenir en el expediente, según ya dijo esta AP en SS de 11 de abril de 1997".

Llama la atención que, a diferencia de la previsión de venta en la fase común del art. 43.4 LC o de oferta vinculante de venta del art. 191 ter LC, donde la remisión se realiza tanto al art. 146 bis como al art. 149 LC, en este caso, de venta en fase de convenio, la remisión es solo al primero y se obvia el segundo. Lo cual, en principio, podría entenderse desde la lógica de la incompatibilidad entre el convenio y la liquidación. Ahora bien, la duda que puede plantearse es si a una venta de unidad productiva en fase de convenio le serían aplicables las normas del proceso de venta que recoge el 149 LC en su apartado tercero (identificación del oferente y su solvencia, designación de los bienes y derechos incluidos en la oferta, precio ofrecido, etc.), si bien la propia tramitación de la aprobación de la propuesta de convenio parece excluir su aplicación. En todo caso debe entenderse que el momento en el que se autoriza la trasmisión de la unidad productiva es la sentencia que aprueba el convenio. Cabe entender asimismo, pues así lo apoya la dicción literal de la norma, que es también posible la venta del conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a su actividad empresarial o profesional, y no sólo de "determinadas unidades productivas".

La redacción anterior del artículo 100.2 LC incluía en su último apartado, la necesaria asunción por el adquirente de la continuidad de la actividad de la unidad productiva transmitida, "y del pago de los créditos de los acreedores, en los términos expresados en la propuesta de convenio". En la redacción actual ha desaparecido toda referencia al pago de los créditos de los acreedores. Ahora bien, esa supresión no debe interpretarse como una exoneración a favor del adquirente del pago de todos los créditos de todos los acreedores, pues no podrá evitar ni eludir la subrogación del crédito legal: deudas laborales y de la seguridad social, la sucesión de empresa, ex art. 149.4 LC.

Asimismo, plantea problemas la mención incluida en el art. 100.2 LC cuando señala que "las proposiciones incluirán necesariamente la asunción por el adquirente de la continuidad de la actividad empresarial o profesional propia de las unidades productivas a las que afecte", con lo que podría entenderse que se excluye el que el comprador pueda variar el objeto de la actividad de la unidad productiva que adquiere. No obstante, la norma habrá de interpretarse de forma laxa, pues debe estarse a la finalidad pretendida del artículo, de mantener y dar continuidad a una actividad empresarial.

e) En liquidación.

Sin duda es el supuesto más habitual en la práctica, por razón de los beneficios asociados a la venta de la unidad productiva libre de cargas

2.2. Método: venta directa vs subasta.

a) Cuándo elegir uno u otro.

En la mayoría de los planes de liquidación se afirma sin ambages que la venta directa, de cualesquiera activos, resulta siempre más beneficiosa para el concurso que la subasta por razón de la pérdida de valor supuestamente asociada a la subasta. No obstante, la práctica viene demostrando lo contrario, pues la subasta se ha venido mostrando como el método más

rentable para el concurso, siempre que se trate de activos viables, por razón de la unidad de acto, que evita comportamientos oportunistas por parte de los interesados. No obstante, es cierto que la venta directa permite un mayor margen de flexibilidad que la subasta, y en concreto permite pactar con los acreedores privilegiados la entrada de numerario en la masa más allá de la parte que les corresponda a estos percibir del precio.

En todo caso, la experiencia enseña que el método más fructífero es el establecimiento de un sistema mixto, en el que la administración concursal pueda solicitar autorización para la venta directa a un primer oferente que reúna los requisitos indicados por la administración concursal, y abrir la posibilidad de presentación de mejoras, en cuyo caso habría de celebrarse una subasta. Sobre si esta debiera ser abierta a cualquier oferente, o por el contrario cerrada a los que hubieran presentado ofertas en el plazo concedido, debe indicarse en primer lugar que la “licitación entre los oferentes” a que se refiere el artículo 155.4 LC no resulta de imperativa aplicación a la venta de unidad productiva, sino únicamente a la de activos sujetos (íntegramente) a privilegio especial. No obstante, aunque la apertura de la subasta a cualquier interesado podría redundar en una mayor participación en ella, y por tanto en mayores posibilidades de obtención de un precio superior, lo cierto es que también favorece comportamientos oportunistas, y además resulta injusto conferir el mismo trato a quien ha presentado oferta en plazo y a quien no lo ha hecho. Además, el interés del concurso no siempre justifica cualquier decisión que pueda adoptarse en el mismo, pues se corre el riesgo de vulnerar expectativas legítimamente obtenidas de acuerdo con las normas de aplicación al proceso liquidatorio. Por todo ello en principio debe considerarse como fórmula óptima de enajenación la venta directa sujeta a trámite de autorización judicial y apertura de plazo para la presentación de mejoras, con subasta cerrada a los ofertantes en caso de verificarse aquellas.

