



Roj: **AJM C 2838/2021 - ECLI:ES:JMC:2021:2838A**

Id Cendoj: **15030470012021200013**

Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **26/07/2021**

Nº de Recurso: **15/2020**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Sección de calificación (Art.174.2 LC)**

Ponente: **NURIA FACHAL NOGUER**

Tipo de Resolución: **Auto**

XDO. DO MERCANTIL N. 1 DE A CORUÑA

C/CAPITAN JUAN VARELA, S/N, 2ª PLANTA - A CORUÑA - EDIFICIO ANTIGUA AUDIENCIA PROVINCIAL)

Teléfono: 981182166/881881135 Fax: 981182134

Correo electrónico: mercantil1.coruna@xustiza.gal

Equipo/usuario: CB

Modelo: S40010

N.I.G.: 15030 47 1 2019 0001220

S5L SECCION V LIQUIDACION 0000015 /2020 L

Procedimiento origen: CNO CONCURSO ORDINARIO 0000015 /2020

Sobre CONCURSOS VOLUNTARIOS

ACREEDOR D/ña. BANCO SANTANDER SA

Procurador/a Sr/a. RAMON UÑA PIÑEIRO

Abogado/a Sr/a.

DEUDOR D/ña. ISIDRO 1952,S.L.

Procurador/a Sr/a. JOSE MARTIN GUIMARAENS MARTINEZ

Abogado/a Sr/a. JAVIER RODRIGUEZ FERNANDEZ

AUTO

En A Coruña, a 26 de julio de 2021.

HECHOS

PRIMERO.- El pasado día 26 de mayo de 2021 se registró en este Juzgado solicitud formulada por la Administración concursal de ISIDRO 1952 S.L. para que se acordase la cancelación y el levantamiento de las cargas que gravan la finca registral nº 29.433 del Registro de la Propiedad nº 5 de A Coruña, en concreto, las siguientes:

* HIPOTECA de máximo a favor de la entidad Banco Pastor, S.A. (hoy Banco Santander) en garantía de un préstamo a favor de Isidro 1952, S.L.U., siendo la deuda actual de 8.631.842,32.-€. La responsabilidad hipotecaria máxima es de 8.400.000,00 €. Dicha garantía hipotecaria sería de primer rango.

* HIPOTECA de máximo a favor de la entidad Banco Pastor, S.A. (hoy Banco Santander) en garantía de un préstamo a favor de la mercantil Comercial de Cultivos Piscícolas de Galicia, S.L., siendo la deuda actual de



2.187.444,99 €. La responsabilidad hipotecaria máxima es de 2.100.000,00 €. Dicha garantía hipotecaria sería de primer rango. La concursada tiene la condición de hipotecante no deudor.

* HIPOTECA de segundo rango a favor del fondo de capital riesgo "EMPRENDE, F.C.R.", gestionado por la entidad pública XESGALICIA, en garantía de un préstamo concedido a la mercantil Comercial de Cultivos Piscícolas de Galicia, S.L. y Norte-Sur, S.L. La deuda actual asciende a 10.295.644,16 €. La responsabilidad hipotecaria máxima es de 3.200.000,00 €. Formalizada en escritura con fecha 30 de noviembre de 2009, autorizada por el Notario de Santa María de Oleiros, D. Rafael Benzo Sáinz bajo el número de protocolo 3732. Inscripción 6ª, Tomo 3.092, Libro 413, Folio 73, de fecha 12 de diciembre de 2009. La concursada tiene la condición de hipotecante no deudor.

* HIPOTECA flotante de un conglomerado de entidades que ostenta el tercer rango, que garantizaría un préstamo sindicado a favor de la mercantil Comercial de Cultivos Piscícolas de Galicia, S.L. La deuda actual asciende a 14.324.913,47 €. La responsabilidad hipotecaria máxima es de 3.300.000,00 €. Formalizada en escritura con fecha 12 de julio de 2017, autorizada por el Notario de Santa María de Oleiros, D. Rafael Benzo Sáinz, bajo el número de protocolo 1896. Inscripción 16ª, Tomo 3.309, Libro 562, Folio 97, de fecha 30 de noviembre de 2017. La concursada tiene la condición de hipotecante no deudor.

Asimismo, se solicita que se ordene la cancelación de las anotaciones de embargo y anotación de la declaración de concurso: anotación de embargo a favor de la TGSS; anotación de embargo a favor de EXTERNA TRABAJO TEMPORAL ETT S.L., EXTERNA SERVICIOS GENERALES DE EMPRESA S.L.

La cancelación de cargas que se peticiona es consecuencia de la transmisión de las unidades productivas de la concursada, respecto de la que también se formula autorización judicial.

SEGUNDO.- Por providencia de fecha 27 de mayo de 2021 se acordó dar traslado a las partes personadas de la solicitud formulada por la AC.

La ofertante, GRUPO PROFAND S.L., mostró conformidad con la transmisión de las unidades productivas y solicitó expresamente que se acordase la cancelación de cargas.

La entidad ABANCA se opuso a lo solicitado por considerar que no existe causa legal que ampare la cancelación de la carga hipotecaria.

BANCO SANTANDER se mostró conforme con la solicitud de autorización judicial en su escrito de fecha 30 de junio de 2021.

La entidad XESGALICIA se opuso a la cancelación de la carga constituida a su favor.

A continuación, quedaron las actuaciones pendientes de resolver.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- PRONUNCIAMIENTO JUDICIAL PREVIO DE ESTE JUZGADO SOBRE LA EXISTENCIA DE SUCESIÓN DE EMPRESA

Para resolver sobre las cuestiones a las que se refiere la autorización judicial presentada por la AC de ISIDRO 1952 S.L., se hace necesario tomar como punto de partida el Auto de 1 de junio de 2021, dictado por este Juzgado, en el que se consideró que la transmisión proyectada tenía por objeto las unidades productivas de la concursada, por lo que, a efectos laborales y de seguridad social, debía concluirse que existía sucesión de empresa. Con todo, dado que en esta resolución se delimitaba el perímetro de las unidades productivas objeto de transmisión, también se acordó que la sucesión de empresa a efectos laborales y de seguridad social quedaba limitada a los contratos de trabajo en los que quedase subrogado el adquirente, si los hubiere:

"En este supuesto, se ha justificado por la AC que la transmisión tiene por objeto las dos unidades productivas de la concursada, cuya enajenación se ha proyectado conforme a las previsiones del plan de liquidación judicialmente aprobado. La AC ha justificado la existencia de tales unidades productivas, a partir de la idoneidad y plena operatividad de las instalaciones para su correcto funcionamiento empresarial. Ninguno de los personados ha formulado alegaciones ni se ha mostrado de la transmisión de estas unidades productivas.

Por razones de seguridad jurídica, es oportuno pronunciarse en los términos ya acordados en Providencia de 2 de marzo de 2021 y, a la vista de las aclaraciones efectuadas por la AC, considerar que la transmisión proyectada tiene por objeto las unidades productivas de la concursada. Este pronunciamiento judicial conlleva que, a efectos laborales y de seguridad social, se entienda que existe sucesión de empresa. Asimismo, la competencia para efectuar este pronunciamiento incumbe en exclusiva al juez del concurso -cfr. Art. 221.2 TRLC-".



Esta resolución fue recurrida por la TGSS, si bien el recurso de reposición fue desestimado por Auto d 5 de julio de 2021, firme en Derecho.

SEGUNDO.- AUTORIZACIÓN PARA LA TRANSMISIÓN DE UNIDADES PRODUCTIVAS DE ISIDRO 1952 S.L.

Una vez que el Auto de fecha 1 de junio de 2021 se pronunció sobre cuál era el objeto de la transmisión que se proyectaba -referida a las dos unidades productivas de la concursada, consistentes en unidad productiva de frío y unidad productiva de elaboración de pescado-, lo procedente en este momento es conceder la autorización judicial que se ha interesado por la AC de ISIDRO 1952 S.L.

En la solicitud que se dirige al juzgado se informa sobre el proceso de comercialización de las unidades productivas de la concursada y sobre cuál ha sido la mejor de las ofertas que se han recibido: se trata de la presentada por el GRUPO PROFAND S.L., por un precio global de 9.220.000 euros, destinados, respectivamente, a la unidad de frío -6.220.000 euros- y a la de elaboración de pescado -3.000.000 euros-.

