

REVISTA 2011
JURIDICA II
DE CATALUNYA

**JURISPRUDÈNCIA
CONCURSAL**

(2008-2010)

NÚMERO MONOGRÀFIC

**CRITERIS DELS JUTGES MERCANTILS
DE BARCELONA I DE CATALUNYA EN
MATÈRIA CONCURSAL**

JURISPRUDÈNCIA CONCURSAL
NÚMERO MONOGRÀFIC

**CRITERIOS DE LOS JUECES DE LO MERCANTIL
DE BARCELONA Y DE CATALUÑA EN MATERIA
CONCURSAL**

SUMARIO

	<i>Págs.</i>
1. Tratamiento concursal de los créditos derivados de instrumentos financieros confirmados en el marco de un acuerdo de compensación contractual. <i>Seminario de Jueces de lo Mercantil de Barcelona, de 21 de enero de 2010 y 1 de febrero de 2010</i>	3
2. Pago de créditos contra la masa. <i>Seminario de Jueces de lo Mercantil de Barcelona, de 24 de febrero de 2010 y 15 de abril de 2010</i>	11
3. Contrato de compraventa con precio aplazado dentro del concurso. <i>Seminario de Jueces de lo Mercantil de Barcelona, de 15 de abril de 2010 y 15 de julio de 2010</i>	15
4. Cómputo de plazos. <i>Seminario de Jueces de lo Mercantil de Catalunya, de 23 de marzo de 2011</i>	19
5. Plan y operaciones de liquidación. <i>Seminario de Jueces de lo Mercantil de Catalunya, de 23 de marzo de 2011</i>	25

JURISPRUDENCIA CONCURSAL

NÚMERO MONOGRÁFICO

CRITERIOS DE LOS JUECES DE LO MERCANTIL DE BARCELONA
Y DE CATALUÑA EN MATERIA CONCURSAL

1. TRATAMIENTO CONCURSAL DE LOS CRÉDITOS DERIVADOS DE INSTRUMENTOS FINANCIEROS CONFIRMADOS EN EL MARCO DE UN ACUERDO DE COMPENSACIÓN CONTRACTUAL

SEMINARIO DE JUECES DE LO MERCANTIL DE BARCELONA,
DE 21 DE ENERO DE 2010 Y 1 DE FEBRERO DE 2010

Suscriben las presentes conclusiones:

Enrique Grande Bustos

Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Barcelona

José María Ribelles Arellano

Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Barcelona

José María Fernández Seijo

Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona

Luis Rodríguez Vega

Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil n.º 4 de Barcelona

Daniel Irigoyen Fujiwara

Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil n.º 5 de Barcelona

Francisco Javier Fernández Álvarez

Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil n.º 6 de Barcelona

Raúl García Orejudo

Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil n.º 7 de Barcelona

Marta Cervera Martínez

Magistrada Jueza del Juzgado de lo Mercantil n.º 8 de Barcelona

Juan Manuel de Castro Aragonés

Magistrado Juez de refuerzo del Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona

Carlos Núñez López

Juez de refuerzo del Juzgado de lo Mercantil n.º 4 de Barcelona

Nuria Lafort Aguiar

Magistrada Jueza de refuerzo del Juzgado de lo Mercantil n.º 5 de Barcelona

Eduardo Gómez López

Juez de refuerzo del Juzgado de lo Mercantil n.º 6 de Barcelona.

En tanto que no existan resoluciones de tribunales superiores, el objeto de este acuerdo es homogeneizar la práctica sobre el reconocimiento y la clasificación concursal de los créditos derivados de instrumentos financieros realizados en el marco de un acuerdo de compensación contractual entre la entidad de crédito y el concursado.

Para las entidades de créditos estos acuerdos de compensación constituyen técnicas de reducción de riesgos, así lo prevé el art. 47 del RD 216/2008 de 15 febrero 2008 de recursos propios de las entidades financieras (en desarrollo de la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros y otras normas del sistema financiero), en el que se dice que:

«En los términos y con los requisitos que determine el Banco de España, las entidades de crédito podrán utilizar como técnicas de reducción del riesgo de contraparte los acuerdos de compensación contractual siguientes: contratos bilaterales de novación entre una entidad de crédito y su contraparte, otros acuerdos bilaterales de compensación entre la entidad de crédito y su contraparte y acuerdos de compensación contractual entre productos.»

El Banco de España en su Circular 3/2008, de 22 de mayo, en desarrollo de esa normativa, en la norma Septuagésima Sexta, que lleva por rúbrica: acuerdos de compensación contractual admisibles, nos dice que:

«(...) las entidades de crédito podrán utilizar, como técnicas de reducción del riesgo de contraparte, los acuerdos de compensación contractual que se enuncian a continuación: (...) Contratos bilaterales de novación entre una entidad de crédito y su contraparte, en virtud de los cuales los derechos y obligaciones recíprocos queden automáticamente unidos, de tal forma que la novación determine un importe único neto cada vez que se aplique la novación y se cree así un nuevo y único contrato jurídicamente vinculante que extinga los contratos anteriores.»

Los acuerdos de compensación contractual financieros, a los que nos referimos, vienen regulados principalmente en el RDL 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública (RDL 5/2005).

Para que les sea aplicable esta legislación especial, es imprescindible, en primer lugar, que una de las partes del contrato sea una entidad de crédito, art. 3 a) y art. 4.1 c) RDL 5/2005, mientras que la otra puede de ser una persona jurídica o física, art. 4.2 y art. 4.3 (RDL 5/2005).

Uno de los objetivos del RDL 5/2005 es regular los efectos que la declaración de concurso produce en las operaciones financieras y en los acuerdos de compensación que les sirven de marco, art. 2 del RDL 5/2005. En su art. 5.1 establece que:

«Este capítulo se aplicará a las operaciones financieras que se realicen en el marco de un acuerdo de compensación contractual o en relación con él, siempre que el acuerdo prevea la creación de una única obligación jurídica que abarque todas las operaciones incluidas en dicho acuerdo y en virtud de la cual, en caso de vencimiento anticipado, las partes sólo tendrán derecho a

exigirse el saldo neto del producto de la liquidación de dichas operaciones. El saldo neto deberá ser calculado conforme a lo establecido en el acuerdo de compensación contractual o en los acuerdos que guarden relación con este.»

Estos acuerdos, pues, tienen por objeto principal regular convencionalmente la compensación de los créditos y las deudas resultantes de diversas operaciones financieras, pendientes entre la entidad de crédito y su cliente (el deudor concursado), en el caso de que se declare su vencimiento anticipado, de tal manera que, en dicho supuesto, las partes sólo tiene derecho a exigirse el saldo neto producto de dicha compensación.

Se trata de un supuesto de compensación voluntaria o convencional, un contrato por el cual las partes «acuerdan ir compensando sucesivamente las operaciones que entre ella se realicen y quedar sólo obligados al saldo resultante en el momento de cierre del ejercicio»¹.

Como toda compensación, legal o voluntaria, aun cuando nuestro Código Civil en su art. 1156 la configura con una causa de extinción de las obligaciones, la doctrina la ha considerado un subrogado o sustitutivo del cumplimiento, «la compensación es un medio de librarse de la deuda, que se produce por una mutua neutralización de dos obligaciones, cuando quien tiene que cumplir es al mismo tiempo acreedor de quien tiene que recibir satisfacción»².

Por ello, como regla general, el art. 58 LC establece que «declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado; pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración».

Las operaciones financieras que pueden incluirse en este tipo de acuerdos, entre otras, están: «c) Las operaciones financieras realizadas sobre los instrumentos financieros previstos en el párrafo segundo del art. 2 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, incluidos los derivados de crédito, las compraventas de divisa al contado, los instrumentos derivados sobre materias primas y los instrumentos derivados sobre los derechos de emisión regulados en la Ley 1/2005, de 9 de marzo, por la que se regula el régimen del comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero».

Según el art. 2.2 de la Ley 24/1988 citado quedan comprendidas dentro de dichas operaciones: «contratos de opciones, futuros, permutas, acuerdos de tipos de interés a plazo y otros contratos de instrumentos financieros derivados relacionados con valores, divisas, tipos de interés o rendimientos, u otros instrumentos financieros derivados, índices financieros o medidas financieras que puedan liquidarse en especie o en efectivo».

Así pues, quedan incluidos dentro del ámbito de los acuerdos de compensación financieros las permutas financieras de intereses, conocidos como «swaps» o permutas financieras de intereses concertados entre el Banco y la concursada.

El swap es «un contrato bilateral en virtud del cual cada una de las partes se obliga a entregar a la otra, en los términos pactados, sumas de dinero determinadas o determinables según parámetros objetivos, y calculadas sobre un capital de referencia invariable».

¹ DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. II, 5.ª edición, Madrid 1996, pág. 538.

² DIEZ-PICAZO, idem, pág. 538.

De los diferentes tipos posibles de swap, el que ahora en general se suele presentar es el «swap de intereses o permuta financiera de intereses». Este tipo viene definido en el modelo de contrato marco de operaciones financieras, redactado por la Asociación Española de Banca y Confederación Española de Cajas de Ahorro (Anexo II pág. 12) como «aquella operación (léase contrato) por la que las partes acuerdan intercambiarse ente sí pagos de cantidades resultantes de aplicar un tipo fijo y un tipo variable sobre un importe nominal y durante un periodo de duración acordada».

El art. 16 apartado primero RDL 5/2005 comienza diciendo que:

«La declaración del vencimiento anticipado, resolución, terminación, ejecución o efecto equivalente de las operaciones financieras realizadas en el marco de un acuerdo de compensación contractual o en relación con este no podrá verse limitada, restringida o afectada en cualquier forma por la apertura de un procedimiento concursal o de liquidación administrativa.»

Para continuar en su apartado segundo diciendo que:

«En los supuestos en que una de las partes del acuerdo de compensación contractual se halle en una de las situaciones previstas en el apartado anterior, se incluirá como crédito o deuda de la parte incurso en dichas situaciones exclusivamente el importe neto de las operaciones financieras amparadas en el acuerdo, calculado conforme a las reglas establecidas en él.