b) Cómo hacer la subasta (en el notario, en el despacho, subasta electrónica).

Desde luego la mejor solución es la materialización de la venta en presencia de un fedatario público, ya sea notario ya sea letrado de la Administración de Justicia, con el fin de evitar las acusaciones que con cierta frecuencia se arrojan sobre las administraciones concursales en relación con la pulcritud del proceso de venta. La subasta no tiene por qué seguir las disposiciones establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil para el procedimiento de apremio, pues el artículo 149.2 de la LC establece de manera expresa que ello sólo será así en defecto de previsión al respecto en el plan de liquidación, lo que supone que puede arbitrarse la subasta en los términos que la administración concursal estime oportunos, siempre y cuando se recojan en el plan de liquidación y este resulte aprobado en dicho extremo en el auto correspondiente del juez del concurso. Por ello, la subasta judicial no tiene porqué ser necesariamente subasta electrónica. De hecho, esta última resulta inadecuada para la venta de unidades productivas, en la medida en que la configuración del portal de subastas viene predeterminada de manera exclusiva para el supuesto de venta de bienes concretos.

c) Condiciones más adecuadas para regular uno y otro método. Constancia en el plan de liquidación.

Atendidas las dificultades asociadas a la subasta electrónica de unidades productivas, y visto que la remisión contenida en el artículo 149 de la LC a las disposiciones establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil para el procedimiento de apremio sólo resulta de aplicación a falta de previsión al respecto en el plan de liquidación, desde luego resulta oportuno incluir en este una regulación del procedimiento de venta que, en caso de consistir total o parcialmente en el

procedimiento de subasta, eluda el procedimiento de subasta electrónica recogido en la LEC, sin perjuicio de que puedan resultar de aplicación las restantes reglas contenidas para la subasta en la Ley procesal.

Cabe preguntarse si pese a la falta de previsión en el plan de liquidación de una modalidad de venta diferente de la subasta regulada en la LEC, puede proponerse con posterioridad. Al respecto, debe sentarse que si bien la modificación del plan de liquidación no está prevista en la LC, tampoco está prohibida, y además la dificultad de previsión de los eventos que en relación con la liquidación de los activos puedan acontecer en el desarrollo del proceso hacen la misma aconsejable con frecuencia. No obstante, la modificación habrá de seguir los mismos trámites recogidos en la LC para la aprobación del plan de liquidación, y la decisión que se adopte debe quedar sometida al mismo régimen de recursos que la resolución inicial, lo que podría desincentivar ofertas, situación que precisamente trata de evitar el artículo 149 cuando cierra el recurso a la resolución por la que se acuerde o autorice la venta. Y desde luego, la modificación no podría desconocer expectativas adquiridas legítimamente por terceros de acuerdo con el plan de liquidación inicialmente aprobado, lo que podría evitarse mediante la introducción de una previsión al respecto en el plan original que contemple la posibilidad de su modificación con independencia del estado en el que se encuentre el proceso de venta.

d) La subasta “en la forma prevista en la LEC”.