La AC ha efectuado una completa evaluación de la oferta y de su carácter beneficioso para el concurso. Se identifican de forma completa los bienes, derechos, contratos y licencias o autorizaciones que se incluyen en la misma. Dado que las partes personadas no han hecho valoración alguna de la falta de conveniencia o justificación de la operación, lo procedente es conceder la autorización judicial que se solicita, y que ya se preveía en el plan de liquidación judicialmente aprobado.

La única discrepancia es la que se refiere a la cancelación de las cargas de naturaleza real que gravan la finca registral nº 29.433, constituidas por la concursada en la condición de hipotecante no deudor.

TERCERO.- TRANSMISIÓN DE UNIDADES PRODUCTIVAS DE LA QUE FORMAN PARTE BIENES O DERECHOS AFECTOS AL PAGO DE CRÉDITO CON PRIVILEGIO ESPECIAL: TRANSMISIÓN SIN SUBSISTENCIA DE GARANTÍA

En la solicitud que se formula por la AC se indica que la finca registral nº 29.433, incluida en la oferta dentro del perímetro de la unidad productiva de frío, se encuentra gravada con las hipotecas inscritas que se han identificado en el Antecedente de Hecho Primero de la presente resolución.

Se solicita que se proceda a la cancelación de todas las cargas y gravámenes que pesan sobre este activo, incluidas las cargas hipotecarias constituidas por la concursada en su condición de hipotecante no deudor. Así, la mejor oferta que se ha recibido lo es para la adquisición de la unidad productiva, sin subsistencia de las garantías que gravan la finca registral nº 29.433. Ello nos obliga a aproximarnos al régimen del art. 214 TRLC.

Aquel precepto lleva por rúbrica "[b]ienes y derechos incluidos en establecimientos o unidades productivas" y en él se regulan las especialidades que habrán de observarse en el caso en que estuviesen incluidos bienes o derechos afectos a créditos con privilegio especial dentro de los establecimientos, explotaciones o cualesquiera otras unidades productivas que se enajenen en el concurso. Las reglas que se prevén en este precepto distinguen los supuestos de transmisión con y sin subsistencia de garantía, como hacía el derogado artículo 149, apartado 2, LC.

Para los supuestos de transmisión 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 al valor global de la unidad productiva transmitida.

Si el precio a percibir no alcanzase el valor de la garantía será necesaria la conformidad a la transmisión por los acreedores con privilegio especial que tengan derecho de ejecución separada, siempre que representen, al menos, el setenta y cinco por ciento de la clase del pasivo privilegiado especial, afectado por la transmisión. La parte del crédito garantizado que no quedase satisfecha será reconocida en el concurso con la clasificación que corresponda.

Nótese que, como hacía el derogado artículo 149.2.a) LC, si el precio a percibir por los acreedores privilegiados no alcanza el valor de la garantía, la operación sólo podrá materializarse si se logra la conformidad de los acreedores con privilegio especial que tengan derecho de ejecución separada y que representen, al menos, el 75 % de la clase de pasivo privilegiado especial afectado por la transmisión.

No plantea problemas la determinación del "pasivo privilegiado especial afectado por la transmisión", pues esta referencia nos remite al artículo 287 TRLC que, en relación a los créditos con privilegio general o especial, prevé que su inclusión en la lista de acreedores se haga en alguna de las siguientes clases:

- * Los créditos de derecho público.
- * Los créditos laborales.
- * Los créditos financieros.



* Los restantes créditos. En esta clase se incluirán los de los acreedores por operaciones comerciales y el resto de acreedores no incluidos en las categorías anteriores.

Mucho más cuestionada ha sido la alusión a los "acreedores con privilegio especial que tengan derecho de ejecución separada". La STS de 21 de noviembre de 2017, [RJ 2017/5276], se refería a las especialidades previstas en el artículo 149.2 LC cuando los bienes y/o derechos afectos al pago de créditos con privilegio especial formaban parte de una unidad productiva. En el artículo 149.2 LC -que llevaba por rúbrica "reglas legales de la liquidación"- se incluyeron singularidades para la transmisión de unidades productivas, que fueron introducidas por el RDL 11/2014, de 5 de septiembre, y más tarde por la Ley 9/2015, de 25 de mayo. La Sala Primera reconoció que estas reformas legales regularon con mayor detalle la cuestión relativa a la participación de los acreedores hipotecarios en la realización de una unidad productiva que incluyese un bien hipotecado, cuando se transmitía sin subsistencia de la garantía:

"En esos casos "será necesario que manifiesten su conformidad a la transmisión los acreedores con privilegio especial que tengan derecho de ejecución separada, que representen al menos el 75 por ciento del pasivo de esta naturaleza afectado por la transmisión y que pertenezcan a la misma clase".

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

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

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

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

Cuando los bienes o derechos afectos al pago de crédito con privilegio especial formen parte de una unidad productiva autónoma, su realización deberá acomodarse a las especialidades del artículo 214 TRLC - artículo 149.2 LC- y, en consecuencia, en el caso de que el bien afecto se enajene sin subsistencia de la garantía:

* Si el precio no alcanzase el valor de la garantía será imprescindible que muestren su conformidad con la transmisión aquellos acreedores con privilegio especial que tengan derecho de ejecución separada y que representen al menos el 75 por ciento de la "clase de pasivo privilegiado especial, afectado por la transmisión".

* Si el precio a percibir fuese igual o superior al valor de la garantía no será preciso contar con el consentimiento de los acreedores privilegiados afectados por la transmisión.

El precepto ha de ponerse en conexión con los artículos 272 y 275 LC, que pretenden obtener el verdadero valor de las garantías sobre las que recae el privilegio especial, con el fin de evitar el artificioso reconocimiento de preferencias en el concurso cuando el valor razonable del bien no cubra el total de los créditos garantizados. Para evitar la multiplicación ad infinitum de los créditos privilegiados se añadió el apartado 3 del artículo 90 LC, en el que se disponía que "el privilegio especial solo alcanzará la parte del crédito que no exceda del valor de la respectiva garantía que conste en la lista de acreedores, calculada de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 94. El importe del crédito que exceda del reconocido como privilegiado especial será calificado según su naturaleza". En todo caso, el valor de las garantías -que constituirá el límite del privilegio especial- habrá de calcularse de conformidad con el artículo 275 LC.

A los efectos que aquí interesan, podemos destacar de la regulación contenida en el artículo 214.1º TRLC las siguientes previsiones, que habrán de observarse en la hipótesis planteada -transmisión de bien o derecho afecto sin subsistencia de garantía pero que se integra en una unidad productiva de la concursada-:

* Únicamente habrá de recabarse la conformidad de los acreedores privilegiados si el precio a percibir por éstos no alcanzase el valor de la garantía. Se reconoce a favor de estos acreedores un derecho de veto que frustrará la



enajenación del bien afecto como elemento integrante de la unidad productiva si no se lograra la aquiescencia de la "mayoría reforzada del pasivo afectado", esto es, del 75 % de los acreedores privilegiados con derecho de ejecución separada que pertenezcan a la misma clase del "pasivo privilegiado especial", afectado por la transmisión. La subclasificación de los créditos privilegiados exige a la administración concursal, siempre que en el momento de presentación de la lista de acreedores no estuviese en tramitación la fase de liquidación ni el concursado así lo hubiese interesado, que los créditos con privilegio general o especial hayan de incluirse en alguna de las siguientes clases: créditos de derecho público, créditos laborales, créditos financieros y restantes créditos -cfr. artículo 287 TRLC-.

* Serán considerados "acreedores con privilegio especial que tengan derecho de ejecución separada" aquellos acreedores que, "en abstracto", ostenten este derecho según la legislación concursal, aunque no lo hubiesen ejercitado con anterioridad a la apertura de la fase de liquidación -cfr. AAP de Murcia de 16 de marzo de 2017-. La STS de 21 de noviembre de 2017, [RJ 2017/5276], afirmó 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". Por tanto, estos "acreedores con privilegio especial que tengan derecho de ejecución separada", cuya conformidad con la transmisión sin subsistencia de garantía habrá de recabarse al tenor del artículo 214.1º LC, serán todos aquellos a los que el Texto Refundido confiere el derecho de ejecución separada de la garantía, incluidos los que no activaron la ejecución singular con anterioridad a la apertura de la liquidación concursal.

