



Roj: **SAP B 3301/2019 - ECLI: ES:APB:2019:3301**

Id Cendoj: **08019370152019100627**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **05/04/2019**

Nº de Recurso: **1377/2018**

Nº de Resolución: **646/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JOSE MARIA FERNANDEZ SEIJO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **Sección nº 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil**

Calle Roger de Flor, 62-68 - Barcelona - C.P.: 08071

TEL.: 938294451

FAX: 938294458

EMAIL:aps15.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801947120148008550

### **Recurso de apelación 1377/2018 -1**

Materia: Incidente

**Órgano de origen: Juzgado de lo Mercantil nº 03 de Barcelona**

**Procedimiento de origen: Incidente concursal. Otros ( art. 192 LC ) 242/2017. Juicio incidental 345/2015-C1.**

**Cuestiones:** Concursal. Plan de liquidación. Realización de bienes con privilegio especial.

**SENTENCIA núm. 646/2019**

### **Composición del tribunal:**

JUAN F. GARNICA MARTÍN

JOSÉ MARÍA RIBELLES ARELLANO

JOSÉ MARÍA FERNÁNDEZ SEIJO

Barcelona, a cinco de abril de dos mil diecinueve.

**Parte apelante:** Administración concursal de Kind 97, S.L.

Letrado: José Ignacio Antón Garijo.

**Parte apelada e impugnante:** Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria, S.A.

Letrado: Marc Bernabeu Antón.

Procurador: Ignacio López Chocarro.

**Resolución recurrida:** Sentencia.

Fecha: 5 de diciembre de 2017.

Concurso: Kind 97, S.L.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**



**PRIMERO.** El fallo de la sentencia apelada es el siguiente: FALLO: " *Debo estimar y estimo parcialmente la demanda promovida por SAREB y, a su razón, declaro el derecho de SAREB a la percepción de la suma que corresponda como pago de su crédito privilegiado especial en virtud de lo establecido en el art. 155.5 LC , más allá de los umbrales de cálculo de privilegio y garantías en los arts. 90.3 y 94.5 LC , en la forma aludida en el fundamento de derecho primero de esta resolución.*

*Sin condena en costas "*.

La sentencia fue aclarada por auto de 8 de febrero de 2018. Auto que, en su parte dispositiva, indicaba: "Aclaro la Sentencia de 5/12/17 en el sentido de expresar que su fundamento jurídico tercero resolvió que a través del presente incidente no puede pretenderse la modificación del plan de liquidación, que deberá ser atendido en el tenor en que resultó judicialmente aprobado y a los efectos de los arts. 148 y ss. LC "

**SEGUNDO.** Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación la administración concursal. Admitido en ambos efectos se dio traslado a la contraparte, que presentó escrito oponiéndose y solicitando la confirmación de la sentencia recurrida, impugnando también el fallo de la sentencia.

**TERCERO.** Se dio traslado de la impugnación a la administración concursal, que nada alegó. Tras lo cual se elevaron las actuaciones a esta Sección de la Audiencia Provincial, que señaló votación y fallo para el día 28 de marzo de 2019.

Ponente: JOSÉ MARÍA FERNÁNDEZ SEIJO.

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

### **PRIMERO . Términos en los que aparece determinado el conflicto en esta instancia.**

1. La Sociedad de gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria, S.A. (SAREB) interpuso incidente concursal solicitando que en el concurso de Kind 97, S.L. se acuerde que la SAREB tiene derecho a la percepción de la suma de 602.000 €, como pago de su crédito privilegiado especial en virtud de lo establecido en el artículo 155.5 de la Ley Concursal (LC ), como consecuencia de la venta de las fincas registrales número 49.958, 49.962, 49.858, 49.878 y 49.902, inscritas en el Registro de la propiedad nº 3 de Reus, titularidad de Kind 97, S.L. e hipotecadas a favor de la SAREB.

En la demanda se solicitaba que se declarara que, para las futuras ventas de fincas titularidad de la concursada e hipotecadas a favor de la SAREB que se realizaran en el marco del concurso, la demandante debía percibir como pago de su crédito privilegiado especial la totalidad del precio de compraventa aunque dicho importe sea superior al 90% del valor razonable otorgado por la administración concursal a las fincas hipotecadas, estableciendo como límite únicamente la deuda a fecha de transmisión y que dicha deuda sea igual o inferior al importe garantizado con el bien, debiendo ser los compradores quienes hagan frente a los honorarios de las entidades o personas que colaboren en la comercialización de las fincas, de conformidad con lo dispuesto en el plan de liquidación aprobado judicialmente. Todo ello con expresa condena en costas a la demandada.