»En caso de concurso, en tanto se mantenga vigente el acuerdo de compensación contractual, será de aplicación lo dispuesto en el primer párrafo del art. 61.2 de la Ley Concursal. Si el acuerdo fuese resuelto con posterioridad a la declaración de concurso, será de aplicación lo establecido en el art. 62.4 de la LC.»

En su apartado primero, lo que el art. 16 prohíbe es que el vencimiento, resolución o ejecución de las operaciones financieras, realizadas en el marco de uno de estos acuerdos de compensación, se vea afectado por la declaración de concurso de formar individual y al margen de acuerdo de compensación, de tal manera que impide que se pudieran vencer anticipadamente o resolver alguna de dichas operaciones y mantener vigentes otras, sin respetar los términos del acuerdo de compensación concursal.

En el segundo apartado, que tiene dos párrafos, nos dice cuáles son los efectos de la declaración de concurso de una de las partes sobre el acuerdo de compensación.

En el primer párrafo del apartado segundo nos dice que declarado el concurso «se incluirá como crédito o deuda de la parte incurso en dichas situaciones exclusivamente el importe neto de las operaciones financieras amparadas en el acuerdo, calculado conforme a las reglas establecidas en él».

Esta parte del precepto parecería dar a entender que declarado el concurso vencen anticipadamente todas las operaciones financieras, se compensan créditos y deudas derivados de ellas, y se computa únicamente el saldo neto, de tal manera que se incluiría en la lista de acreedores o en el inventario la deuda o el crédito respectivamente del concursado.

Apoyaría esta interpretación, en primer término, el texto literal de la norma, ya que nos dice que en «los supuestos en que una de las partes del acuerdo de compensación contractual se halle en una de las situaciones previstas en el apartado anterior, se incluirá ...». Una de las situaciones previstas en el párrafo anterior es la declaración de concurso. El precepto sigue diciendo que, en tales supuestos, «se incluirá como crédito o deuda de la parte incurso en dichas situaciones». Pues bien, conforme la legislación concursal, los créditos del concursado deben incluirse en la masa activa, art. 76

LC, y, en documento que la relaciona, el inventario, art. 82 LC, y las deudas deben hacerlo en la masa pasiva, art. 84.1 LC, y en la lista de acreedores, art. 94 LC.

En segundo término esa interpretación vendría abonada por la propia finalidad de los acuerdos de compensación contractual. Estos acuerdos tienen por objeto principal, como he dicho, regular en el caso de vencimiento anticipado la compensación entre los saldos de las operaciones financieras pendientes entre la entidad de crédito y sus clientes, vencimiento que, entre otros motivos, se puede producir por la declaración de concurso de una de las partes (ver el modelo protocolizado en Acta autorizada por el Notario de Madrid, don Ricardo-Isaías Pérez Ballarín con fecha 14 de julio de 2009, con el n.º 1743 de su Protocolo por la AEB y CECA). Por ello sería lógico pensar que si la Ley prevé que se incluya en el concurso el saldo neto de todas las operaciones, es porque presupone que se ha producido el vencimiento anticipado de todas las operaciones financieras de forma automática causa de la compensación entre todas ellas siguiendo lo pactado en el acuerdo de compensación contractual.

En tercer lugar, el art. 58 LC prohíbe la compensación diciendo que «declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado; pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración». Si uno de los efectos de la declaración de concurso es prohibir la compensación, los convenios de compensación deben de extinguirse, procediendo su liquidación a la fecha de declaración.

El art. 49 LC establece, como uno de los efectos esenciales de la declaración de concurso, la integración de todos los acreedores del concursado en la masa pasiva, el pago de cuyos créditos queda sujeto a las normas concursales. Esas normas prohíben la compensación, como una forma de liberación de una obligación, ya que, por una parte, el crédito, del a su vez deudor del concursado, se vería satisfecha antes que los demás acreedores, y a su vez el crédito del concursado contra su deudor (recíprocamente acreedor) sólo aprovecharía a este, rompiendo el principio «par condicio creditorum». Esta prohibición se debería aplicar tanto a la compensación legal como a la convencional ya que la naturaleza y los efectos son exactamente los mismos.

Sin embargo, a pesar de los anteriores argumentos, esa interpretación no es compatible con el párrafo segundo de este mismo apartado del art. 16 RDL 5/2005, introducido por la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago.

Ese segundo párrafo prevé expresamente la vigencia de estos acuerdos después de declarado el concurso, por lo que resulta evidente que la declaración de concurso no puede producir de forma automática el vencimiento anticipado de las operaciones financieras en aplicación del acuerdo de compensación contractual.

Así pues, dejando al margen supuestos de vencimiento anticipado por causas objetivas sobrevenidas y en interés del concurso, y centrándonos en las causas imputables al concursado, las operaciones financieras o el acuerdo de compensación sólo pueden vencerse a instancias de la entidad de crédito.

Partiendo de la premisa general que las operaciones financieras, realizadas en el marco del acuerdo de compensación, sólo pueden ser resueltas, por causas imputables al concursado, a instancia de la entidad de crédito, resultan tres opciones: la primera, que las operaciones hayan sido vencidas anticipadamente por la entidad crediticia antes de la declaración del concurso; la segunda, que las operaciones se han declarado anticipadamente vencidas con ocasión de la declaración de concurso; y, tercera, que la entidad de crédito inste el vencimiento anticipado de las operaciones por incumplimiento producido después de la declaración de concurso.

VENCIMIENTO ANTICIPADO DE LAS OPERACIONES FINANCIERAS REALIZADAS EN EL MARCO DEL ACUERDO DE COMPENSACIÓN ANTERIOR O POR INCUMPLIMIENTO ANTERIOR A LA DECLARACIÓN DE CONCURSO

En el primer caso, es indiscutible declarado el vencimiento anticipado por incumplimiento de la concursada antes de la declaración del concurso, el saldo neto resultante habrá de clasificarse como un crédito concursal e incluirse en la lista de acreedores. Lo mismo ocurre, si, declarado el concurso, la entidad de crédito se ve en la necesidad de acudir al incidente previsto en el art. 62 LC para resolver el contrato, alegando y probando un incumplimiento anterior a la declaración, conforme el art. 62.4 LC al que se remite el citado art. 16.2 RDL 5/2005, ya que, lógicamente no puede depender de la voluntad de la entidad de crédito la calificación de su crédito ejercitado oportunamente la acción de vencimiento anticipado antes o después de la declaración, cuando se basa en un hecho anterior a la misma.

VENCIMIENTO ANTICIPADO DE LAS OPERACIONES FINANCIERAS REALIZADAS EN EL MARCO DEL ACUERDO DE COMPENSACIÓN CON OCASIÓN O CON MOTIVO DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO

En el segundo caso, cuando la entidad de crédito opte por vencer anticipadamente las operaciones financieras pendientes con motivo de la declaración de concurso, igualmente, el saldo neto, caso de ser negativo para el concursado, habrá de incluirse como un crédito concursal, no contra la masa. Habría que destacar en este punto, que la nota que caracteriza este supuesto es que la resolución se produzca con ocasión de la declaración de concurso, aun cuando la decisión de la entidad de crédito sea posterior o se comunique después de la declaración de concurso, no un incumplimiento anterior o posterior a la declaración. Esta es la interpretación que permite atribuir sentido al párrafo primero del apartado segundo del art. 16 RDL 5/2005. Pero es que además resulta sistemáticamente coherente con el párrafo segundo que se refiere exclusivamente a los contratos de compensación que se mantengan vigentes después de la declaración de concurso. En este supuesto, hay que aplicar las normas de la legislación especial, art. 63 LC, como el RDL 5/2005, que tiene tal consideración como prevé la DA segunda, 2, i) LC.

Nuevamente parece razonable que la calificación del crédito no quede al albur de la entidad de crédito y el momento que elija para instar el vencimiento anticipado cuando se alega como causa la declaración del concurso.

VENCIMIENTO ANTICIPADO DE LAS OPERACIONES FINANCIERAS REALIZADO EN EL MARCO DEL ACUERDO DE COMPENSACIÓN POR INCUMPLIMIENTO POSTERIOR A LA DECLARACIÓN DE CONCURSO

El tercer supuesto, se refiere a los incumplimientos posteriores a la declaración de concurso. El art. 16 aptdo. 2 párrafo segundo, se remite al apartado primero del art. 61.2 en el que se dice que:

«La declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte. Las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa.»

El acuerdo de compensación financiero, es un contrato de prestaciones recíprocas, ya que para que opere, es imprescindible que, como en la compensación legal, el acuerdo, en los términos pactados, consiste en compensar los créditos y las deudas de las que sean recíprocamente titulares las partes. Pero es que además, la propia Ley, en el párrafo segundo del apartado segundo del art. 16 RDL 5/2005, nos remite a su régimen.

En este tercer supuesto, tal y como dice la norma, las prestaciones que en su caso corresponda al concursado se deben satisfacer con cargo a la masa, art. 84.2.6.º LC, y si se produce un incumplimiento posterior al concurso, la entidad de crédito, conforme el art. 62, puede instar la resolución del contrato y la aplicación de las cláusulas de compensación previstas en el acuerdo marco. Nuevamente la Ley nos recuerda, que si el incumplimiento alegado es anterior a la declaración del concurso, el crédito será concursal, y si el incumplimiento es posterior a la declaración el mismo será con cargo a la masa, art. 62.4 LC, incluyendo la indemnización de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento.

VENCIMIENTO ANTICIPADO DE LAS OPERACIONES FINANCIERAS REALIZADAS EN EL MARCO DEL ACUERDO DE COMPENSACIÓN EN INTERÉS DEL CONCURSO

Examinados los supuestos de resolución del contrato por incumplimiento del concurso a instancias de la entidad de crédito, hay que destacar que, mientras el contrato siga vigente declarado el concurso, el mismo, puede y debe de ser resuelto a instancia del concursado o de la administración concursal, según los supuestos (intervención o suspensión), si así lo exige el interés del concurso, como cualquier otro contrato con obligaciones recíprocas, ya que la remisión que hace el RDL 5/2005 al párrafo primero del art. 61.2 no excluye la aplicación del resto del precepto ni lógica ni sistemáticamente.