* Este derecho de veto es absoluto y opera, por tanto, con independencia de cuál sea el método utilizado para realización de la unidad productiva. Así se desprende del artículo 214 TRLC, que principia disponiendo que "[e]n todo caso, si los bienes y derechos de la masa activa afectos a créditos con privilegio especial estuviesen incluidos en los establecimientos, explotaciones o cualesquiera otras unidades productivas que se enajenen en conjunto se aplicarán las siguientes reglas...". Sin duda, existen razones para cuestionar el mantenimiento del derecho de veto de los acreedores con privilegio especial cuando la enajenación de la unidad productiva tiene lugar por medio de subasta, pues en las ventas individuales de bienes y derechos afectos no opera una previsión similar a la contenida en el artículo 214 TRLC. Pero la redacción del precepto es clara y nos lleva a concluir que este derecho de veto, absoluto y libérrimo, de los acreedores privilegiados, se activará cualquiera que sea el modo de realización empleado si los bienes o derechos afectos forman parte de la unidad productiva objeto de transmisión.

* Por último, si el precio a percibir fuese igual o superior al valor de la garantía, no será preciso recabar el consentimiento de los acreedores privilegiados afectados.

La reciente STS nº 694/2020, de 29 de diciembre, reitera el criterio de la Sala sobre la venta de unidades productivas que incluye activos afectos a una garantía para el cobro de un crédito clasificado en el concurso como privilegio especial:

"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: [...]

"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".

En el presente supuesto, se cuenta con la conformidad expresa de BANCO SANTANDER, titular de un crédito con privilegio especial reconocido por Sentencia de este Juzgado de fecha 19 de octubre de 2020: el privilegio especial tiene su origen en la hipoteca de máximo constituida en garantía de un préstamo suscrito por ISIDRO 1952, con un saldo deudor actual que asciende a 8.631.84232 euros. Se ha determinado conforme al art. 214 TRLC cuál es la cantidad que debe percibir el acreedor con privilegio especial, del total del precio ofertado por la unidad productiva de frío -6.220.000 euros-: corresponde a BANCO SANTANDER la suma de 5.348.95120 euros, pues la nave industrial afecta al pago del crédito con privilegio especial reconocido a favor de esta entidad representa un 85996 % del valor global de la unidad productiva que es objeto de transmisión. Según se indica por la AC, el valor de la nave hipotecada asciende a la cantidad de 5.408.97840 euros respecto del valor total de esta unidad productiva que se enajena.



Se ha recabado la conformidad expresa del acreedor con privilegio especial, por lo que se cumplen las exigencias del art. 214.1.1º TRLC. La transmisión implica la cancelación de esta carga hipotecaria y la reclasificación del crédito no satisfecho, según su naturaleza.

El problema procede de la negativa a la cancelación mostrada por las titulares de las cargas hipotecarias se segundo y tercer rango, que pesan sobre la finca registral nº 29.433:

* HIPOTECA de segundo rango a favor del fondo de capital riesgo "EMPRENDE, F.C.R.", gestionado por la entidad pública XESGALICIA, en garantía de un préstamo concedido a la mercantil Comercial de Cultivos Piscícolas de Galicia, S.L. y Norte-Sur, S.L. La deuda actual asciende a 10.295.644,16 €. La responsabilidad hipotecaria máxima es de 3.200.000,00 €. Formalizada en escritura con fecha 30 de noviembre de 2009, autorizada por el Notario de Santa María de Oleiros, D. Rafael Benzo Sáinz bajo el número de protocolo 3732. Inscripción 6ª, Tomo 3.092, Libro 413, Folio 73, de fecha 12 de diciembre de 2009. La concursada tiene la condición de hipotecante no deudor.

* HIPOTECA flotante de un conglomerado de entidades que ostenta el tercer rango, que garantizaría un préstamo sindicado a favor de la mercantil Comercial de Cultivos Piscícolas de Galicia, S.L. La deuda actual asciende a 14.324.913,47 €. La responsabilidad hipotecaria máxima es de 3.300.000,00 €. Formalizada en escritura con fecha 12 de julio de 2017, autorizada por el Notario de Santa María de Oleiros, D. Rafael Benzo Sáinz, bajo el número de protocolo 1896. Inscripción 16ª, Tomo 3.309, Libro 562, Folio 97, de fecha 30 de noviembre de 2017. La concursada tiene la condición de hipotecante no deudor.

Nótese, además, que la finca registral nº 29.433 se encuentra gravada con una hipoteca de máximo a favor de la Banco Pastor, S.A. (hoy Banco Santander), en garantía de un préstamo a favor de la mercantil Comercial de Cultivos Piscícolas de Galicia, S.L., por lo que también en esta operación la concursada ostenta la condición de hipotecante no deudor. La entidad BANCO SANTANDER no se ha opuesto, en el traslado que se le ha concedido, a la cancelación de esta carga. En todo caso, la suerte que debe correr esta garantía ha de ser la misma de las dos hipotecas ut supra descritas.

Nos hallamos, en todo caso, ante cargas de naturaleza real constituidas en garantía de deuda ajena, por lo que la concursada ocupa la posición de hipotecante no deudor. La particular problemática cancelatoria que se plantea en este caso obliga a efectuar un análisis de la postura que han mantenido juzgados de lo mercantil y audiencias en relación a la posibilidad de cancelar, en el concurso del garante, estas garantías hipotecarias.

CUARTO.- CANCELACIÓN DE LA GARANTÍA REAL EN EL CONCURSO DEL HIPOTECANTE NO DEUDOR

A) Improcedencia de la cancelación de la carga

La postura mayoritaria al interpretar el artículo 90.1.1º LC -actual artículo 270.1º TRLC-, a los efectos del reconocimiento en el concurso de créditos con privilegio especial, ha exigido que confluyan en el concursado la condición de deudor y de titular del bien gravado -cfr. SAP de Pontevedra nº 476/2011, de 26 de septiembre, [ROJ: SAP PO 2306/2011], SAP de Madrid, Sección 28ª, de 6 de marzo de 2015, [ECLI: ECLI:ES:APM:2015:6212], SAP Córdoba, Sección 3ª, de 23 de septiembre de 2013, [ECLI: ECLI:ES:APCO:2013:1380], AAP de Cantabria de 3 de marzo de 2015, SAP de Granada nº 87/2016, de 7 de abril, [ECLI: ECLI:ES:APGR:2016:747], SSAP Madrid de 6 de marzo de 2015 y 27 mayo 2016 y SJM nº 1 de Oviedo de 20 de enero de 2014, [ROJ: SJM O 1217/2014], entre otras-. En el concurso del hipotecante no deudor, dado que no ostenta la condición de deudor de la obligación garantizada, el acreedor hipotecario no será incluido en la masa pasiva del concurso: si el hipotecante no deudor ha constituido la garantía a favor de una deuda ajena y se produce su posterior declaración de concurso, el concursado no puede ser considerado deudor frente al acreedor hipotecario -cfr. RDGRN de 7 de junio de 2012, [RJ 2012/10042]-.

En lógica coherencia, un sector de la doctrina se ha postulado a favor de la tesis que niega la competencia del juez del concurso para cancelar la carga hipotecaria en el concurso del hipotecante no deudor. También encontramos en las bases de datos diversas resoluciones de Juzgados Mercantiles y Audiencias Provinciales que consideraron inaplicable en el concurso del hipotecante no deudor el régimen establecido en el artículo 155 LC para la cancelación de la carga hipotecaria que se ha constituido en garantía de una obligación ajena. Para ello ha de incidirse en la idea de que el crédito del acreedor hipotecario no se reconoce en la masa pasiva del concurso por lo que, aunque el bien gravado sí forma parte de la masa activa, la carga real sólo supone una merma de su valor de mercado. Para la SAP de Pontevedra de 22 de enero de 2020, con cita de su Auto de 5 de abril de 2017, en el concurso del hipotecante no deudor, el acreedor hipotecario no es acreedor de la concursada. El crédito está garantizado mediante una hipoteca que grava bienes propiedad de la concursada y así lo hará mientras subsista la causa que en que se fundamenta. Por ello, la pretensión de cancelar la hipoteca con carácter previo al remate o transmisión de los bienes, prescindiendo del consentimiento del titular del derecho real o del pago del crédito asegurado, atenta contra la razón de ser de la carga, por lo que no



puede ser aprobada. La misma tesis sostienen el AJM nº 3 de Valencia de 22 de noviembre de 2016, AAP de Murcia de 2 de febrero de 2017, AJM nº 1 de Girona nº 314/2017, de 19 de diciembre, AJM nº 2 de Pontevedra de 6 de septiembre de 2017, [ROJ: AJM PO 67/2017], y AJM nº 2 de Pontevedra de 8 de agosto de 2019. Un pronunciamiento desestimatorio de la pretensión de cancelación de la carga hipotecaria se encuentra en la SJM nº 2 de Pontevedra de 31 de julio de 2019, [JUR 2019/271393], en el que la concursada ocupaba la condición de hipotecante no deudora, habiéndose constituido la garantía para asegurar el pago de una obligación de su matriz; la modalidad de hipoteca consistía además en una hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito del artículo 153 LH.