Como se ha visto, tras la reforma operada en la LEC por la Ley 19/2015, de 13 de julio, se suprime la subasta presencial, y pasa a desarrollarse de forma electrónica. El anuncio de la convocatoria debe publicarse en el BOE (limitado a fecha, Oficina judicial ante la que se sigue el procedimiento, su número de identificación y clase, así como la dirección electrónica que corresponda a la subasta en el Portal de Subastas) y en el portal de subastas del Ministerio de Justicia, que habrá de expresar las condiciones generales y particulares de la subasta y de los bienes a subastar, así como cuantos datos y circunstancias sean relevantes para la misma, y necesariamente el avalúo o valoración del bien o bienes objeto de la subasta que sirve de tipo para la misma. Precisamente la necesidad de concreción de los bienes a subastar, sin posibilidad de remisión al perímetro recogido en el informe de la AC o en el plan de liquidación aprobado, hace especialmente inhábil el procedimiento de subasta electrónica para la venta de unidades productivas, al no permitir el portal las remisiones indicadas. En todo caso, el artículo 648 de la LEC prevé que el ejecutante, el ejecutado o el tercer poseedor, si lo hubiere, podrán, bajo su responsabilidad y, en todo caso, a través de la oficina judicial ante la que se siga el procedimiento, enviar al Portal de Subastas toda la información de la que dispongan sobre el bien objeto de licitación, procedente de informes de tasación u otra documentación oficial, obtenida directamente por los órganos judiciales o mediante Notario y que a juicio de aquéllos pueda considerarse de interés para los posibles licitadores. También podrá hacerlo el Secretario judicial por su propia iniciativa, si lo considera conveniente.

La subasta se abrirá transcurridas, al menos, veinticuatro horas desde la publicación del anuncio en el “Boletín Oficial del Estado”, cuando haya sido remitida al Portal de Subastas la información necesaria para el comienzo de la misma. Para poder participar en la subasta electrónica, los interesados deberán estar dados de alta como usuarios del sistema. Las pujas se enviarán telemáticamente a través de sistemas seguros de comunicaciones al Portal de Subastas, que devolverá un acuse técnico, con inclusión de un sello de tiempo, del momento exacto de la recepción de la postura y de su cuantía. Serán admisibles posturas por importe superior, igual o inferior a la más alta ya realizada, entendiéndose en los dos últimos supuestos que consienten desde ese momento la reserva de consignación y serán tenidas en cuenta para

el supuesto de que el licitador que haya realizado la puja igual o más alta no consigne finalmente el resto del precio de adquisición. En el caso de que existan posturas por el mismo importe, se preferirá la anterior en el tiempo. El portal de subastas sólo publicará la puja más alta entre las realizadas hasta ese momento.

La subasta admitirá posturas durante un plazo de veinte días naturales desde su apertura. La subasta no se cerrará hasta transcurrida una hora desde la realización de la última postura, siempre que ésta fuera superior a la mejor realizada hasta ese momento, aunque ello conlleve la ampliación del plazo inicial de veinte días a que se refiere este artículo por un máximo de 24 horas. En la fecha del cierre de la subasta y a continuación del mismo, el Portal de Subastas remitirá al Secretario judicial información certificada de la postura telemática que hubiera resultado vencedora, con el nombre, apellidos y dirección electrónica del licitador. En el caso de que el mejor licitador no completara el precio ofrecido, a solicitud del Secretario judicial, el Portal de Subastas le remitirá información certificada sobre el importe de la siguiente puja por orden decreciente y la identidad del postor que la realizó, siempre que este hubiera optado por la reserva de postura a que se refiere el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 652. Terminada la subasta y recibida la información, el Secretario judicial dejará constancia de la misma, expresando el nombre del mejor postor y de la postura que formuló.

3. EFECTOS.

3.1. El consentimiento de los acreedores privilegiados: el art. 155.4 y la reciente STS de 21.11.17.

El artículo 149.1 de la LC, en su redacción vigente afectada por la relevante reforma operada por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, expresa 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:

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”.

Una lectura literal de la norma lleva a considerar que, en un escenario de liquidación, en caso de transmitirse los bienes afectos a crédito privilegiado especial sin subsistencia de la garantía, si el precio a percibir por los acreedores privilegiados no alcanza el valor de la garantía, únicamente será preciso el consentimiento del 75% de los créditos titulados por estos, si bien exclusivamente respecto de aquellos que hubiesen iniciado la ejecución de su crédito con anterioridad a la declaración de concurso, pues en otro caso el artículo 57.3 de la LC habrían perdido el derecho de ejecución separada con la apertura de la liquidación.