Creo que es importante insistir en que el acuerdo marco de compensación contractual tiene por única finalidad, legalmente reconocida, reducir todas las operaciones a una única obligación, cuyo importe viene determinado por el saldo neto de todas ellas, pero su objetivo no es garantizar que ese saldo se cobre contra la masa en el caso de declaración de concurso. La resolución del acuerdo marco en interés del concurso, lo que supone el vencimiento anticipado de todas las operaciones financieras y su compensación, garantiza aquella finalidad, pero no genera privilegios injustificables, como sería que debiera exclusivamente de la voluntad de la entidad de crédito resolver el contrato.

Por lo tanto, la administración concursal debe de estudiar con detalle dichas operaciones, para instar su resolución en interés del concurso cuando estén vigentes después de la declaración y no hayan existido incumplimientos anteriores.

RÉGIMEN TRANSITORIO

Por último queda por plantearse la posibilidad de un régimen transitorio después de la publicación de la Ley 16/2009 de 13 noviembre 2009, sin embargo, creemos que la nueva norma no prevé un nuevo régimen jurídico para este tipo de contratos, sino que interpreta y aclara cuál es el régimen que se les debe dar a los contratos vigentes.

TRATAMIENTO ESPECIAL DE LAS PERMUTAS FINANCIERAS DE INTERESES

Operaciones vinculadas

El supuesto en que las únicas operaciones realizadas, en el marco del contrato de compensación, sean permutas financieras de intereses sólo debe merecer un trata-

miento especial en aquellos casos en los que se pueda probar por la administración concursal, responsable del reconocimiento y clasificación de los créditos, la vinculación directa de este tipo de operaciones y operaciones de pasivo suscritas con el concursado.

En tal caso, en virtud de lo establecido en el art. 59 (suspensión del devengo de intereses) el contrato se extingue y la administración concursal debería calificar el crédito como concursal y subordinado por tratarse de intereses.

La entidad de crédito debería proceder a la liquidación de la deuda y la comunicación de su crédito.

En el caso de que conste la existencia de la deuda (art. 86 LC), pero no se haya liquidado por el agente liquidador, la administración concursal deberá proceder a su determinación conforme lo previsto en el art. 88.3 y 4 LC, para incluir el crédito como concursal y subordinado.

La entidad de crédito o el concursado puede impugnar la valoración de la administración concursal mediante el correspondiente incidente.

Operaciones no vinculadas

Caso que no se deban vincular las operaciones en los términos señalados, declarado el concurso, si el acuerdo marco de compensación sigue vigente, el concursado y la administración concursal deberán examinar inmediatamente si debe proceder resolver el acuerdo marco en interés del concurso, conforme al régimen general antes expuesto.

2. PAGO DE CRÉDITOS CONTRA LA MASA
SEMINARIO DE JUECES DE LO MERCANTIL DE BARCELONA,
DE 24 DE FEBRERO DE 2010 Y 15 DE ABRIL DE 2010

Suscriben las presentes conclusiones:

Enrique Grande Bustos

Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Barcelona

José María Ribelles Arellano

Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Barcelona

José María Fernández Seijo

Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona

Luis Rodríguez Vega

Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil n.º 4 de Barcelona

Daniel Irigoyen Fujiwara

Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil n.º 5 de Barcelona

Francisco Javier Fernández Álvarez

Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil n.º 6 de Barcelona

Raúl García Orejudo

Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil n.º 7 de Barcelona

Marta Cervera Martínez

Magistrada Jueza del Juzgado de lo Mercantil n.º 8 de Barcelona

Juan Manuel de Castro Aragonés

Magistrado Juez de refuerzo del Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona

Carlos Núñez López

Juez de refuerzo del Juzgado de lo Mercantil n.º 4 de Barcelona

Nuria Lafort Aguiar

Magistrada Jueza de refuerzo del Juzgado de lo Mercantil n.º 5 de Barcelona

Eduardo Gómez López

Magistrado Juez de refuerzo del Juzgado de lo Mercantil n.º 6 de Barcelona.

Al pago de créditos contra la masa la LC dedica un solo precepto, el art. 154, ubicado en la sección cuarta (del pago a los acreedores) del capítulo II (de la fase de liquidación). El art. 154 contempla, en principio, un único criterio para determinar la preferencia entre créditos contra la masa, como es el del vencimiento. A dicho criterio se refiere el apartado segundo, por el que «los créditos contra la masa, cualquiera que sea su naturaleza, habrán de satisfacerse a sus respectivos vencimientos, cualquiera que sea el estado del concurso», así como el apartado tercero, en cuya virtud en caso de resultar insuficientes los bienes y derechos integrantes de la masa activa, «lo obtenido se distribuirá entre todos los acreedores de la masa por el orden de su vencimiento».

Parece, por tanto, que la LC opta por un criterio claro que debe regir en circunstancias normales, descartándose, por el contrario, recurrir a otros criterios distintos y mucho menos a criterios ajenos a la propia LC. Ahora bien, dicho criterio del vencimiento no debe ser absoluto, sino que debe atemperarse con otros criterios de racionalidad jurídica y lógica empresarial que se deducen, inequívocamente, de otros muchos artículos de la LC. De este modo, como circunstancias a considerar para

determinar preferencias entre créditos contra la masa, deben tenerse en cuenta las siguientes:

1.º) La continuidad del negocio.- De acuerdo con el art. 44, la declaración de concurso no interrumpirá la continuación de la actividad profesional o empresarial que viniera ejerciendo el deudor. Por tanto, podrán anteponerse, frente a créditos ya vencidos, aquellos otros que garanticen o favorezcan la continuidad, como pudieran ser las rentas arrendaticias, suministros esenciales o salarios de trabajadores con contrato en vigor.

2.º) Conservación de la masa activa.- Conforme al art. 43, 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. Por tanto, podrán anteponerse aquellos créditos imprescindibles para preservar la masa, como los gastos de depósito, y aquellos otros necesarios para incorporar a la masa aquellos bienes o derechos que deben integrarse en ella (reclamaciones contra terceros o acciones de reintegración).

3.º) La viabilidad del concurso como procedimiento.- Las costas y gastos judiciales tienen la consideración de créditos contra la masa (art. 84.2.º, apartado primero), incluidos los honorarios de la administración concursal (art. 34.1.º). Podrán anteponerse aquellos gastos que sostengan el concurso como procedimiento, como los necesarios para llevar a cabo el llamamiento a los acreedores del art. 21.5.º o los de publicidad del concurso. También debe otorgarse preferencia, siquiera parcialmente, a los honorarios de la administración concursal. La intervención de la administración concursal contribuye a la conservación de la masa activa y posibilita en último término la satisfacción de todos los créditos concursales y contra la masa. Al margen del derecho a una retribución efectiva, que debe reconocérsele, los honorarios resarcen a la administración concursal de los gastos inherentes a su actuación en el concurso —desplazamientos, dietas, comunicaciones...—. Si no se atribuyera preferencia a dichos gastos, frente a créditos de vencimiento anterior, la LC, en caso de insuficiencia de la masa activa, tendría, de alguna manera, naturaleza confiscatoria, haciendo recaer en profesionales, que vienen obligados a aceptar el cargo (art. 29), los gastos del concurso.

En este contexto no pueden equipararse, a los efectos de determinar preferencias entre créditos contra la masa, los gastos y honorarios de la administración concursal con los honorarios de otros profesionales, como abogados y procuradores, que no están obligados a defender y representar a los concursados y que, en cualquier caso, disponen del mecanismo de la habilitación de fondos.

En definitiva, se trata de flexibilizar el rigor con el que aparentemente se pronuncia el art. 154 de la LC. Los criterios expuestos para determinar preferencias entre créditos contra la masa —el criterio del vencimiento matizado por otros de racionalidad jurídica y lógica empresarial— se habrán de utilizar tanto durante la fase común como en la de convenio o liquidación, y tanto se trate del concurso de una empresa con continuidad como de una empresa inactiva. Esto es, las circunstancias concurrentes en el momento en el que se autoriza el crédito serán las que habrán de considerarse, también en liquidación, para determinar preferencias y repartir lo obtenido si el patrimonio de la concursada resultare insuficiente.

No obstante lo expuesto, en el momento en que la administración concursal advierte que la masa activa no va a ser suficiente para atender los créditos contra la masa generados o que puedan devengarse en el futuro, deberá extremar la aplicación del criterio prioritario del vencimiento. En tal caso sólo excepcionalmente cederá frente a los otros criterios. Y para evitar los perjuicios de todo tipo que se derivan de la con-

tinuación de un concurso sin masa, la administración concursal deberá promover la conclusión por inexistencia de bienes, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 176.1.4.º.

Dos serán las vías para impugnar el reconocimiento de un crédito contra la masa y, en su caso, los criterios utilizados en cada caso por la administración concursal para otorgar preferencia a unos o a otros. En primer lugar, el acreedor afectado podrá recurrir al incidente del art. 154 de la LC, en cuyo caso deberá demandar, además de a la concursada y a la administración concursal, a aquel acreedor o a aquellos acreedores frente a los cuales invoque un mejor derecho. También podrá impugnar la rendición de cuentas (art. 181.3.º de la LC). En este incidente podrá intervenir cualquier interesado y, en concreto, aquellos acreedores contra la masa cuyos créditos hayan sido satisfechos. No será necesario, sin embargo, que la demanda se dirija inicialmente contra todos ellos, dado que la legitimación pasiva principal corresponde a la administración concursal. Y dado que los criterios a los que nos venimos refiriendo —racionalidad jurídica y lógica empresarial— son indeterminados y atribuyen un gran margen de discrecionalidad a la administración concursal, sólo en aquellos casos en los que esta se haya apartado de forma muy evidente de dichos criterios, la impugnación deberá prosperar.