A partir de las anteriores consideraciones, cabe preguntarse si resulta posible que en la liquidación concursal se proceda a la cancelación de la carga hipotecaria, que se constituyó en garantía de un crédito que no se ha reconocido en el concurso, que fue la deuda contraída por el deudor no hipotecante. La cancelación de la garantía, como consecuencia de la realización del bien gravado en la fase de liquidación concursal, conllevaría un evidente perjuicio para el acreedor hipotecario, que no es acreedor del concursado sino de un tercero. Basta pensar que el acreedor hipotecario podría no haber acudido hasta este momento a la ejecución hipotecaria porque el deudor principal está cumpliendo puntualmente con sus obligaciones: si en esta hipótesis se le entregase alguna cantidad al acreedor hipotecario, podría darse un evidente enriquecimiento injusto, salvo que el comprador procediese en la forma prevista en el artículo 118.2 LH. Así, no puede olvidarse el tenor del artículo 118 LH que, para el supuesto de venta de la finca hipotecada, prevé que si se hubiese pactado que el segundo se subrogue, no sólo en las responsabilidades derivadas de la hipoteca, sino también en la obligación personal garantizada, "quedará el primero desligado de la obligación, si el acreedor prestase su consentimiento expreso o tácito". Nos hallamos ante una asunción liberatoria que requiere del consentimiento del acreedor, conforme a la norma general del artículo 1205 CC. El artículo 118.2 LH prevé el supuesto en que no se hubiese pactado la transmisión de la obligación garantizada, pero el comprador hubiese descontado su importe del precio de venta, o lo hubiese retenido y al vencimiento de la obligación fuese satisfecha por el deudor que vendió la finca, en cuyo caso éste quedará subrogado en el lugar del acreedor hasta que se le reintegre por el comprador el importe retenido o descontado.

La cuestión se complica si tenemos en cuenta que el pago a los acreedores debe respetar, en el concurso del hipotecante no deudor, el orden de prelación previsto en los artículos 429 y siguientes TRLC, por lo que si el acreedor hipotecario no ha sido incluido en la masa pasiva del concurso no podría recibir pago alguno como consecuencia de la realización del bien gravado en la liquidación concursal.

Las razones que dan apoyo a este criterio se reconducen a la imperativa observancia del orden legal de prelación que ha de observarse para el pago a los acreedores dentro del concurso -v. gr. artículos 429 y siguientes TRLC- y a la inexistencia de privilegio alguno en el seno del concurso a favor del acreedor hipotecario -que lo es de un tercero y no del concursado-. En efecto, si el acreedor hipotecario no ha sido incluido en la masa pasiva del concurso no podrá recibir pago alguno como consecuencia de la realización del bien gravado en la liquidación concursal.

La carga hipotecaria no concede al titular de la garantía la condición de acreedor con privilegio especial, por lo que la enajenación del bien sobre el que se constituyó la garantía no ha de respetar las previsiones del artículo 210 TRLC - artículo 155 LC-, dado que este precepto se refiere a las reglas para la enajenación de bienes y derechos afectos al pago de un crédito con privilegio especial -en este sentido, vid. SAP de Granada de 7 de abril de 2016, [JUR 2016/174983]-.

Para la Audiencia Provincial de Murcia -Auto de 2 de febrero de 2017-, no será posible cancelar la garantía hipotecaria en caso de liquidación del bien en el concurso del hipotecante no deudor "al no estar incluido en la masa pasiva el crédito asegurado, tal y como prevé el art 82.3 LC en relación con el art. 666.1 LEC". Por ello, como concluye esta resolución, la venta libre de cargas y gravámenes no es admisible en el concurso del hipotecante no deudor, por lo que el Tribunal reconoce la dificultad que conlleva la subsistencia de la garantía para la posible transmisión de la unidad productiva, de la que forma parte el bien gravado en garantía de la deuda de un tercero, mas "si la forma de conseguirlo es la venta sin gravámenes, la única manera que vislumbramos para que ello tenga lugar en el seno del proceso concursal de la hipotecante no deudora, es que consienta su cancelación INFO, como entidad en cuyo favor se han practicado (art 82LH)". El criterio lo encontramos en la SAP de Murcia nº 691/2019, de 26 de septiembre.

En la misma línea se postulaba el AJM nº 2 de Pontevedra de 6 de septiembre de 2017, [Roj: AJM PO 67/2017], en el que se denegó la solicitud de autorización judicial para la transmisión de varios inmuebles pertenecientes a la concursada que habían sido hipotecados en garantía de una deuda ajena. La administración concursal formuló una solicitud al amparo del artículo 155.4 LC, que el Juzgado rechazó, por considerar que el acreedor hipotecario no podía ser privado de su garantía sin su consentimiento y sin que se le hubiese hecho pago de la obligación garantizada.



Sin embargo, esta resolución no entendió aplicable el artículo 155 LC para la cancelación de la carga hipotecaria en el concurso del hipotecante no deudor. Para ello se partía del criterio predominante en los Juzgados de lo Mercantil y Audiencias Provinciales acerca de cuál ha de ser el tratamiento del crédito del acreedor garantizado en el concurso del hipotecante no deudor. La comprensión de tal postura interpretativa requiere tomar como punto de partida la disociación entre deuda y responsabilidad, que ha sido empleada por algunos autores para diferenciar al fiador del hipotecante no deudor, al señalar de éste que no debe, ni responde, sino que se encuentra sujeto a la carga real hipotecaria.

Veamos a continuación cuáles son los argumentos empleados en el AAP de Pontevedra de 5 de abril de 2017 para llegar a la conclusión de que la cancelación de la carga no es posible en el concurso del hipotecante no deudor:

"Si la valoración del bien debe tener en cuenta las garantías reales que aseguren deudas no incluidas en la masa pasiva, como es el caso, ya que la deuda no es de la concursada sino de un tercero -aunque esté garantizada con una hipoteca constituida sobre bienes de la concursada-, es porque la carga persiste tras la declaración de concurso y sigue al bien cualquiera que sea su destino. Por esta razón saldrá a subasta, no por su valor abstracto, sino minorándolo en función del impacto del gravamen.

Conviene recordar que la hipoteca se define como un derecho real de garantía, por el que uno o más bienes quedan afectos al cumplimiento de una determinada obligación; es un derecho de realización de valor, que autoriza al acreedor que no ha cobrado al vencimiento a embargar y vender el inmueble para pagarse con el precio obtenido.

El hecho de que el bien garantice frente al acreedor la deuda de un tercero y que la sociedad titular -hipotecante no deudora- se encuentre en fase de liquidación en absoluto afecta al derecho de hipoteca, que se mantiene. La doctrina es unánime al insistir en que "la hipoteca es y derecho real que tiene por regla general relación con los créditos, pero también puede vivir completamente alejado de ellos" (Jerónimo González) o en que "la hipoteca es siempre causal, sin que será su causa la existencia de un crédito asegurable, sino únicamente el ánimo solvendi. Con esta concepción, cuando el crédito asegurado es pagado al titular de la hipoteca, la extinción ipso iure del derecho real no se produce por un fenómeno de accesoriedad, sino por la desaparición de su única y necesaria causa. En las demás causas de extinción del crédito (prescripción, concurso, etc) que no son de pago, queda intacta la hipoteca, precisamente por subsistir su causa: asegurar el pago" (Chamorro).

Es cierto que, tratándose del acreedor hipotecario de la sociedad en concurso, nos hallaremos ante un crédito singularmente privilegiado (art. 90.1.1º LC), que podrá ser reclamado en los términos previstos en los arts. 56 y 57 LC y que será abonado con cargo a los bienes afectos (art. 155 LC), sin perjuicio de la opción que el apartado 4º de este último precepto atribuye al Administrador y al propio acreedor.