2. La administración concursal se opuso a lo pretendido de contrario, defendiendo que la SAREB sólo tendría derecho a percibir, como consecuencia de su privilegio especial, la cantidad que por este concepto tenía reconocida en el informe definitivo del concurso. También se opuso a las pretensiones referidas a la aplicación de pagos por el Impuesto sobre Bienes Inmuebles (IBI) y los gastos de la comunidad de propietarios y a la asunción de los gastos de gestión de la venta.

3. Tras los trámites correspondientes, el juzgado dictó sentencia estimando parcialmente la demanda reconociendo a la SAREB el derecho a percibir, en pago de su deuda, la cantidad completa derivada del crédito hipotecario, más allá de los umbrales de cálculo del privilegio especial.

Se desestimaron, sin embargo, las pretensiones referidas a la aplicación de los gastos derivados del IBI, comunidad de propietarios y mediación de venta, que quedaban sometidos al plan de liquidación.

### **SEGUNDO . Principales hechos que sirven de contexto.**

4. No hay en la sentencia un verdadero relato de hechos probados aunque las partes aceptan los elementos fácticos que dieron lugar a la demanda incidental, centrando la discusión únicamente en cuestiones jurídicas.

Los hechos referidos en la demanda pueden sintetizarse del modo siguiente:

4.1. Kind 97, S.L. es propietaria de 15 fincas registrales sobre las que constituyó garantías hipotecarias a favor de Caixa d'Estalvis de Catalunya (Catalunya Banc, S.A.). Los créditos con garantía hipotecaria a favor de la entidad financiera alcanzaban la suma de 3.889.233'80 €.



4.2. Catalunya Banc transmitió los créditos de referencia a favor de la SAREB que fue la que insinuó los créditos en el procedimiento concursal de Kind 97.

4.3. En el marco del procedimiento concursal se reconoció a la SAREB un crédito con privilegio especial por la suma de 737.975'03 €, un crédito ordinario por la suma de 2.091.441'76 € y un crédito subordinado por 1.189.941'79 €.

4.4. En el curso del procedimiento, la administración concursal vendió, conforme a las reglas aprobadas en el plan de liquidación, las fincas siguientes:

Finca 49958.- precio de venta 260.000 €.

Finca 49962.- precio de venta 265.000 €.

Finca 49856.- precio de venta 19.000 €.

Finca 49858.- precio de venta 22.100 €.

Finca 49878.- precio de venta 18.750 €.

Finca 49902.- precio de venta 34.100 €.

Finca 50022.- precio de venta 3.800 €.

Lo que suponía un precio total por las siete fincas de 602.000 €.

4.5. Según el informe de la administración concursal el valor de cada una de las fincas de referencia era:

Finca 49958.- valor otorgado en el inventario, 130.365'68 €.

Finca 49962.- valor otorgado en el inventario, 130.365'68 €.

Finca 49856.- valor otorgado en el inventario, 14.256'08 €.

Finca 49858.- valor otorgado en el inventario, 16.884'32 €.

Finca 49878.- valor otorgado en el inventario, 14.256'08 €.

Finca 49902.- valor otorgado en el inventario, 27.929'32 €.

4.6. La administración concursal, aplicando las reglas del artículo 94.5 de la LC, había establecido el privilegio especial a favor de la SAREB en un 90% del valor de la garantía, lo que determinaba que el privilegio especial reconocido a las fincas de referencia fuera de 304.764'72 €.

4.7. En el plan de liquidación aprobado, plan al que la SAREB no realizó observaciones, se indicaba que los adquirentes de las fincas retendrían parte del precio ofrecido para el pago de los gastos de comunidad vinculados a la finca y el pago de impuestos. También se indicaba que el pago de la comisión al agente de la propiedad inmobiliaria que intermedió en la venta lo asumía el comprador.

4.8. La administración concursal consideraba que respecto del precio total de venta de las fincas de referencia sólo debía entregarse a la SAREB la cantidad que correspondía al privilegio especial reconocido sobre las fincas, es decir, un 90% del valor de las mismas reflejado en el inventario.