La administración concursal deberá decidir sobre el reconocimiento y pago de los créditos contra la masa sin recurrir a la previa autorización judicial del art. 188. De no ser así se alteraría el sistema de impugnación indicado y, de forma indirecta, el régimen de recursos contra la decisión del Juez.

3. CONTRATO DE COMPRAVENTA CON PRECIO APLAZADO DENTRO DEL CONCURSO

SEMINARIO DE JUECES DE LO MERCANTIL DE BARCELONA,
DE 15 DE ABRIL DE 2010 Y 15 DE JULIO DE 2010

Suscriben las presentes conclusiones:

Enrique Grande Bustos

Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Barcelona

José María Ribelles Arellano

Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Barcelona

José María Fernández Seijo

Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona

Luis Rodríguez Vega

Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil n.º 4 de Barcelona

Daniel Irigoyen Fujiwara

Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil n.º 5 de Barcelona

Francisco Javier Fernández Álvarez

Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil n.º 6 de Barcelona

Raúl García Orejudo, Magistrado

Juez del Juzgado de lo Mercantil n.º 7 de Barcelona

Marta Cervera Martínez

Magistrada Jueza del Juzgado de lo Mercantil n.º 8 de Barcelona.

Juan Manuel de Castro Aragón

Magistrado Juez de refuerzo del Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona

Nuria Lafort Aguiar

Magistrada Jueza de refuerzo del Juzgado de lo Mercantil n.º 5 de Barcelona.

1. **Naturaleza del contrato de compraventa:** nuestro ordenamiento jurídico exige para la transmisión del dominio título y modo (609 del CC), por ello en el contrato de compraventa no es suficiente con el contrato privado —en este caso elevado a escritura pública al tratarse de un bien inmueble— sino además la entrega de la vivienda. De este modo el contrato por sí solo no les convierte a los compradores en propietarios.

2. Se trata de un contrato bilateral, sinalagmático y con obligaciones recíprocas para ambas partes además de ser un contrato de tracto único.

3. Del referido contrato se derivan obligaciones para ambas partes, la del vendedor consiste en hacer y dar, mientras que la del comprador consiste en entregar el precio cierto a cambio de una cosa futura, antes de iniciar la construcción o durante la misma.

4. La entrega a cuenta no convierte a la compraventa en un contrato de tracto sucesivo, sino que sigue siendo de tracto único, siendo la entrega a cuenta una modalidad de financiación prevista y regulada en la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, que garantiza tanto la aplicación real y efectiva de los medios anticipados por los adquirentes y futuros usuarios a la construcción de su vivienda como su devolución en el supuesto de que esta nos se lleve a efecto.

5. Si declarado el concurso, el comprador ha cumplido su obligación de pago y la obligación de entrega del inmueble ha vencido, el comprador se convierte en acreedor concursal (ordinario) al ser titular de un crédito líquido, vencido y exigible.

6. **El supuesto más frecuente en los concursos de inmobiliarias** es el que una vez declarado el concurso de la sociedad inmobiliaria el comprador tenga pendiente el pago de parte del precio y el vendedor la entrega de la vivienda por no haber llegado la fecha de entrega.

7. Se trata, por lo tanto, este supuesto de un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes al tiempo de la declaración de concurso, el comprador debe seguir pagando el precio pendiente y el vendedor mantiene su obligación de entregar la cosa en la fecha pactada, por lo que no cabe duda que se incardina en el art. 61.2 LC que declara su vigencia a pesar de la declaración de concurso. Ello implica que ambas partes del contrato deban seguir cumpliendo con sus respectivas prestaciones. La protección del comprador, en este caso, es que la prestación a la que tiene derecho —la entrega de la cosa— se considera deuda de la masa y en ningún caso queda sujeta al convenio (61.2.1 y 84.2.6 LC).

8. **Reflejo en el informe:** este tipo de contratos en vigor tras la declaración de concurso deben constar en el informe de la administración concursal en «la exposición motivada acerca de la situación patrimonial del deudor y de los datos y circunstancias que pueden ser relevantes para la tramitación del concurso» que hace referencia al art. 75.3 de la LC. Los administradores concursales harán una relación separada con las cantidades pagadas y las pendientes, y si las primeras están o no avaladas.

9. Por ello tales contratos no deberán tener reflejo alguno ni en el inventario (cantidad pendiente de pago por el comprador) ni en la lista de acreedores (obligación de entrega de la cosa, derecho de crédito del comprador) ya que el comprador ostenta un crédito contra la masa. En el inventario deberán constar los inmuebles, acabados o en construcción, que todavía son propiedad de la concursada —hasta que no se perfeccione la venta—, a valor de mercado (82 LC). En ningún caso se incluiría el valor de la vivienda o local como un crédito concursal ordinario del comprador (art. 88.3.º), tesis que se está manteniendo en la práctica y que rechazamos expresamente.

10. **En cuanto a la resolución** de los referidos contratos nada impide que se pueda solicitar por el deudor, en caso de intervención, o por la administración concursal, en caso de suspensión, la resolución en interés del concurso cuando se trate de una carga excesivamente gravosa para la entidad en concurso, con los efectos del art. 61.2.2 LC.

11. **Resolución por incumplimiento del deudor concursado:**

a. **Posterior a la declaración de concurso:** si después de declarado el concurso el comprador insta la resolución del contrato de compraventa por falta de entrega de la vivienda llegado el plazo, se incoará el correspondiente incidente concursal y si el juez aprecia que, efectivamente, el incumplimiento es posterior resultará de aplicación el art. 62 LC con las consecuencias en él previstas (se extinguen las obligaciones pendientes y procede la restitución de lo entregado por el vendedor con cargo a la masa así como los daños y perjuicios que procedan, arts. 62.4 y 84.2.6.º LC).

b. También la administración concursal en este caso puede pedir —a pesar de existir incumplimiento del concursado— el cumplimiento del contrato en interés del concurso (62.3 LC).

c. **Anterior a la declaración de concurso:** puede suceder que al tiempo de la declaración de concurso la administración concursal se encuentre con un contrato de compraventa con precio aplazado que resulta ya incumplido con anterioridad pero no ha sido resuelto judicial ni extrajudicialmente. En este caso la administración concursal deberá analizar la existencia de un verdadero incumplimiento y si considera que

trae causa de fecha anterior a la declaración de concurso reconocerá el crédito del vendedor como un crédito concursal en su informe. **El comprador-acreedor** («y el acreedor») deberá comunicar su crédito (precio entregado a cuenta) con la calificación de ordinario. Si alguna de las partes no estuviera conforme con esta calificación y, por consiguiente, con la resolución contractual en los términos referidos, debería promoverse demanda incidental de la lista de acreedores (para suprimir el crédito y la calificación de la lista de acreedores de conformidad con el art. 96 LC).

d. **En el caso de resolución del contrato por incumplimiento anterior a la declaración de concurso** cabe la posibilidad de que exista(n) acuerdos entre comprador y vendedor de las consecuencias dimanantes/liquidatorias. En este caso el pacto debería reflejarse en el informe.

e. En todo caso cuando hablamos de incumplimiento debemos estar al **concepto de «incumplimiento verdadero o propio»** desarrollado por numerosa jurisprudencia del Tribunal Supremo.

f. El Tribunal Supremo³ proclama que el art. 1124 del CC debe interpretarse restrictivamente, exigiendo ese comentado verdadero y propio incumplimiento, que se corresponde con un incumplimiento grave, es decir, con la concurrencia de una voluntad del infractor obstativa al cumplimiento y que la vulneración de lo pactado resulte grave o esencial y decisiva. No basta, por tanto con cualquier incumplimiento, sino que se requiere un incumplimiento total que denote la conducta rebelde del demandado a cumplir, o bien un cumplimiento defectuoso que en todo caso frustre el fin contractual.

g. También se puede apreciar la existencia de incumplimiento en los **supuestos de «cumplimiento imposible»**, es decir, cuando a pesar de no haber llegado la fecha de entrega de la vivienda no se ha iniciado todavía la construcción y resulta imposible su finalización para el día fijado. En este caso, será tarea de la administración concursal identificar la fecha del incumplimiento, anterior o posterior a la declaración del concurso, a fin de reflejar adecuadamente en su informe los derechos de las partes compradora y vendedora.

³ Entre otras, sentencias de 27 de febrero de 2004 (RJ 2004\1316), que se hace eco de las pronunciadas el 23 de mayo de 2000 (RJ 2000\3920), el 28 de febrero de 1989 (RJ 1989\1409) y 29 de febrero de 1998 (RJ 1998\1310).

4. CÓMPUTO DE LOS PLAZOS

SEMINARIO DE JUECES DE LO MERCANTIL DE CATALUNYA,
DE 23 DE MARZO DE 2011

Suscriben las presentes conclusiones:

Enrique Grande Bustos

Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Barcelona

José María Ribelles Arellano

Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Barcelona

José María Fernández Seijo

Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona

Luis Rodríguez Vega

Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil n.º 4 de Barcelona

Daniel Irigoyen Fujiwara

Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil n.º 5 de Barcelona

Francisco Javier Fernández Álvarez

Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil n.º 6 de Barcelona

Raúl García Orejudo

Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil n.º 7 de Barcelona.

Marta Cervera Martínez

Magistrada Jueza del Juzgado de lo Mercantil n.º 8 de Barcelona.

Bárbara Cordova Ardao

Magistrada Jueza del Juzgado de lo Mercantil n.º 9 de Barcelona.

Juan Manuel de Castro Aragonés

Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil n.º 10 de Barcelona

Hugo Novales Bilbao

Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil de Girona

Eduardo Enrech Larrea

Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 6, con competencias en materias mercantiles

M. Arantzazu Ortiz González

Magistrada Jueza del Juzgado de lo Mercantil de Tarragona

Yolanda Ríos López

Jueza de refuerzo del Juzgado de lo Mercantil n.º 3 y 4 de Barcelona.

Justificación

Los presentes criterios no tratan de imponer una determinada doctrina, sino que responden a la necesidad evidente de unificar la interpretación que damos en nuestra práctica a la LC. Lógicamente no cierran ningún debate jurídico, sino que su objetivo es mucho más modesto, pero, en cualquier caso, lo que nos interesa dejar claro es que por sí solas no pueden ni deben fundamentar jurídicamente una pretensión.