Pero no estamos ante un acreedor de la concursada, sino de un tercero, cuya deuda está garantizada mediante la hipoteca de bienes propiedad de la concursada; hipoteca que gravará tales bienes mientras subsista la causa que en que se fundamenta.

En estas condiciones, la pretensión de cancelar la hipoteca con carácter previo al remate o transmisión de los bienes, prescindiendo del consentimiento del titular del derecho real o del pago del crédito asegurado, atenta contra la razón de ser de la carga, por lo que no puede ser aprobada".

B) Soluciones para que la venta del bien sea respetuosa con los derechos de todos los implicados

A partir de las anteriores consideraciones se puede afirmar que no es posible cancelar el gravamen real en el concurso del hipotecante no deudor. La única posibilidad en caso de concurso del hipotecante no deudor será la enajenación del bien gravado con subsistencia de la garantía -cfr. AJM nº 2 de Pontevedra de 8 de agosto de 2019-.

Parece que lo más acorde al respeto de todos los intereses implicados en caso de concurso del hipotecante no deudor es que la transmisión del bien sobre el que se constituyó la garantía se realice con subsistencia de gravamen. Esta transmisión deja a salvo los derechos del titular de la garantía, ya que la subsistencia de la carga permite que se continúe garantizando el pago del crédito hipotecario por parte del adquirente del bien y deja expedita la ejecución singular en caso de impago de la obligación garantizada. Al tiempo, esta solución tampoco conculca los derechos de los acreedores del concursado que sí han sido incluidos en la masa pasiva del concurso y elude el reconocimiento de privilegios o preferencias que no estén amparados en la Ley.

En coherencia con esta postura interpretativa, se sugiere que el bien hipotecado pueda ser adquirido en venta directa por el acreedor hipotecario o que pueda serle adjudicado por medio de subasta; sin embargo, no podrá hacerse a su favor la dación en pago del bien, pues, en el concurso del hipotecante no deudor, el



acreedor hipotecario no titula un derecho de crédito (HUALDE LÓPEZ, I., "La realización de bienes hipotecados y cancelación registral de cargas en el concurso de acreedores").

Con invocación de lo establecido en el artículo 198, apartado 3, TRLC -equivalente al derogado artículo 82.3 LC- en el inventario habrá de valorarse el bien aplicando la minoración de valor que supone la existencia de la hipoteca constituida para asegurar deudas de un tercero. DÍAZ REVORIO ("Concurso de acreedores y registro de la propiedad", Anuario de Derecho Concursal nº 39/2016), parte de lo dispuesto en los artículos 82.3 y 149.5 LC, interpretados de forma correctora e integradora, para concluir que no procede la cancelación de la hipoteca en el concurso del hipotecante no deudor. Para el autor, el artículo 82 LC obligaba a valorar el bien disminuyendo las hipotecas a favor de tercero, lo que llevaría a considerar que, en puridad, únicamente forma parte de la masa la diferencia entre el valor del bien y la deuda garantizada que el tercero tiene con el titular acreedor hipotecario. También sería factible, según HUALDE LÓPEZ, la enajenación del bien hipotecado abonando al titular de la garantía real el importe que representa el menor valor del bien por la existencia de la garantía; enajenado el bien, cabría que el concursado se subrogase en la posición del acreedor, lo que le permitiría hacer valer su derecho frente al deudor no hipotecante.

La solución anterior es, sin duda, ingeniosa. Además, demuestra una comprensión exacta de la problemática asociada a la enajenación del bien hipotecado en el concurso del hipotecante no deudor, derivadas principalmente de la inexistencia de un privilegio especial que titule el acreedor hipotecario sobre el bien gravado. No obstante, se aprecian complicaciones adicionales en los casos de sobreendeudamiento hipotecario, que dificultan la puesta en práctica de la opción consistente en enajenar el bien y deducir de su precio -para el pago al acreedor hipotecario- el importe que representa el menor valor del bien por la existencia de la garantía. En tal caso, el bloqueo que provoca la existencia de la garantía es evidente: si el valor del bien es inferior al del crédito garantizado, todo el precio obtenido con su enajenación habría de ser entregado al titular de la garantía real, que no es acreedor en el concurso. Y la iniciales reticencias hacia una dación en pago, que comparto plenamente en términos generales, habrían desaparecido si, en realidad, el bien tiene un valor de mercado notablemente inferior al del crédito garantizado. Razones de estas características justificaron que, en el Auto de este Juzgado de fecha 2 de febrero de 2021, se entendiese procedente una dación en pago de varios inmuebles hipotecados a favor del titular de la garantía real; y ello a pesar de que esta carga no había dado lugar al reconocimiento de un privilegio especial en el concurso.

Como se verá a continuación, pueden hacerse algunas matizaciones respecto de la intangibilidad de la garantía real debidamente inscrita, si el bien estuviese gravado con varias cargas de naturaleza real y, en concreto, la que se constituyó para asegurar el cumplimiento de una obligación ajena no tuviese carácter preferente. Un supuesto de estas características es el examinado en el AJM nº 2 de Barcelona de 13 de abril de 2016, [JUR 2016/131713], en el que el juez del concurso sí consideró procedente la cancelación de la carga hipotecaria que pesaba sobre la finca y que había sido constituida por la concursada en su condición de hipotecante no deudora. Para ello se argumentó que la cancelación de las cargas posteriores a la preferente se encontraba justificada cuando el importe obtenido por la venta del bien no alcanza ni tan sólo para abonar la carga primera, ya que "una solución distinta, constituiría una situación de bloqueo para el acreedor preferente que vería cómo, en situaciones normales de venta de bienes por debajo de la carga hipotecaria prioritaria, no podría realizar los mismos por la existencia de una carga posterior".

El examen de esta problemática se abordará en el siguiente fundamento jurídico.

QUINTO.- CANCELACIÓN POR PURGA DE CARGAS DE NATURALEZA REAL

En la ejecución singular, el artículo 673 LEC dispone que "será título bastante para la inscripción en el Registro de la Propiedad el testimonio, expedido por el Letrado de la Administración de Justicia, del decreto de adjudicación, comprensivo de la resolución de aprobación del remate, de la adjudicación al acreedor o de la transmisión por convenio de realización o por persona o entidad especializada, y en el que se exprese, en su caso, que se ha consignado el precio, así como las demás circunstancias necesarias para la inscripción con arreglo a la legislación hipotecaria". El título para la inscripción de la adjudicación será el decreto de adjudicación, mientras que para la cancelación de cargas debe expedirse el mandamiento cancelatorio. Téngase en cuenta que, en los procesos de ejecución hipotecaria, también serán de aplicación los artículos 133 y 134 LH; conforme al artículo 133 LH, será título para la inscripción de la adquisición el testimonio del decreto del letrado de la administración de justicia, al que deberá acompañarse el mandamiento de cancelación de cargas. El testimonio del decreto de adjudicación es además el "título formal" que permite la inscripción en el Registro de la Propiedad.

Dentro de las disposiciones que regulan la ejecución hipotecaria en la LEC -artículos 681 a 698- no existe una previsión relativa al título que ha de expedirse para acreditar la adjudicación y cancelación de cargas, a salvo la contemplada en el artículo 692.3 LEC, en el que se dispone "en el mandamiento que se expida para



la cancelación de la hipoteca que garantizaba el crédito del ejecutante y, en su caso, de las inscripciones y anotaciones posteriores, se expresará, además de lo dispuesto en el artículo 674, que se hicieron las notificaciones a que se refiere el artículo 689".

La carencia normativa se suple acudiendo a los artículos 132- 134 LH, complementados con el artículo 674 LEC, ubicado en sede de ejecución singular, dentro de las disposiciones reguladoras de la subasta de bienes inmuebles. Este precepto dispone que "el Letrado de la Administración de Justicia mandará la cancelación de todas las inscripciones y anotaciones posteriores, incluso las que se hubieran verificado después de expedida la certificación prevenida en el artículo 656, haciéndose constar en el mismo mandamiento que el valor de lo vendido o adjudicado fue igual o inferior al importe total del crédito del actor y, en el caso de haberlo superado, que se retuvo el remanente a disposición de los interesados".