No obstante, la cuestión ha sido objeto de una interpretación correctora, de la que es muestra el auto del juzgado de lo mercantil nº 1 de Oviedo de 16 de octubre de 2017, que expresa que *“Respecto del cómputo del quórum de acreedores con privilegio especial con derecho de ejecución separada a que se refiere el art. 149.2, para el caso de transmisión sin subsistencia de la garantía, dispone que si el precio a percibir no alcanzase el valor de la garantía, calculado conforme a lo dispuesto en el artículo 94 será necesario que manifiesten su conformidad a la transmisión los acreedores con privilegio especial que tengan derecho de ejecución separada, que representen al menos el 75 por ciento del pasivo de esta naturaleza afectado por la transmisión y que pertenezcan a la misma clase, según determinación del artículo 94.2. La expresión utilizada por el legislador debe quedar reducida a aquellos*

acredores que, habiendo tenido, abstractamente, la posibilidad de iniciar o proseguir una ejecución separada (no todos los privilegiados del art. 90 tienen ese derecho), no lo hubieren hecho, porque de haberlo hecho antes de la apertura de la liquidación no forman parte de la masa activa ni pueden ser compelidos manu militari a integrar una UP; recordemos que no habrán de incluirse en el plan los bienes sujetos a garantía real cuando la misma se esté sustanciando fuera del concurso (artículo 57.3 a contrario sensu) [AAP de Barcelona, Sección 15^a, de 11 de febrero de 2014 y AAP de Murcia, Sección 4^a, de 9 de julio 2015]. Esta es la posición que parece desprenderse del AAP de Murcia, Sección 4^a, de 16 de marzo de 2017 cuando afirma que “[n]o cabe reducir (el quórum) al que efectivamente haya ejecutado ese derecho de ejecución separada (como hace el plan), pues tal ejecución previa al plan lo que implica es la exclusión de ese activo del plan y su tramitación en pieza separada (art. 57 LC)”.

Asimismo, la STS de 21 de noviembre de 2017, si bien en el contexto de la resolución de un recurso interpuesto contra una resolución de la DGRN, aborda el tema y expresa que “*La norma reconoce una participación a los acreedores con privilegio especial que conlleva un derecho de ejecución separada (al margen de cómo se encuentran afectados en la práctica por lo previsto en los arts. 56 y 57 LC), cuando la enajenación de la unidad productiva afecte al bien gravado, y el precio asignado no cubra el valor 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”.*

3.2. La sucesión de empresa. El estado de la cuestión. La última jurisprudencia de la Sala de lo Social del TS.

De conformidad con la STS, Sala 4^a, de 5 de julio de 2017, “*la competencia para resolver esa cuestión es de esta jurisdicción social, porque en la resolución de ese problema se encuentra implicada la recurrente, quien no ha sido parte en el proceso concursal, ni como deudor ni como acreedor, al haberse limitado a comprar una unidad productiva de la concursada, razón por la que su relación con el concurso de acreedores se ha limitado a la compra de un activo de la masa. Así lo entendió esta Sala en su sentencia de 29 de octubre de*

2014 (Rec. 1573/2013) en la que dijo: «En definitiva, sean cuales sean las circunstancias en las que se ha desarrollado la extinción colectiva de los contratos de los trabajadores en el marco de un concurso de acreedores de una empresa, así como la liquidación de los bienes de ésta, la cuestión de si posteriormente se ha producido o no una sucesión empresarial (art. 44 ET) es competencia de la jurisdicción social».