Nuestras conclusiones surgen del debate de problemas que compartimos, la búsqueda de soluciones comunes y el compromiso profesional de respetarlas en la medida que se adapten al caso enjuiciado, pero sabemos que los casos son más diversos que las soluciones que aquí se proponen, por lo que las respuestas necesariamente han de ser

igualmente diversas, nuestro objetivo es limitar esas diferencias y comprometernos a explicarlas.

Tampoco es nuestra intención proporcionar una guía de soluciones de obligado cumplimiento para los administradores concursales, sino presentar una propuesta razonable de soluciones jurídicas a los problemas del concurso estudiados, debidamente consensuada, pero que no exime de fundamentar jurídicamente cualquier pretensión ante nuestros Juzgados.

Lógicamente estos criterios respetan las decisiones que las correspondientes secciones de las Audiencias Provinciales han ido adoptando sobre los problemas planteados y están sometidos a lo que los tribunales vayan resolviendo sobre estas materias.

1. *Reglas generales*

La distinción entre plazos sustantivos y procesales es reconocida en constante jurisprudencia (S TS, Civil sección 1 del 29 de mayo de 1992 y las en ella citadas).

Los plazos sustantivos (o civiles) se definen por exclusión, pues lo serán aquellos que no sean procesales. Se entenderá que los plazos poseen un carácter procesal si tienen su origen o punto de partida en una actuación de igual clase, es decir, los que comienzan a partir de una citación, notificación, emplazamiento o requerimiento pero no cuando se asigna el plazo para el ejercicio de una acción (Sentencias de 25 de junio de 1968, de 1 de febrero de 1982 y 25 de septiembre de 2001).

La distinción tiene su relevancia puesto que difieren en su cómputo cuando el plazo sea señalado por días (no por meses o por años⁴). En efecto, en el cómputo por días del plazo sustantivo no se excluyen los días inhábiles⁵, de conformidad con el art. 5 CC. Por el contrario, en el cómputo por días en el plazo procesal se excluirán los días inhábiles (art. 133.2 LEC).

Por otra parte, la necesidad de identificar la naturaleza del plazo también se puede suscitar cuando el día final es inhábil. Si el plazo se considera procesal se entenderá prorrogado al día siguiente hábil (arts. 185.2 LOPJ y 133.4 LEC), pero en el caso del plazo sustantivo (piénsese en uno de caducidad), no es posible prorrogar el día final, con la consecuencia fatal de que el derecho decae o la obligación deviene exigible. Sin embargo, como excepción, cuando el derecho deba exigirse judicialmente o el cumplimiento de la obligación legal deba serlo judicialmente, sin que quepa ningún otro acto distinto (por ejemplo, requerimiento extrajudicial, protesto...), como en un día inhábil es imposible presentar la demanda (ni siquiera en los juzgados de guardia —art. 135.2 LEC—), deberá permitirse la presentación del escrito hasta las quince horas del día hábil siguiente, por venir exigido por el derecho de acceso a la jurisdicción y de la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) y el principio *pro actione* (entre otras, S AP Barcelona S. 15 de 16 de septiembre de 2009, S TS, Civil de 9 de junio de 2006, 29 de abril de 2009, 30 de abril de 2010 y STEDH de 28 de octubre de 1998 o de 19 de mayo de 2005).

2. *Reglas concursales*

La Ley 22/2003 de 9 de julio, Concursal, contiene «*la regulación en un solo texto legal de los aspectos materiales y procesales del concurso*» (Exp. Motivos II) y la «*Ley*

⁴ En los plazos sustantivos como en los procesales los plazos señalados por meses o por años se computarán de fecha a fecha (art. 133.3 LEC y art. 5 CC).

⁵ Son inhábiles a efectos procesales los sábados y domingos, los días 24 y 31 de diciembre, los días de fiesta nacional y los festivos a efectos laborales en la respectiva comunidad autónoma o localidad (art. 182 LOPJ).

de Enjuiciamiento Civil actúa como supletoria de la Ley Concursal, en cuanto esta no contemple normas procesales especiales» (Exp. Motivos X).

Finalmente, la D.F. 5 de la LC concreta que: «*En lo no previsto en esta Ley se rá de aplicación lo dispuesto en la LEC, y específicamente en lo que se refiere al cómputo de plazos determinados en la misma, así como en relación con la documentación de las actuaciones mediante sistemas de grabación y reproducción de la imagen y el sonido. En el ámbito de los procesos concursales, resultarán de aplicación los principios de la LEC en cuanto a la ordenación formal y material del proceso.*»

La LC no contiene reglas sobre el cómputo de los plazos referidos en sus preceptos por lo que deberá acudirse a la regulación contenida en la LEC. De acuerdo con lo expuesto, en el procedimiento concursal los plazos determinados por meses se computarán de fecha a fecha —sin excluir los días inhábiles— y en los señalados por días se computarán exclusivamente los días hábiles —excluyendo los inhábiles—, salvo en el caso previsto en el art. 64.5 LC que específicamente determina un período de consultas entre los representantes de los trabajadores y a la administración concursal de duración no superior a treinta días naturales, o a quince, también naturales, en el supuesto de empresas que cuenten con menos de cincuenta trabajadores.

3. *Aplicación práctica*

Aplicando cuanto antecede a los plazos contemplados en la LC los criterios que debería seguirse son los siguientes:

(i) Solicitud de concurso por el deudor común:

La obligación de solicitar la declaración de concurso se ha de cumplir en el plazo de dos meses a contar desde la fecha en que el deudor hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia (art. 5.1 LC), salvo que en dicho plazo se hubiera puesto en conocimiento del Juzgado que se han iniciado negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, en cuyo caso transcurridos tres meses de la mencionada comunicación, el deudor deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes siguiente (art. 5.3 LC).

El cómputo en ambos casos será de fecha a fecha, no se excluye el mes de agosto ni los días inhábiles y cuando en el mes de vencimiento no hubiere día equivalente al inicial del cómputo, se entenderá que el plazo expira el último día del mes. En el caso de que el *dies ad quem* recayera en un día inhábil a efectos procesales, deberá entenderse que se cumple con la obligación legal de solicitar el concurso dentro del plazo legal si se presentara la solicitud dentro de las quince horas del primer día hábil, pues el cumplimiento de la mencionada obligación legal debe verificarse judicialmente, sin que quepa ningún otro acto distinto.

(ii) Informe de la administración concursal:

Hay varios informes:

- a. informe del art. 75 LC.
- b. informe de evaluación de propuesta de convenio anticipada del art. 107 LC.
- c. Informe de evaluación de propuesta de convenio del art. 115 LC.
- d. Informes de liquidación del art. 152 LC.
- e. Informe de calificación del art. 169 LC.

Todos estos informes están sujetos a un plazo de naturaleza procesal y en el caso de que el *dies ad quem* recaiga en un día inhábil deberá permitirse la presentación del escrito hasta las quince horas del día hábil siguiente.

El problema puede acontecer con la presentación del informe del art. 75 LC, que está sujeto a un plazo procesal de dos meses contados a partir de la fecha en que se produzca la aceptación de dos de ellos (art. 74 LC). Este plazo podrá ser prorrogado por el juez, por tiempo no superior a un mes, a solicitud de la administración concursal, presentada antes de su expiración y fundada en circunstancias extraordinarias. En el caso de procedimiento abreviado el art. 191.1 segundo párrafo establece que: «*En todo caso, el plazo para la presentación del informe por la administración concursal será de un mes a contar desde la aceptación del cargo y sólo podrá autorizarse una prórroga por el juez del concurso no superior a quince días.*»

El problema que puede suscitarse es el solapamiento del plazo para comunicar los créditos concursales por los acreedores (un mes a contar desde el día siguiente a la publicación en el BOE del auto de declaración de concurso —arts. 21.1.5.º y 85 LC—) y el plazo para presentar el informe (uno o dos meses, según el procedimiento, a contar desde la aceptación del cargo —art. 74 LC—) a causa de no haberse publicado o haberse retrasado la publicación en el BOE del auto de declaración del concurso.

En tal caso, ante la falta de comunicación, es posible que la administración concursal no pueda incluir al acreedor en la lista de acreedores de su informe provisional y obliga a este a plantear un incidente concursal con el gravamen procesal (y económico) de precisar abogado y procurador (arts. 96.4 y 184.3 LC), con el efecto consecuente de que el devenir del procedimiento concursal se dilata de forma innecesaria al no poder concluir la fase común (art. 98 LC).

En consecuencia, la previsión legal debe matizarse y consideramos que el plazo para presentar el informe del art. 75 LC debe computarse desde el día siguiente a la publicación en el BOE del auto de declaración de concurso, entendiendo que es simultánea a la aceptación del cargo. Esta interpretación permite sincronizar el plazo para presentar el informe y el plazo para comunicar los créditos.

Ello exige que el Juzgado exija de forma rigurosa al procurador la tramitación diligente del edicto.

(iii) Propuesta de convenio:

El art. 113.2 LC establece que: «*Cuando no hubiere sido presentada ninguna propuesta de convenio conforme a lo previsto en el apartado anterior ni se hubiese solicitado la liquidación por el concursado, este y los acreedores cuyos créditos superen, conjunta o individualmente, una quinta parte del total pasivo resultante de la lista definitiva podrán presentar propuestas de convenio desde la convocatoria de la junta hasta cuarenta días antes de la fecha señalada para su celebración.*»

Es decir, una vez abierta por resolución judicial la fase de convenio y se ha convocado la Junta de acreedores (art. 111.2 LC), el concursado y los acreedores que representen una quinta parte del pasivo podrán presentar propuestas de convenio hasta 40 días antes de la fecha señalada para la celebración de la Junta.