Al analizar las funciones del decreto y del mandamiento, se incide en que este último tiene por objeto "purgar" la finca, tanto de la hipoteca ejecutada, como de todas aquellas cargas llamadas a desaparecer como consecuencia de la ejecución. Tal y como afirma la RDGRN de 19 de febrero de 2016, BOE de 11 de marzo de 2016, "todas aquellas cargas que no tengan rango preferente a la hipoteca que ha dado lugar a la ejecución han de ser objeto de cancelación. Únicamente pueden subsistir aquellas cargas que sean preferentes a la hipoteca que fundamenta la ejecución y las inscripciones contempladas como excepción en el párrafo segundo del mismo artículo 134 de la Ley Hipotecaria ("tan sólo subsistirán las declaraciones de obras nuevas y divisiones horizontales posteriores, cuando de la inscripción de la hipoteca resulte que ésta se extiende por ley o por pacto a las nuevas edificaciones"), o en general, como señala la doctrina, las inscripciones que publiquen cualidades o derechos a favor de la finca subastada o hagan referencia a sus características físicas, siempre que no impliquen restricciones o limitaciones de las facultades del dominio". Se dice que la "purga" o cancelación de cargas posteriores se produce por imperativo legal y responde al interés del adjudicatario en subasta del bien ejecutado, para que el nuevo propietario se vea exento de todas las cargas constituidas con posterioridad a la que se ejecuta. De este modo, la subsistencia de cargas anteriores respeta las facultades del acreedor hipotecario de mejor rango, cuyo derecho no se ve afectado por la ejecución de una carga posterior: ésta es, en realidad, *res inter alios acta*, permaneciendo el acreedor hipotecario preferente completamente al margen de la ejecución posterior (TORIBIOS, F., DOMÍNGUEZ, A., Y SABATER, J.M., El apremio, Aranzadi).

El sistema de purga parcial previsto en la legislación procesal suscitó dudas relacionadas con el uso de la expresión "subrogado en las responsabilidades", que se empleaba en el artículo 131 LH y en el artículo 1512 LEC 1881. Se cuestionaba si, al socaire de tal subrogación, se articulaba una asunción automática de deuda en cuya virtud el adjudicatario se subrogaba en la responsabilidad real y personal. Dado que la Ley de Enjuiciamiento Civil vigente continúa utilizando la expresión "subrogación en la responsabilidad" y "subrogación en las cargas anteriores" -cfr. artículos 668, 669.2 y 670.5 LEC- se plantea si el adjudicatario se subroga en la responsabilidad real derivada de las cargas anteriores, así como en la responsabilidad personal, como un supuesto de asunción legal de deuda. CALVO y CALVO examinan esta cuestión desde la perspectiva doctrinal y jurisprudencial y concluyen que en nuestro Derecho no cabe la asunción automática de deuda sin consentimiento del acreedor -en este sentido, vid. STS de 9 de abril de 1980-. Estos autores reconocen que la doctrina tradicional (ROCA SASTRE, JERÓNIMO GONZÁLEZ, GUASP) consideró existente una subrogación automática de deuda, denominada "subrogación pasiva judicial". Pero la doctrina moderna niega que nos hallemos ante una asunción automática de deuda e invoca lo establecido en el artículo 1205 CC, en el que se exige el consentimiento del acreedor para la novación subjetiva pasiva. CALVO y CALVO (La ejecución hipotecaria: problemática registral y procesal, BOSCH) concluyen su análisis con la invocación de argumentos adicionales, entre los que se puede destacar: i) ausencia de justificación para que los efectos de una transmisión voluntaria sean distintos a los de ejecución, que deriva de un contrato de hipoteca; ii) si se admitiese la mencionada asunción automática de deuda, todas las hipotecas funcionarían como de responsabilidad limitada, pues el deudor se liberaría al ejecutar la finca; y, iii) si el deudor está en concurso, el adjudicatario pasaría a ser deudor y la deuda saldría de la masa pasiva.

En el concurso de acreedores, como consecuencia de la realización de los bienes o derechos que forman parte de la masa activa, la cancelación de cargas y gravámenes comprende todos los que se hubieran constituido con anterioridad a la declaración de concurso en garantía de créditos concursales -cfr. artículo 225 TRLC-.

Puede ocurrir que el bien o derecho objeto de realización esté afecto al pago de más de un crédito con privilegio especial y, en tal caso, la purga general abarcará todas las cargas reales constituidas sobre ese activo, destinándose el importe obtenido a la satisfacción de los créditos privilegiados según el orden del artículo 431 TRLC. Por tanto, incluso si el precio obtenido con la realización del bien afecto no cubriese la deuda garantizada de primer rango, las demás cargas de naturaleza real habrán de cancelarse. Ninguna duda cabe de que así será cuando se haya optado por la subasta como método para la realización del bien o derecho afecto.



En efecto, en caso de concurrencia de cargas de naturaleza real, resulta incontrovertible que es en la realización de activos en subasta -judicial o extrajudicial- donde la purga general de cargas y gravámenes del artículo 225 TRLC adquiere su mejor significación, así como su máxima proyección. Ya se emplee una u otra variante de subasta para la enajenación de bienes y derechos afectos al pago de créditos con privilegio especial, la salida del bien o derecho de la masa activa dará lugar a la cancelación de todas las cargas y gravámenes que pesan sobre aquél. Así sucederá, sin discusión, si se trata de cargas anteriores al concurso constituidas a favor de créditos concursales por lo que, en la dinámica cancelatoria, deviene irrelevante si las cargas o gravámenes que se cancelan eran o no preferentes: se cancelan todas ellas, por purga, aunque la prioridad de rango continuará jugando en el momento de atender el pago de los créditos con privilegio especial que recaigan sobre un mismo bien o derecho, por exigencia del artículo 431 TRLC. El límite a la facultad de purga se halla en las cargas constituidas en garantía de acreedores no concursales, aunque, como veremos, en la práctica pueden aflorar supuestos de hechos que constituyan una excepción a aquel aserto: en particular, así acaecerá en situaciones de concurrencia de gravámenes sobre un mismo bien o derecho; con ello, se hace referencia a la confluencia sobre un mismo activo de diversas cargas de naturaleza real, algunas de ellas constituidas en garantía de créditos no incluidos en la masa pasiva y otras que han dado lugar al reconocimiento de créditos con privilegio especial.

Llegados a este punto, es interesante reproducir los argumentos contenidos en el AAP de Barcelona nº 157/2017, de 15 de diciembre, [JUR\2018\21404], en el que se da respuesta a un supuesto de hecho similar al que se da en este caso:

"5. El recurso plantea como único punto controvertido del plan de liquidación si, como consecuencia de la realización de los inmuebles afectos al pago de determinados créditos con privilegio especial, que están garantizados con primeras hipotecas, han de cancelarse segundas o posteriores hipotecas constituidas a favor de la AEAT que garantizan deudas de un tercero (GRUMAN S.L.). No se trata, por tanto, de analizar en esta resolución cuál es la posición jurídica del hipotecante no deudor en el concurso, cuestión que ya ha sido zanjada en este caso, pues no se discute que el crédito de la AEAT, garantizado con bienes del concurso, no está reconocido en la lista de acreedores y tampoco se discute que esas cargas se identifican en el inventario. La apelante sostiene que la competencia del juez del concurso no se extiende a los acreedores no concursales y que el artículo 149.5º impide que se puedan cancelar cargas y gravámenes constituidos en garantía de deudas ajenas. Dicho precepto dispone lo siguiente: [...]

6. Estimamos, contra el criterio de la AEAT, que dicho precepto en modo alguno excluye el sistema de purgas o de cancelación de cargas posteriores regulado en los artículos 674 de la Ley de Enjuiciamiento CivilLegislación citadaLEC art. 674 y 133 de la Ley HipotecariaLegislación citadaLH art. 133, cuando la carga está constituida en garantía de un acreedor no concursal. La propia recurrente admite que si los bienes se hubieran realizado dentro del concurso en pieza separada, con arreglo al artículo 57.2º de la Ley Concursal Legislación citadaLC art. 57.2(precepto que reconoce el derecho de ejecución separada a los acreedores con garantía real que hubieran iniciado la ejecución antes de la declaración de concurso), su carga tendría que ser cancelada, al igual que el resto de gravámenes posteriores. Pues bien, no tiene ningún sentido que, según cual sea el procedimiento de realización (si en ejecución separada o en el marco de la liquidación general), el bien se venda con o sin subsistencia del gravamen.