### **TERCERO. Motivos de apelación e impugnación.**

5. La administración concursal trae a la segunda instancia los argumentos que ya refirió en su contestación al incidente concursal, defiende una interpretación del artículo 155.5 de la LC acorde con el privilegio especial reconocido en el informe definitivo del administrador concursal.

6. La SAREB no sólo se opone al recurso de apelación, también impugna la sentencia, trayendo a la segunda instancia los argumentos referidos en la primera instancia para solicitar que no se aplicara una parte del precio recibido por la venta de los inmuebles al pago de los honorarios del intermediario que medió en la venta de los inmuebles.

### **CUARTO. Sobre el alcance de la aplicación del precio obtenido en la venta de bienes sujetos a privilegio especial.**

7. Esta Sección ha tenido la oportunidad de fijar el criterio de interpretación del artículo 155.5 de la LC en su auto de 2 de julio de 2018 (ECLI:ES:APB:2018:4128A), allí partíamos de la redacción del citado artículo:

"En los supuestos de realización de bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial previstos en este artículo, el acreedor privilegiado hará suyo el montante resultante de la realización en cantidad que no exceda de la deuda originaria, correspondiendo el resto, si lo hubiere, a la masa activa del concurso".



8. La sentencia recurrida realiza una interpretación literal del precepto, acorde con el criterio de esta Sección, expresado en la resolución reseñada. Atendido el tenor literal de los 90.3º y 155.5, entendíamos y entendemos que el pago del crédito con privilegio especial ha de hacerse en la forma prevista en el artículo 155.5º. Dicho precepto lleva por rúbrica precisamente el "pago de créditos con privilegio especial".

Por tanto, lo obtenido con la realización de los bienes afectos al privilegio se destinará en su totalidad al pago del crédito privilegiado, respetando, eso sí, el límite de la garantía hipotecaria.

La finalidad de las reformas de la LC operadas en el año 2015 no fue reducir la garantía del crédito con privilegio especial, ajustándolo al valor razonable del bien afecto, sino conformar adecuadamente la masa pasiva del concurso con vistas a un eventual convenio de acreedores.

No es lógico, tal y como ocurría con anterioridad a la reforma, que el acreedor con privilegio especial, cuya garantía carece de cualquier valor o tiene un valor muy inferior al crédito, quedara al margen del convenio y no pudiera participar en la junta para alcanzar los quórums necesarios o votar por la parte del crédito reconocido como ordinario para lograr mayorías precisas para la aprobación del convenio.

Así se expone expresamente en el Preámbulo del Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal, que a su vez traslada esta novedad del Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, que la había previsto en la disposición adicional cuarta, sobre homologación de los acuerdos de refinanciación, Preámbulo que dice lo siguiente:

"El Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial flexibilizó el régimen de los convenios pre-concursales de acuerdo con algunas premisas básicas. La primera de ellas es considerar que la continuidad de las empresas económicamente viables es beneficiosa no sólo para las propias empresas, sino para la economía en general y, muy en especial, para el mantenimiento del empleo. La segunda de las premisas era acomodar el privilegio jurídico a la realidad económica subyacente, pues muchas veces el reconocimiento de privilegios carentes de fundamento venía a ser el obstáculo principal de los acuerdos pre-concursales. La tercera de las premisas era respetar en la mayor medida posible la naturaleza jurídica de las garantías reales (pero siempre, y tomando en cuenta la segunda premisa, de acuerdo con su verdadero valor económico)".

En relación con el alcance de la modificación introducida, más concretamente, en el mencionado preámbulo se dice:

"La parte dispositiva de este real decreto-ley consta de un único artículo, dividido a su vez en tres apartados, en cuya virtud se modifican varios preceptos de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en adelante, Ley Concursal) relativos al convenio concursal y a la fase de liquidación, así como a otros preceptos de la misma ley íntimamente relacionados con dichos aspectos.