Estos 40 días (20 días en procedimiento abreviado como regla general —art. 191 LC—) consideramos que son **hábiles** por lo que en su cómputo se excluirán los días inhábiles (art. 133.2 LEC). Es perfectamente posible que dicho plazo no concilie con el hecho de que la convocatoria de la Junta de acreedores para su celebración debe hacerse dentro del tercer mes contado desde la fecha del auto (art. 111.2 LC) en cuyo caso procederá prorrogarlo a fin de poder permitir la presentación de pro-

puestas de convenio a tenor del art. 113.2 LC. Entendemos que es más importante que el deudor disponga del plazo íntegro que respetar escrupulosamente el plazo para convocar la junta.

(iv) En general los plazos en el procedimiento abreviado

El art. 191.1 LC prevé la reducción automática de los plazos previstos en la Ley salvo que el Juez del concurso acuerde mantener el plazo legalmente previsto. En los casos en los que el plazo es de uno o varios meses esa reducción no contribuye a una reducción significativa de la duración del procedimiento, ya que en los plazos por días sólo se computan los hábiles, por ello, en general tiene poco sentido reducir expresamente dichos plazos, lo importante es respetar los términos legales en la medida de lo posible.

(v) El cómputo de agosto

Agosto, por disposición del art. 183 de la LOPJ, es inhábil para la práctica de actuaciones judiciales salvo las urgentes, por lo que en los plazos por días ha de excluirse de su cómputo, esta cuestión no suscita dudas, pero no sucede lo mismo cuando el plazo es por meses. Por ejemplo imaginemos un plazo de un mes que se inicia el día 15 del mes de julio, dos posibilidades:

A) El plazo concluye el día 15 de agosto, ya que el cómputo ha de hacerse de mes a mes sin excluir los inhábiles. Ahora bien, como el día 15 de agosto es inhábil el mismo vence el primer día hábil siguiente, por ejemplo el día 1 septiembre si no es sábado o festivo.

B) El plazo concluye el día 15 de septiembre, el cómputo ha de hacerse de mes a mes hábil, excluyendo el único mes inhábil.

La primera de las posibilidades es la que parece más acorde con las disposiciones citadas, ya que si siguiéramos la segunda, en el cómputo de los plazos por meses estaríamos excluyendo los días del mes de agosto, que conforme el art. 5.2 CC, al que se remite el art. 185 LOPJ, no se pueden excluir en este tipo de plazos.

En consecuencia, en el cómputo de los plazos por meses no se puede excluir agosto, cuando el plazo venza en agosto, se entenderá prorrogado hasta el primer día hábil de septiembre (argumento *ex* art. 185.2 LOPJ).

5. PLAN Y OPERACIONES DE LIQUIDACIÓN

SEMINARIO DE JUECES DE LO MERCANTIL DE CATALUNYA,
DE 23 DE MARZO DE 2011

Suscriben las presentes conclusiones:

Enrique Grande Bustos

Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Barcelona.

José María Ribelles Arellano

Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Barcelona.

José María Fernández Seijo

Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona.

Luis Rodríguez Vega

Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil n.º 4 de Barcelona.

Daniel Irigoyen Fujiwara

Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil n.º 5 de Barcelona.

Francisco Javier Fernández Álvarez

Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil n.º 6 de Barcelona.

Raúl García Orejudo

Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil n.º 7 de Barcelona.

Marta Cervera Martínez

Magistrada Jueza del Juzgado de lo Mercantil n.º 8 de Barcelona.

Bárbara Cordova Ardao

Magistrada Jueza del Juzgado de lo Mercantil n.º 9 de Barcelona.

Juan Manuel de Castro Aragonés

Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil n.º 10 de Barcelona.

Hugo Novales Bilbao

Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil de Girona.

Eduardo Enrech Larrea

Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 6, con competencias en materias mercantiles

M. Arantzazu Ortiz González

Magistrada Jueza del Juzgado de lo Mercantil de Tarragona.

Yolanda Ríos López

Jueza de refuerzo del Juzgado de lo Mercantil n.º 3 y 4 de Barcelona.

Justificación

Los presentes criterios no tratan de imponer una determinada doctrina, sino que responden a la necesidad evidente de unificar la interpretación que damos en nuestra práctica a la Ley Concursal. Lógicamente no cierran ningún debate jurídico, sino que su objetivo es mucho más modesto, pero, en cualquier caso, lo que nos interesa dejar claro es que por sí solas no pueden ni deben fundamentar jurídicamente una pretensión.

Nuestras conclusiones surgen del debate de problemas que compartimos, la búsqueda de soluciones comunes y el compromiso profesional de respetarlas en la medida que se adapten al caso enjuiciado, pero sabemos que los casos son más diversos que

las soluciones que aquí se proponen, por lo que las respuestas necesariamente han de ser igualmente diversas, nuestro objetivo es limitar esas diferencias y comprometernos a explicarlas.

Tampoco es nuestra intención proporcionar una guía de soluciones de obligado cumplimiento para los administradores concursales, sino presentar una propuesta razonable de soluciones jurídicas a los problemas del concurso estudiados, debidamente consensuada, pero que no exime de fundamentar jurídicamente cualquier pretensión ante nuestros Juzgados.

Lógicamente estos criterios respetan las decisiones que las correspondientes secciones de las Audiencias Provinciales han ido adoptando sobre los problemas planteados y están sometidos a lo que los tribunales vaya resolviendo sobre estas materias.

I. LOS EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO SOBRE LAS EJECUCIONES HIPOTECARIAS

1. Regla general: La declaración de concurso no debe afectar a la ejecución hipotecaria (art. 55.4 LC) ni a la competencia objetiva para conocer de dicha acción

El primer problema que nos planteamos es el relativo a la competencia objetiva para conocer de las ejecuciones de garantías reales que graven los bienes que forman parte de la masa activa del concurso.

A pesar de que los art. 86 ter LOPJ y art. 8 LC atribuyen al juez del concurso competencia para conocer de «toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado», lo cierto es que la LC, cuando regula los efectos del concurso sobre las acciones individuales de los acreedores, excepciona de la regla general de suspensión de los procedimientos de ejecución, los procedimientos de ejecución de garantías reales, art. 55.4 LC. Eso nos lleva a la conclusión que, como regla general, la declaración de concurso no suspende la ejecución de los procedimientos hipotecarios en curso, lógicamente iniciados ante el Juez de Primera Instancia territorialmente competente.

El art. 56 LC, al regular la excepción a dicha regla, se refiere únicamente a las ejecuciones de garantías reales (hipotecas) que graven bienes afectos a la actividad profesional o empresarial del concursado o a una unidad productiva de su propiedad. Por su parte el art. 57.1 LC atribuye al juez del concurso competencia objetiva únicamente respecto de las acciones de ejecución de garantías reales a las que se refiere el art. 56 LC. En consecuencia, la competencia objetiva para conocer de las acciones de ejecución de garantías reales corresponde a los jueces de primera instancia, excepto que se trate de bienes afectos a la actividad o a una unidad productiva. Este es el criterio seguido por la sección 15.^a de la AP de Barcelona de 22 de septiembre de 2010.

2. Reglas especiales

2.A. Bienes afectos a la actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva

2.A.1. La competencia objetiva para conocer de las ejecuciones hipotecarias (en general garantías reales) sobre estos bienes corresponde al Juez del Concurso.

Como hemos visto, la LC limita la competencia objetiva del juez del concurso a la ejecución de las hipotecas que graven bienes afectos a la actividad profesional o empresarial o formen parte de una unidad productiva del concursado.

2.A.2. Los procedimientos en trámite en el momento de declararse el concurso deberían continuar su tramitación ante el Juez de primera instancia que esté conociendo del mismo, art. 56 LC, sin que pueda acordar la acumulación al concurso con remisión de los autos, que sólo puede ser acordada por el juez del concurso.

Esa atribución de competencia no determina de forma automática la acumulación al concurso de todos los procedimientos de ejecución que se refieran a este tipo de bienes, el juez de primera instancia, que conserva la competencia para conocer de la ejecución en trámite, debe de limitarse, en su caso, a suspender el procedimiento en los términos que establece el art. 56 LC, al que se remite el art. 568 LEC, en los términos propuestos en las siguientes reglas.

2.A.3. Con el fin de conseguir la suspensión del procedimiento el ejecutado puede pedir su acumulación al concurso ante el juez del concurso, para que este acuerde dicha suspensión por los plazos previstos en el art. 56.1, en los términos del art. 57.1 LC y art. 86 y ss. LEC.

El juez de primera instancia no puede acordar la acumulación del concurso del procedimiento de ejecución hipotecaria y mucho menos hacerlo de oficio, como tampoco puede hacerlo a ningún otro procedimiento, esa iniciativa corresponde exclusivamente al juez del concurso (art. 98.1 LEC) a instancia de parte o de la administración concursal, tal y como establece el art. 57.1 LC al que se remite el art. 98.1 LEC.

2.A.4. La suspensión del procedimiento no puede acordarse de oficio, sólo debe procederse a instancia del ejecutado, que deberá acompañar su petición de un informe positivo o negativo de la administración concursal.

2.A.5. La competencia objetiva para conocer de las ejecuciones sobre este tipo de bienes corresponde al Juez del Concurso (A AP BCN S. 15 de 22 de septiembre de 2010), por lo que el juez de primera instancia no debe de suspender el procedimiento hasta que el juez del concurso se pronuncie sobre la acumulación.

El juez de primera instancia no debe acordar de oficio la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria, ya que como hemos visto, en principio constituyen una excepción a la regla general de suspensión de ejecuciones singulares (art. 55 LC).

Si el bien gravado está afecto a la actividad o a la unidad productiva, la competencia objetiva para su realización en ejecución de la garantía real corresponde al juez del concurso, por lo que este es quien deberá de acordar la acumulación de procesos y como consecuencia de dicha acumulación la suspensión por los plazos previstos en el art. 56 LC.

El concursado puede pedir a la administración concursal que se pronuncie sobre esta afección y la administración concursal está obligada a decidir sobre esa petición en el mínimo plazo posible, pero, en cualquier caso, el concursado puede solicitar del juez del concurso la acumulación de procesos, el cual exigirá a la administración

concurstal que valore esa afectación, y depuse de dar audiencia a los personados que se pronunciaran sobre este punto.