7. En realidad, el artículo 149.5º se limita a habilitar al juez del concurso a ordenar la cancelación de cargas ordenadas por otro tribunal o autoridad administrativa, cosa que el artículo 149, en su redacción inicial, no contemplaba, lo que dio lugar a múltiples problemas competenciales y de otra índole, como registrales, dado que se cuestionaba la competencia del juez del concurso para llevar a cabo la cancelación. Esa posibilidad se introduce por primera vez en el apartado tercero del artículo 149 con la Ley 38/2011, de 10 de octubre, y recalca definitivamente en el apartado quinto con la última modificación operada por la Ley 9/2015, de 25 de mayo.

8. En definitiva, es perfectamente compatible la cancelación que en términos generales prevé el artículo 149.5º con la cancelación de las cargas posteriores que en cualquier ejecución forzosa se produce como consecuencia de la adjudicación de los bienes objeto de la ejecución Legislación citadaLEC art. 149.5 (artículo 674 de la Ley de Enjuiciamiento CivilLegislación citadaLEC art. 674). La tesis de la recurrente (la venta ha de realizarse con subsistencia del gravamen) impediría, de facto, la realización de los bienes, pues difícilmente nadie pujará si la adquisición conlleva que se mantenga la responsabilidad por la deuda tributaria, que sería asumida por el adquirente.

9. La venta, con subsistencia del gravamen, tiene su sentido si se trata de una primera hipoteca en garantía de una deuda ajena, no así cuando se trata de segundas o posteriores hipotecas y la primera garantiza una deuda del concursado integrada en la masa pasiva del concurso. La resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 6 de julio de 2015 distingue claramente una y otra situación. En el fundamento cuarto, apartado b), dice lo siguiente:



"Si se tratara de hipotecas constituidas en garantía de deuda ajena, la cancelación en modo alguno procedería por decisión del juez del concurso en el que el beneficiario de la garantía no figura reconocido como acreedor concursal. Sería ilógico que la hipoteca se cancelara sin conocer si el crédito para cuya garantía se constituyó ese derecho real ha sido satisfecho, salvo que lo fuera por purga".

Un supuesto particular de purga de cargas y gravámenes de naturaleza real es el examinado en la SAP de Murcia nº 672/2019, de 19 de septiembre, [JUR\2019\299890]. En el supuesto enjuiciado, sobre un inmueble integrado en la masa activa se habían constituido tres hipotecas, la de primer y tercer rango en garantía de deuda ajena, y la de segundo en garantía de deudas propias de la concursada:

"Si bien como dijimos en su día la enajenación de los bienes en estos casos, por regla general, se debe realizar con subsistencia del gravamen, sin que sea posible su cancelación (art 149.5), pues ésta se prevé respecto de los gravámenes reales constituidos en garantía de créditos concursales, ello aquí es predicable de la primera hipoteca (la de 2012). En cambio, no ocurre lo mismo con la segunda hipoteca (la de 2013), que sí se cancelará al garantizar deuda de la concursada (art 149.5 y 155.3 LC), y con ello arrastrará también a la tercera (la de 2014), por imperativo del art 674 LEC, sin perjuicio de que el importe obtenido, una vez satisfecho el privilegio especial reconocido (la de la hipoteca de 2013), se ponga a disposición de ese acreedor hipotecario posterior (la hipoteca de 2014), y que se le entregue, a pesar de no estar en la lista de acreedores, pues ello lo impone el art 672 LEC".

Esta resolución ofrece una propuesta de solución para un supuesto límite: dado que la primera hipoteca se constituyó en garantía de deuda ajena, lo procedente es la transmisión con subsistencia de garantía, para no menoscabar los derechos del titular de la garantía real. Operada la transmisión del bien con subsistencia de la primera hipoteca, el tribunal considera que las cargas hipotecarias posteriores en rango sí deberían ser objeto de purga, pues la realización del bien en la liquidación concursal conlleva la cancelación de las cargas y gravámenes constituidas en garantía de créditos concursales: dado que la segunda hipoteca garantizaba deudas propias de la concursada, la carga real cae de lleno en el ámbito de la purga -cfr. artículo 225 TRLC- y debe ser cancelada. En cuanto a la tercera hipoteca, según el razonamiento de la resolución comentada, aún cuando se constituyó en garantía de deuda ajena, debe ser purgada, haciendo traslación de la previsión contenida en el artículo 674 LEC para las ejecuciones singulares.

La propia resolución reconoce que, con carácter general, las hipotecas en garantía de deuda ajena escapan de la facultad cancelatoria del artículo 225 TRLC pero, en el supuesto analizado, purgada la segunda carga, habrá de entenderse producido el mismo efecto respecto de la tercera. Para mejor comprensión del hilo argumental que conduce a la cancelación de la segunda y tercera hipoteca, se reproduce el contenido del artículo 674 LEC, en relación a la cancelación de cargas:

"A instancia del adquirente, se expedirá, en su caso, mandamiento de cancelación de la anotación o inscripción del gravamen que haya originado el remate o la adjudicación.

Asimismo, el Letrado de la Administración de Justicia mandará la cancelación de todas las inscripciones y anotaciones posteriores, incluso las que se hubieran verificado después de expedida la certificación prevenida en el artículo 656, haciéndose constar en el mismo mandamiento que el valor de lo vendido o adjudicado fue igual o inferior al importe total del crédito del actor y, en el caso de haberlo superado, que se retuvo el remanente a disposición de los interesados".

La solución que se da al supuesto de hecho analizado en la SAP de Murcia nº 672/2019, de 19 de septiembre, [JUR\2019\299890], es ciertamente controvertida, ya que se atribuye al juez del concurso la facultad de purgar la segunda carga - constituida en garantía de deudas propias del concursado-, sin que se hayan observado las previsiones del Texto Refundido para la enajenación de bienes y derechos afectos al pago de créditos con privilegio especial. En caso de que la hipoteca constituida antes del concurso lo fuese en garantía de deudas del concursado, sí habría lugar al reconocimiento del crédito como privilegiado especial, y la existencia de una hipoteca de rango preferente -que garantiza deudas no incluidas en la masa pasiva- no será causa hábil para desplazar los derechos que se reconocen al acreedor privilegiado -entre ellos, el derecho de veto en caso de venta directa-. Con esta premisa, se concluye que tampoco existe justificación para la cancelación de la tercera hipoteca que, en el supuesto analizado, se había constituido en garantía de deudas de un tercero. En suma, en caso de que concurra la hipoteca en garantía de la deuda de un tercero, con otra u otras en las que el concursado es hipotecante y deudor, lo procedente será seguir las prescripciones de los artículos 209 y siguientes TRLC para la realización del activo gravado y ello con independencia de cuál sea la prioridad de rango de la hipoteca constituida en garantía de deudas propias del concursado (MUÑOZ PAREDES, A., "Liquidación concursal: asignatura pendiente", Diario La Ley nº 9612/2020).



Un sector de la doctrina -v. GARCÍA POMBO, L.A., "Hipotecante no deudor, tercer poseedor y el martillo de Maslow", Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal nº 33/2020-, distingue los siguientes supuestos de concurrencia de gravámenes que aparecen en la práctica:

* Existencia de créditos privilegiados con origen en hipotecas posteriores en rango a la que garantiza deudas de un tercero. En el supuesto de que concurren otros gravámenes que reconozcan a su titular un crédito privilegiado, pero carentes de prioridad de rango respecto del "no acreedor", el activo habrá de ser realizado conforme a las reglas previstas para la enajenación de bienes afectos al pago de crédito privilegiado especial.

* Existencia de un crédito privilegiado preferente a la hipoteca constituida en garantía de deuda ajena. Se afirma que la realización del activo "con la hipoteca" devendrá imposible si existe un crédito privilegiado preferente ya que, por imposición normativa, serán de aplicación las previsiones relativas a la enajenación de bienes afectos al pago de créditos privilegiados -artículos 209 y concordantes TRLC-. Para llegar a esta conclusión, se argumenta que no pueden desconocerse los derechos del acreedor privilegiado, así como su rango preferente.

Sin embargo, en esta segunda hipótesis, como hace el mencionado AAP de Barcelona nº 157/2017, de 15 de diciembre, [JUR\2018\21404], cabría admitir la cancelación de las cargas hipotecarias no preferentes si el importe obtenido con la realización del bien no cubre el crédito garantizado con la hipoteca de primer rango -o, lo que es lo mismo, el importe obtenido con la venta del bien no alcanza para abonar la carga primera y preferente-.