Esta solución ha sido seguida, igualmente, por la Sala Especial de Conflictos de Competencia del art. 42 de la LOPJ en sus Autos de 9 de diciembre de 2015 (Conflictos 25/2015) y de 9 de marzo de 2016 (Conflictos 1/2016), dictados en supuestos como el que nos ocupa, resoluciones en las que se ha declarado que cuando se acciona contra sociedades diferentes de la concursada en liquidación, sin que se encuentren en situación de concurso, la competencia corresponde a la jurisdicción social. En estas resoluciones se afirma que la competencia atribuida al juez del concurso cede en favor de los órganos de la jurisdicción social cuando: «1. La acción ejercitada, de ser estimada, llevaría aparejada la condena de diversos sujetos que no son parte en el procedimiento concursal, en el que intervienen la entidad concursada [cualquiera de ellas puesto que son varias, no todas, en este caso], como deudoras, y los acreedores. (...) Este análisis ya ha sido abordado previamente por la doctrina de esta sala, que, con ocasión de la interpretación del incidente concursal laboral contemplado en el artículo 64.10 de la LC, en los autos 24/2011, de 6 de julio (conflicto 23/2010) y 30/2011, de 6 de julio (conflicto 19/2011), se declaró que el juez del concurso es excepcionalmente competente para conocer de las acciones individuales de extinción del contrato de trabajo, pero solo cuando reúnen acumulativamente determinados requisitos, entre los que se encuentra que la acción se dirija «contra el concursado, ya que de dirigirse contra un grupo empresarial generador de responsabilidad solidaria cuyos integrantes no están declarados en situación concursal, como afirma el auto 17/2007, de 21 de junio (conflicto 11/2007), posteriormente reiterado entre otros en el 117/2007, de 30 de noviembre».

No obstante, la cuestión no está totalmente cerrada. De hecho no se ha pronunciado la Sala Primera, y las resoluciones de la Sala Especial de Conflictos a las que alude la Sala Cuarta se refieren no a la sucesión de empresa, sino al grupo de empresas, que además aplican el artículo 64 de la LC en su redacción anterior a la reforma operada por la Ley 38/2011. A ello debe añadirse que la doctrina referida descansa en un presupuesto que bien puede no concurrir, como es la falta de personación del comprador. De hecho cada vez resulta más frecuente tal personación, incluso desde el momento de la apertura de la liquidación, y hasta en un tiempo anterior.

Al respecto, el auto de la Audiencia Provincial de Álava de 18 de mayo de 2016, que determina la competencia exclusiva y excluyente del Juez Mercantil en esta materia a pesar de la referida resolución de la Sala 4^a del TS, dice de esta que “no explica las razones por las que sostiene que la competencia para resolver sobre sucesión de empresa en caso de venta en un procedimiento concursal, es de la jurisdicción social” y añade que “En efecto, el art. 86 ter 1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), dispone “en todo caso, la jurisdicción del juez del concurso será exclusiva y excluyente en las siguientes materias: [...] 3.^º Toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado”, lo que reitera el art. 8.3^º LC. Pese a lo que aduce la recurrente, el juez del concurso tiene competencia objetiva para hacer tal declaración. La STS 29 octubre 2014, Sala 4^a, rec. 1573/2013 no pone fin a la cuestión, porque su FJ 5^º no explica las razones por las que sostiene que la competencia para resolver sobre sucesión de empresa en caso de venta en un procedimiento concursal, es de la jurisdicción social. No hay otra sentencia semejante que permita apreciar jurisprudencia asentada, aunque existan resoluciones de Sala de Tribunal Superior que citen la mencionada sentencia. Las específicas y concluyentes previsiones de los arts. 86 ter 1 LOPJ y 8 LC, reservan al juez del

concurso, también integrado en el orden jurisdiccional social, la competencia exclusiva y excluyente de cuanto tenga que ver con la ejecución del patrimonio del deudor concursado, uno de cuyos cauces específicamente disciplinado en la Ley Concursal (arts. 146 bis y 149) es la transmisión de empresa o unidad productiva, que puede regularse en el plan de liquidación a que se refiere el art. 148 LC”.

3.3. El reparto del precio obtenido.

El artículo 149.2 a) de la LC expresa que “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”.

El problema que plantea la norma es cuál sea el concepto de precio que ha de manejarse en la venta de la unidad productiva, pues las posturas oscilan entre planteamientos rigoristas que únicamente contemplan como precio la suma que ingresa en la masa del concurso, hasta otros laxos que equiparan a precio no solamente esta, sino también cualesquiera otros conceptos que asuma el adquirente. Así, el auto del juzgado de lo mercantil nº 3 de Barcelona de 23 de marzo de 2015, identifica precio con “beneficio obtenido para la masa” e incluye en el mismo a efectos del art. 149.2 el dinero abonado en efectivo, las cantidades retenidas para subrogaciones legales, la asunción de obligaciones con terceros, la renuncia a créditos titulados por el adquirente, o los gastos de mantenimiento de la actividad. Probablemente el planteamiento más ajustado a los principios que inspira la LC sea una postura intermedia, en virtud de la cual pueda ser tenido como precio, además de la suma que ingresa en la masa del concurso, el ahorro que la venta pueda representar a aquella (por ejemplo, indemnizaciones por despido que no se generarán, siempre y cuando exista masa activa suficiente para asumirlas).