Son varias las soluciones correctas para resolver sobre la petición de suspensión en el caso de conflicto entre las partes, por ejemplo el incidente concurstal, pero nos ha parecido que la propuesta, basada en el sistema previsto para resolver la acumulación de procesos, es jurídicamente razonable y suficientemente operativo. El procedimiento no se suspenderá hasta la aprobación del remate y mediante una resolución sobre la acumulación.

Es cierto que el art. 57.1 no prevé la acumulación ante el juez del concurso hasta que se haya acordado la reanudación del proceso, pero este trámite, permite, como hemos dicho resolver cualquier conflicto entre el juez del concurso y el juez de la ejecución singular.

2.A.6. Bienes afectos a la actividad profesional o empresarial o que formen parte de la unidad productiva. Con carácter general presupuesto para dicha valoración es que el concursado desarrolle de una actividad profesional o empresarial, por lo que la vivienda del deudor-concurtido no puede considerarse un bien afecto a la actividad y, por lo tanto, no puede suspenderse la ejecución hipotecaria que se haya iniciado antes del concurso o se solicite después de su declaración.

Uno de los problemas más comunes con los que desgraciadamente tenemos que enfrentarnos es con la presentación del concurso por una persona física con la vana intención de suspender la ejecución de su **vivienda**. Como hemos señalado la regla general que establece la LC es que la declaración de concurso no suspende estos procedimientos, sus efectos expresamente se limitan a los bienes afectos.

2.A.7. Para valorar que el bien esté afecto a una unidad productiva no es determinante que se haya solicitado la liquidación, por lo que este dato no impide que se acuerde la suspensión de la ejecución hipotecaria, en tanto que el objeto primordial de las operaciones pueda ser vender la unidad productiva.

Un conjunto de bienes formarán parte de una unidad productiva siempre que, pudiendo ser destinados a una actividad empresarial, su venta conjunta tenga mayor valor que su venta individual, por lo que no es imprescindible para hacer esta valoración que continúe efectivamente la actividad productiva, bastará que sea posible reanudarla.

2.B. Bienes NO afectos a la actividad profesional o empresarial

2.B.1. La ejecución de garantías sobre bienes no afectos NO ES COMPETENCIA del Juez del concurso (arts. 55.4, 56.1 y 57.1 LC), por lo tanto no se puede acumular al concurso.

2.B.2. Después de la declaración de concurso: Su ejecución debe de solicitarse ante el juez de primera instancia territorialmente competente.

2.B.3. Procedimientos en trámite antes de la declaración: Los procedimientos de ejecución en trámite deben de continuar normalmente (art. 55.4) hasta su terminación, en el caso de conflicto debería de procederse como en el supuesto anterior solicitando la acumulación al concurso.

2.B.4. *La declaración de concurso, conforme el art. 55.4 LC, no puede convertirse en un pretexto para suspender de forma injustificada un procedimiento de ejecución hipotecaria.*

3. Abierta la fase de liquidación los acreedores hipotecarios que no hayan instado su ejecución, sean o no los bienes afectos a la actividad, pierden el derecho de ejecución separada (art. 57.3 LC) quedando sujetos a las reglas de la ejecución colectiva

La regla contemplada en el art. 57.3 LC es aplicable no sólo a los bienes afectos, atribuidos a la competencia del juez del concurso, sino a todos los bienes dados en garantía real. Es preciso establecer plazo para el ejercicio del derecho de ejecución separada, ya que hay un momento en el que debe decidirse si incluirlos o no en el plan de liquidación. Si no se ha ejercitado antes de la apertura de la fase de liquidación la administración concursal ha de incluir en bien, junto con todos los demás que forman la masa activa, en el plan de liquidación, por lo que no tiene sentido que el acreedor pueda ejercitar su derecho después que se haya abierto dicha fase.

Si el bien está siendo objeto de ejecución separada solicitada antes de la apertura de esta fase simplemente deberá hacerse constar en el plan de liquidación a efectos informativos.

II. LA VENTA DE LA UNIDAD PRODUCTIVA

1. La venta de la unidad productiva, en fase común, en fase de liquidación, o, excepcionalmente, en fase de convenio (art. 102.2 LC), deberá venir justificada por el mayor valor que se pueda obtener de su venta en relación a la realización de los bienes individualmente considerados, que garanticen la continuidad de la empresa y de los puestos de trabajo, así como la mejor satisfacción de los créditos de los acreedores (art. 143.1.3 LC).

La regla general prevista en los arts. 148.1 y 149.1 LC es la venta conjunta de los bienes que integran las unidades productivas, sólo 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.

Para justificar el criterio de venta de la unidad productiva sería conveniente que la administración concursal en su plan de liquidación pudiera indicar no sólo las expectativas de precio a obtener, sino también el impacto o incidencia que pudieran tener en el concurso las ofertas que permitieran una minoración de los créditos contra la masa —si hay subrogación de contratos de trabajadores no habrá extinciones, también se podrá computar la parte de crédito laboral que asume el FoGaSa—; también deberá exponerse con claridad si la venta de la unidad productiva incide en el crédito con privilegio especial por subrogación en los contratos pendientes o por los acuerdos particulares que el comprador pueda alcanzar con el acreedor con dicho privilegio. En definitiva el valor de la venta de la unidad productiva se debe considerar en su aspecto positivo —mayor precio— y en su aspecto negativo —reducción de pasivo y, por lo tanto, mejora de las expectativas de cobro de los acreedores ordinarios.

2. En todo caso, la propuesta de enajenación (realizada por la concursada o por la administración concursal), siempre que implique la enajenación de bie-

nes especialmente afectos al pago de créditos singularmente privilegiados, deberá contener necesariamente un plan de distribución del precio entre los acreedores.

La venta de la unidad productiva puede incluir naturalmente bienes afectos al pago de créditos singularmente privilegiados, por ejemplo un inmueble gravado con una hipoteca o bienes dados en arrendamiento financiero, lo que no puede impedir la venta del conjunto, pero que añade una indudable dificultad que es la de asignar al pago de aquel crédito una cuota del precio obtenido por la venta. Por ejemplo si se vende una unidad productiva en funcionamiento que incluye una nave, gravada con una hipoteca, y maquinaria, por un único precio, ha de fijarse qué parte del precio ha de destinarse al pago del crédito hipotecario y cuál a los demás acreedores.

Los arts. 148.1 y 149.1 LC priman la venta de la unidad productiva como conjunto unitario de bienes por encima de su realización individual, sin condicionar dicha opción legislativa al pago íntegro de los bienes afectos al pago de crédito, por lo tanto, si como sucede actualmente los precios de los inmuebles han bajado ostensiblemente por debajo del valor de tasación esta referencia tampoco nos puede ayudar. Por ello, la propuesta de enajenación ha de ir acompañada de un plan de pagos, que explique la distribución del precio entre los acreedores con el fin de que pueda ser impugnada por los acreedores al hacer las observaciones y en su caso recurrida ante la Audiencia.

Para que esta fórmula sea posible es necesario que la administración concursal en el inventario (art. 82 LC) establezca con claridad el precio de mercado de los bienes, precio que no tiene porqué coincidir con el precio de subasta o tasación pactado en la escritura, y en la medida de lo posible describir la unidad productiva que pudiera ser objeto de venta y hacer una valoración aproximada. De ese modo el debate sobre el valor de los activos se producirá en el trámite de la fase común y, si no se impugna el inventario, en la liquidación se podrá justificar que la distribución del precio del conjunto se haga conforme a la proporción derivada de los precios de mercado no discutidos —aquí entraría en juego el art. 97 LC— y no sobre el valor de tasación de la escritura.

3. En estos casos la realización de los bienes gravados no tiene porque implicar el pago íntegro de los créditos privilegiados, cuando el valor de mercado del bien afecto no llegue a cubrir dicho crédito. Es decir, el producto de la enajenación no tiene que ir destinado exclusivamente a pagar los créditos especialmente privilegiados.

Como hemos dicho los arts. 148.1 y 149.1 LC priman la venta de la unidad productiva como conjunto unitario de bienes por encima de su realización individual, sin condicionar dicha opción legislativa al pago íntegro de los bienes afectos al pago de crédito, por lo que el producto de la venta, aun cuando incluya bienes especialmente afectos al pago de determinados créditos no puede ir únicamente destinado al pago de estos créditos.

Es cierto que ello puede implicar una aparente modificación de las normas sobre clasificación y pago de los créditos, pero esa ponderación viene exigida por la preferencia que los arts. 148 y 149 conceden a la venta de la unidad productiva y a la coyuntura actual en la que parece prioritario conservar la actividad empresarial. Pero hay que partir de que esa ponderación sólo puede afectar a la distribución del precio, ha de ser lo menor posible, y ha de hacerse en función del valor que los activos aportan al conjunto.

En cualquier caso sólo puede imponerse al acreedor con privilegio especial cuando su expectativa de recuperación del crédito sea inferior en la venta individual y el

sacrificio razonable a la vista de los beneficios obtenidos (actividad empresarial y conservación de puestos de trabajo).

4. Para mantener la actividad y el valor de la unidad productiva su venta puede hacerse en fase común, conforme lo previsto en el art. 43.2 LC, con autorización judicial.

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 lo justifiquen. Lo que jurídicamente no tiene sentido 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 acreedores, trabajadores y el deudor. La misión del juez del concurso es garantizar un equilibrio entre todos los intereses en juego, equilibrio que puede garantizar mediante dicha autorización en esa fase.

III. REGLAS SOBRE LA EJECUCIÓN DE LOS BIENES AFECTOS AL PAGO DE CRÉDITOS ESPECIALMENTE PRIVILEGIADOS

Los supuestos más frecuentes de bienes afectos al pago de créditos con privilegio especial:

- A) Bienes hipotecados propiedad del concursado.
- B) Bienes objeto de arrendamiento financiero respecto de los cuales no se haya instado la acción de recuperación antes de la apertura de la fase de liquidación.