SEXTO.- PROCEDENCIA DE LA CANCELACIÓN DE LAS CARGAS REALES NO PREFERENTES

En la presente resolución se asume la tesis favorable a la compatibilidad de la purga general -cfr. art. 225 TRLC- y de la cancelación de las cargas posteriores, que, en la ejecución singular, es fruto de la adjudicación de los bienes objeto de realización. Legislación citada LEC art. 149.5 -cfr. art. 674 LEC-. Por ello, ha de concluirse que la cancelación de la segunda y de la tercera hipoteca sí entrará en el ámbito competencial del juez del concurso cuando, en la transmisión del bien o derecho afecto al pago del crédito con privilegio especial, se hayan observado las prescripciones legales y, además, el valor de realización de este activo sea inferior al importe del crédito reconocido como privilegiado especial -con origen en la hipoteca de rango preferente-. Así sucederá no sólo cuando se acuda a la subasta concursal como método para la realización de los bienes o derechos afectos, pues no debemos perder de vista que la vocación de purga de cargas y gravámenes es la de extender su aplicación a cualesquiera métodos de realización de los bienes y derechos de la masa activa.

En el presente caso, tal y como se ha expuesto en páginas precedentes, se cumplen los requisitos para la enajenación de las unidades productivas de la concursada y, en concreto, en lo que respecta a la unidad productiva de frío, se han cumplido las exigencias del art. 214.1.1º TRLC respecto de los bienes y derechos afectos al pago de crédito con privilegio especial, que operan si la transmisión tiene lugar sin subsistencia de garantía. Las restantes cargas de naturaleza real que gravan la finca registral nº 29.433 no tienen el carácter de preferentes ni han conllevado el reconocimiento de un crédito privilegiado especial dentro del concurso -al haberse constituido en garantía de deudas de un tercero-. El juez del concurso está facultado para ordenar su cancelación, ya que la facultad de purga que reconoce el art. 225 TRLC ha de ser interpretada de forma coherente y sistemática con el art. 674 LEC cuando, como aquí acaece, el producto obtenido con la realización del activo gravado sólo alcanza para abonar parcialmente el crédito que goza de preferencia registral.

SÉPTIMO.- CANCELACIÓN DE OTRAS CARGAS Y GRAVÁMANES

Asimismo, se solicita que se ordene la cancelación de las anotaciones de embargo y anotación de la declaración de concurso: anotación de embargo a favor de la TGSS; anotación de embargo a favor de EXTERNA TRABAJO TEMPORAL ETT S.L., EXTERNA SERVICIOS GENERALES DE EMPRESA S.L.

La cancelación de cargas que se peticiona es consecuencia de la transmisión de las unidades productivas de la concursada.

El artículo 225 TRLC integra en solitario la Subsección 4ª de la Sección 1ª ("De la conservación de la masa activa") del Capítulo III ("De la conservación y de la enajenación de la masa activa") del Título IV relativo a la masa activa del concurso. En este precepto se dispone:

"1. En el decreto del Letrado de la Administración de Justicia por el que se apruebe el remate o en el auto del juez por el que autorice la transmisión de los bienes o derechos ya sea de forma separada, por lotes o formando parte de una empresa o unidad productiva, se acordará la cancelación de todas las cargas anteriores al concurso constituidas a favor de créditos concursales. Los gastos de la cancelación serán a cargo del adquirente.



2. Por excepción a lo establecido en el apartado anterior, no procederá acordar la cancelación de cargas cuando la transmisión de bienes o derechos afectos a la satisfacción de créditos con privilegio especial se hubiera realizado con subsistencia del gravamen".

El artículo 225 TRLC reproduce, con alguna novedades aclaratorias, el contenido del artículo 149, apartado 5, LC. Recordemos que este precepto -aunque bajo el nº 3 del artículo 149 LC- fue introducido por la Ley 38/2011, lo que supuso cubrir una laguna legal que había sido resuelta de manera dispar por los órganos de la jurisdicción mercantil, tanto en lo referente a la determinación del órgano competente para acordar la cancelación como en la concreción del momento temporal en el que ésta debía producirse.

En la Ley Concursal, el 149, apartado 3, se encontraba situado en una disposición referente a las reglas legales de la liquidación; la reforma operada por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, desplazó su ubicación del apartado 3º al 5º, aunque sin modificaciones de redacción.

Con el artículo 149, apartado 3, LC -ahora artículo 225 TRLC-, se dio carta de naturaleza a la postura mayoritariamente asumida por la práctica judicial, según la que los activos se enajenan en el concurso libres de cargas y gravámenes, en cualquiera de las fases del concurso -cfr. AAP de Barcelona nº 101/2009, de 15 mayo, [JUR\2009\409768], SSAP de Palma de Mallorca de 12 de septiembre de 2016, [JUR 2016/219446], y [JUR 2016/207904], y AJM nº 3 de Pontevedra -sede de Vigo- de 11 octubre de 2013, [AC 2014\290]-. En esta línea, se argumenta que la venta de los bienes y derechos, libres de toda carga y gravamen, es consecuencia de la lógica del concurso, pues se busca dar una solución al problema que, para los acreedores, ocasiona la insolvencia del deudor común. Estos acreedores carecerán de preferencia alguna para el cobro de sus créditos, a salvo el supuesto de reconocimiento de un privilegio especial sobre determinados bienes o derechos de la masa activa -cfr. AJM nº 1 de Vitoria nº 202/2016, de 10 de octubre, [JUR 2017\61043]-.

En el presente caso, la AC ha presentado escrito en el que solicita la cancelación de las cargas que pesan sobre los activos identificados en el Antecedente de Hecho de esta resolución.

Se ha procedido a dar audiencia a los titulares de las cargas, que no han formulado oposición a su cancelación.

Al tenor de lo expuesto, debe accederse a lo interesado.

PARTE DISPOSITIVA

Se autoriza la transmisión de las unidades productivas de la concursada -UP1, UNIDAD PRODUCTIVA DE "FRÍO" y la UP2, UNIDAD PRODUCTIVA DE "ELABORACIÓN DE PESCADO"- a favor de la ofertante GRUPO PROFAND S.L., en las condiciones de la oferta que se han especificado en el escrito presentado por la AC de fecha 25 de mayo de 2021.

Por lo que respecta a la existencia de sucesión de empresa, estese a lo acordado en el Auto de 1 de junio de 2021.

Se acuerda la cancelación de las cargas y gravámenes existentes la finca registral nº 29.433 del Registro de la Propiedad nº 5 de A Coruña, en concreto, las siguientes:

* HIPOTECA de máximo a favor de la entidad Banco Pastor, S.A. (hoy Banco Santander) en garantía de un préstamo a favor de Isidro 1952, S.L.U. La parte no cubierta del crédito privilegiado especial habrá de ser reclasificada según su naturaleza.

* HIPOTECA de máximo a favor de la entidad Banco Pastor, S.A. (hoy Banco Santander), en garantía de un préstamo a favor de Comercial de Cultivos Piscícolas de Galicia S.L., en la que la concursada ostenta la condición de hipotecante no deudor.

* HIPOTECA de segundo rango a favor del fondo de capital riesgo "EMPRENDE, F.C.R.", gestionado por la entidad pública XESGALICIA, en garantía de un préstamo concedido a Comercial de Cultivos Piscícolas de Galicia, S.L. y Norte-Sur S.L., en la que la concursada ostenta la condición de hipotecante no deudor.

* HIPOTECA flotante de tercer rango, que garantiza un préstamo sindicado a favor de la mercantil Comercial de Cultivos Piscícolas de Galicia, S.L., en la que la concursada ostenta la condición de hipotecante no deudor.

Asimismo, se ordena la cancelación de la anotación de la declaración de concurso y de las siguientes cargas y gravámenes: anotación de embargo a favor de la TGSS; anotación de embargo a favor de EXTERNA TRABAJO TEMPORAL ETT S.L., EXTERNA SERVICIOS GENERALES DE EMPRESA S.L.

Notifíquese esta resolución a las partes.



Esta resolución no es firme. Contra ella cabe recurso de reposición que deberá interponerse en este Juzgado en el plazo de cinco días a contar desde el siguiente a su notificación.

Así lo acuerda, manda y firma Nuria Fachal Noguera, Magistrada Jueza de este Juzgado de lo Mercantil. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