3.4. El pago con subrogación y la posibilidad de alterar orden de pagos para favorecer la transmisión (pago preferente del CM del inversor).

El mantenimiento del negocio pasa en ocasiones necesariamente por el de ciertos proveedores que a la vez son acreedores de la concursada, pero cuyos créditos no van a ser satisfechos con el precio abonado por la compradora. En principio el cambio de manos de la unidad productiva constituirá una buena noticia para ellos, pues podrán retomar una relación comercial rentable, aún cuando no puedan recuperar sus créditos. No obstante, puede suceder que por la política de empresa de los proveedores, o por consecuencia de la aplicación de normas reguladoras de su actividad, exijan el pago como condición de continuidad de la relación comercial con la adquirente, lo que puede redundar en una reducción del precio en el mismo importe con el fin de pagar a aquellos proveedores. La situación descrita constituye de facto una alteración del orden legal de pagos recogido en los artículos 154 y siguientes de la LC.

Sobre el particular, el artículo 157.1 de la LC dispone que “El juez, a solicitud de la administración concursal, en casos excepcionales podrá motivadamente autorizar la

realización de pagos de créditos ordinarios con antelación cuando estime suficientemente cubierto el pago de los créditos contra la masa y de los privilegiados". Pero cuando no se dé esta última condición, sin duda el precio se reducirá, aún de forma oculta.

Al respecto, el auto del juzgado de lo mercantil de Oviedo de 16 de octubre de 2017 expresa: "*Hemos de partir de un dato inicial, cual es que en liquidación se adquieren activos, no pasivos (AAP de Madrid, Sección 28ª, de 16 de noviembre de 2015, AJM nº 1 de Alicante de 13 de marzo de 2015 [JUR 2015, 96236]); más esta afirmación requiere alguna precisión adicional cuando se una unidad productiva se trata, ya que el art. 146 bis.4, al tiempo que afirma que la transmisión no llevará aparejada obligación de pago de los créditos no satisfechos por el concursado, ya sean concursales o contra la masa, precisa que esa exención lo será salvo en caso de asunción, voluntaria o legal (sucesión de empresa). Es evidente que todas las partidas tomadas en consideración por el AJM nº 3 de Barcelona suponen un "coste", pero no todas han de ser "precio", pues los acreedores con privilegio especial sólo deben participar en las partidas de "activo", no en las de "pasivo", pues sólo a aquéllas contribuyen con el valor particular de los bienes afectos; no se advierte qué relación guardan los bienes con privilegio especial con la retención practicada para hacer frente a una contingencia de Seguridad Social o con los gastos de mantenimiento o, en fin, con la renuncia efectuada por el adquirente a los créditos que tenga reconocidos en el concurso. Por tanto, "precio" es el dinero en efectivo que entra en la masa del concurso. En este sentido, el AAP de Álava, Sección 1ª, de 26 de marzo de 2015 (JUR 2015, 107080). Concluido que "coste" y "precio" son magnitudes distintas y no siempre coincidentes, surge la duda de si el oferente puede retener parte del mismo para satisfacer, extra muros del concurso, determinados créditos de acreedores estratégicos, clasificados generalmente como créditos ordinarios cuando el dinero efectivamente ingresado no va a ser suficiente para abonar a los créditos de la misma naturaleza. La respuesta ha de ser negativa: toda liquidación concursal debe respetar el orden de pagos del concurso, sin que quepa que el comprador retenga, a vista, ciencia y paciencia del juez y de la administración concursal parte alguna para satisfacer a acreedores de su elección; lógicamente podrá hacerlo a espaldas de ambos, pero entonces la parte oculta del precio no computará en caso de concurrencia y correrá el riesgo de que se adjudique a un tercero que ofrezca un precio "neto" superior para el concurso (aunque inferior, posiblemente, si lo comparamos con lo que preveía abonar aquel primer oferente, dentro y fuera del concurso)"*".