1. Las reglas contenidas en el art. 155 sobre la forma de realización de los bienes afectos al pago de los créditos especialmente privilegiados (hipoteca, prenda, arrendamiento financiero) no son necesariamente aplicables al plan de liquidación.

Son varias las razones que avalan dicha conclusión. En primer lugar, el art. 148 LC, que regula el plan de liquidación no establece ninguna limitación a las operaciones de liquidación que se pueden establecer, concretamente no se remite a las normas contenidas en el art. 155 LC, a diferencia de lo que sucede en el art. 149.1.3.º LC, que regula las normas supletorias al plan de liquidación, que expresamente lo hace. En segundo lugar, parece perfectamente lógico que en el plan de liquidación los bienes hipotecados se puedan vender por debajo del precio de tasación, si aquel es el precio de mercado, sea en venta directa sea en subasta cualquiera que sea la forma prevista para su realización. Para ello sería conveniente que la administración concursal en el inventario adecuara su valor al precio real de mercado. En tercer lugar, sistemáticamente el art. 148 se encuentra en la sección dedicada a las operaciones de liquidación, mientras que el art. 155 en la dedicada al pago a los acreedores.

2. En el concurso los bienes se venden libres de toda carga, salvo los derechos reales limitativos de dominio y las cargas derivadas de créditos no incluidos en la masa pasiva. Esta regla incluye los bienes hipotecados y los objetos de arrendamiento financiero. Estos bienes han de realizarse para pagar los créditos a los que están afectos, tal y como dice el art. 155.1 LC.

No hay que olvidar que estamos ante un proceso de ejecución colectiva, el plan de liquidación ha de incluir todos los bienes de la masa activa, para proceder a pagar a los acreedores de la forma prevista en la LC. A diferencia de lo que ocurre en las eje-

cuciones singulares, destinadas a pagar un crédito en particular, en las que se mantienen las cargas anteriores, en una ejecución universal, como es la liquidación en el concurso, el objetivo es pagar a todos los acreedores, siguiendo para ello las reglas concursales. Excepcionalmente puede enajenarse un bien gravado, subsistiendo la carga y subrogando al adquirente en ella, pero en todo caso eso implicará excluir el crédito de la masa pasiva.

Los bienes objeto de arrendamiento financiero deben de incluirse en el inventario, sujetos al gravamen que supone el pago del privilegio especial (art. 155.1 LC), y sería conveniente que se advirtiera en este informe que dichos bienes serán realizados durante la fase de liquidación conjuntamente con los demás bienes que forman parte de la masa activa, para el pago del crédito privilegiado de forma preferente, si antes de su apertura no se ejercita la acción de recuperación conforme prevé el art. 56. LC. Si el arrendador financiero no ejercita dicha opción, está consintiendo que el bien se venda destinando su producto al pago de su crédito. Es cierto que se trata, en principio de bienes ajenos, pero el bien está afecto al pago del crédito (art. 155.1), por lo que para pagar esos créditos no queda otra opción que realizarlos, a menos, que, como hemos reiterado, los arrendadores financieros quieran recuperarlos ejercitando la acción prevista en la DA 1, apartado tercero de la Ley 28/1998, de 13 de julio.

No hay que olvidar que esa acción, sólo resulta perjudicada por la declaración de concurso, cuando el bien arrendado esté afecto a la actividad profesional o empresarial del concursado, tal y como dispone el art. 56.1 LC.

3. En los planes de liquidación los administradores concursales deberán prever que el acreedor titular de la primera hipoteca o el arrendador financiero pueda participar efectivamente en el proceso de venta y al final del proceso, cuando el importe ofrecido no sea suficiente para cubrir el crédito garantizado, mejorar la oferta incrementándolo al menos un 10% del precio ofrecido por el mejor postor.

Todos los acreedores pueden participar en el proceso de venta previsto en el plan de liquidación, pero los acreedores especialmente privilegiados tienen un interés especial, que ha de ser singularmente respetado. Lógicamente el proceso de venta debe de obtener el mejor precio posible y tratar de cubrir la mayor parte del crédito garantizado, primero, en interés del acreedor y, después, en interés del concurso; por ello, parece lógico reconocer a los acreedores privilegiados cuyo crédito no se vea satisfecho con la oferta recibida, una última oportunidad de mejorar el precio ofrecido. De esta forma se conjugan los intereses de acreedores privilegiados y del concurso que reduce en al menos un 10% el pasivo correspondiente al bien gravado.

IV. LOS ADMINISTRADORES CONCURSALES DEBERÁN DAR PUBLICIDAD DE LOS PLANES DE LIQUIDACIÓN EN WEBCONCURSAL

V. REGLAS DE LAS SUBASTAS JUDICIALES PREVISTAS EN LOS PLANES DE LIQUIDACIÓN Y EN APLICACIÓN DE LAS REGLAS SUPLETORIAS

1. En las subastas judiciales que se realicen en aplicación de las previsiones de los planes de liquidación o de las normas supletorias, el acreedor hipotecario (o cualquier otro acreedor con un crédito singularmente privilegiado) no puede hacer uso de los privilegios que la LEC otorga al ejecutante.

Esta regla responde a que estamos en un procedimiento de ejecución colectiva, en la que a ningún acreedor se le puede reconocer la condición de ejecutante.

2. Si la subasta queda desierta ha de celebrarse de nuevo, pero a cambio cualquier acreedor podrá aún pujar, aun cuando sea el único postor.

3. En el caso que en el plan de liquidación se prevea una subasta judicial los administradores concursales deberán de consignar las siguientes reglas:

a) *Los postores deberán consignar el 10% del valor de los bienes según el inventario para poder tomar parte en la subasta, excepto los acreedores con privilegio especial sobre el bien.*

b) *No será aplicable a estas subastas la norma prevista en el art. 671 LEC ya que no hay propiamente ejecutante.*

c) *Se admitirán todo tipo de posturas y se aprobará el remate a favor de la mejor postura sin límite alguno, cualquiera que sea su importe.*

Como hemos señalado no se deben de aplicar los privilegios del ejecutante ya que estamos ante una ejecución colectiva (arts. 670.4 y 671 LEC) y no singular.

Tampoco tiene sentido aplicar las normas sobre aprobación del remate previstas con carácter general por diferentes motivos. Cuando el precio del remate es inferior al 70% del valor del inventario:

a) El concursado realmente no puede presentar tercero que mejore la postura, ya que de haber tenido la posibilidad lo hubiera hecho en las observaciones al plan de liquidación.

b) El acreedor hipotecario no tiene el privilegio de quedarse con el bien por el 70% del valor o por el importe de la deuda, ya que no es ejecutante.

Si el remate fuese inferior al 60% no podríamos aplicar el art. 671 LEC, que es al que se remite en el caso de no aprobación de remate, ya que el acreedor con privilegio especial no es el ejecutante, ni podemos alzar el embargo, segunda posibilidad a la que se refiere el art. 671 LEC.

Pero para garantizar los derechos del acreedor hipotecario, este puede participar en la subasta sin tener que consignar el depósito ni, en su caso, el precio del remate, si hiciera la mejor postura, en tanto que no supere su crédito especialmente privilegiado.

De esta forma es posible que consigamos cumplir la finalidad de la liquidación que es la realización de los bienes que componen la masa activa para pagar la masa pasiva, por el precio que fije el mercado, sin verse limitados por precios de tasación no actuales.

VI. DURACIÓN DE LOS PLANES DE LIQUIDACIÓN Y ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL

1. Siempre que la concursada haya pedido la liquidación o, aunque no la haya pedido, no exista actividad productiva, los administradores concursales deben de iniciar de forma inmediata a su toma de posesión las gestiones necesarias para la venta de los bienes de la empresa concursada y en especial de los bienes inmuebles gravados con hipotecas.

2. La venta de los bienes inmuebles hipotecados deberá hacerse a través de agentes de la propiedad inmobiliaria o, con su colaboración, a través de la estructura comercial de la entidad de crédito acreedora, pero estas gestiones no deberán de prolongarse más de seis meses a contar desde que efectivamente se haya iniciado.

En la situación económica actual el retraso en la realización de bienes inmuebles de las empresas en liquidación, en especial de constructoras o promotoras, sólo perjudica a las entidades de crédito sin beneficio para el concursado y los demás acreedores, por lo que ha de tratar de reducirse al mínimo el impacto de la declaración de concurso. En cualquier caso la administración concursal debe de justificar las gestiones realizadas para la venta de los inmuebles. Por ello las gestiones para la venta directa de los inmuebles no deberían prolongarse más de seis meses e iniciarse desde el mismo momento en que la administración concursal tome posesión de su cargo durante la fase común, con el fin de que el plan de liquidación pueda recoger ofertas o reducir a un mínimo el proceso de venta directa, por ejemplo quince días o un mes.

En los casos en los que el concursado pide la liquidación con la solicitud de concurso o cuando carece de actividad productiva, la administración concursal sabe que deberá asumir el proceso de liquidación, por lo que al tiempo que prepara el informe debe preparar el plan de liquidación. Con este último fin debe de iniciar a la mayor brevedad posible las gestiones necesarias para la venta de bienes y en especial los inmuebles. Es indudable que puede realizar por sí mismo esas gestiones, pero también puede acudir a los profesionales que en el mercado se ocupan de la venta de este tipo de bienes, pactando una comisión justa. Lo que no tiene sentido es iniciar esas gestiones con la aprobación del plan de liquidación y retrasar de forma innecesaria la subasta de los inmuebles.

El plan de liquidación debe de recoger las operaciones concretas de liquidación propuestas por la administración concursal después de haber efectuado un proceso público. Por ejemplo, si el administrador concursal ha encargado a un API la venta de inmuebles durante seis meses en la fase común y se han obtenido algunas ofertas, estas se pueden realizar mediante la autorización individual de la operación o mediante su inclusión en un plan de liquidación. Pero si durante ese período no se ha obtenido ninguna oferta, no tiene sentido prever nuevamente en el plan de liquidación otro plazo para la venta directa, prolongando innecesariamente la liquidación. En este último caso, parece que lo más razonable sería acudir a la subasta o a la dación en pago con acuerdo de la entidad financiera.