*Respecto al convenio concursal, se introducen, en primer lugar, previsiones análogas a las de la disposición adicional cuarta de la Ley Concursal (en redacción dada por el Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo) relativas a la valoración de las garantías sobre las que recae el privilegio especial. Para ello se modifican los artículos 90 y 94 de la Ley Concursal. De este modo se sigue manteniendo una regla que parece no solo la más razonable desde el punto de vista económico sino que también es una síntesis de las reglas vigentes en nuestro derecho acerca de la purga de las garantías posteriores, del mantenimiento de las preferentes y de la atribución del eventual sobrante en caso de ejecución por parte de alguno de los titulares de garantías reales. Parece, en efecto, difícil cuestionar que para obtener el verdadero valor de una garantía es necesario deducir del valor razonable del bien sobre el que ésta recae el importe de los créditos pendientes que gocen de garantía preferente sobre el mismo bien. También parece una regla de prudencia reducir dicho valor razonable en un diez por ciento por cuanto la garantía, de hacerse efectiva, requerirá la ejecución del bien o derecho sobre el que esté constituida, lo cual entraña unos costes y dilaciones que reducen el valor de la garantía en, al menos, dicho porcentaje.*

*Piénsese que de no adoptarse una medida como la presente resulta que los créditos privilegiados pueden multiplicarse ad infinitum cuando su garantía recae sobre un mismo bien, sin que el valor de dicho bien se vea en absoluto incrementado. Por poner un ejemplo práctico, hoy por hoy es posible tener cinco hipotecas de 100 sobre un bien que vale 100, llegándose así al absurdo de tener un pasivo privilegiado a efectos concursales por 500 garantizados por un bien que vale 100. No debe olvidarse, por otro lado, que uno de los principios que debe necesariamente regir el concurso es el de pars conditio creditorum y que la extensión indefinida de los privilegios es una contradicción palmaria de dicho principio. Además, el resultado práctico es que los acreedores que se benefician de dichas garantías únicamente tendrán un derecho de abstención que en nada beneficiará al convenio y a la continuidad de la empresa, y que en ningún caso garantizará el cobro efectivo de su deuda, menos aún si el concursado debe ir a liquidación. Téngase en cuenta que, en caso de liquidación o incluso de ejecución singular del bien hipotecado, el acreedor recibirá como mucho el valor de la garantía. Del resto de crédito no*



*cubierto por la garantía, no cobrará más que aquella parte que hubiera quedado indemne en el convenio, aunque muy probablemente menos en un contexto de liquidación y no de empresa en funcionamiento.*

Tampoco puede considerarse que la determinación del valor de la garantía sea un recorte del crédito garantizado. Es simplemente una valoración diferenciada del derecho principal y del derecho accesorio. No se pone en cuestión el derecho principal, sino que se permite aclarar qué parte del mismo se beneficiará del derecho accesorio y cuál no, debiendo en la segunda recibir el mismo trato que corresponda al crédito según su naturaleza".

**9.** Así pues, parece que el legislador tuvo claramente la intención de establecer una nueva forma de valorar la garantía para limitar el derecho de abstención de los acreedores que carecía "económicamente" de una garantía efectiva, pero no de limitar el alcance de las garantías. Para ello cambió la forma de valorar las garantías, como ya lo había hecho en la DA 4ª mediante el citado RD Ley 11/2014, a los efectos de la homologación de los acuerdos de refinanciación: "2. A los efectos de la presente disposición se entenderá por valor de la garantía real de que goce cada acreedor el resultante de deducir, de los nueve décimos del valor razonable del bien sobre el que esté constituida dicha garantía, las deudas pendientes que gocen de garantía preferente sobre el mismo bien, sin que en ningún caso el valor de la garantía pueda ser inferior a cero ni superior al valor del crédito del acreedor correspondiente".

**10.** La Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal es la que introduce el apartado quinto del art. 155 de la Ley Concursal, y reproduce en su preámbulo las mismas consideraciones que ya se habían hecho en el RD Ley 4/2014. A ellas se añade una explicación de por qué se introduce el apartado 4 del art. 140 y el apartado quinto del art. 155, diciendo lo siguiente:

"Al igual que en el apartado 11 de la disposición adicional cuarta y con el fin de respetar en la mayor medida posible el verdadero valor de la garantía, se establece en el artículo 140 que si, llegado el caso, el acreedor con privilegio, que hubiera votado a favor de un convenio o se hubiera visto arrastrado por él, tiene que ejecutar la garantía, se hará con el montante total obtenido que no exceda del crédito originario. Hay que insistir en el hecho de que todas las medidas introducidas en esta Ley y en la Ley 17/2014, respecto al valor de las garantías tienen su efectividad en relación con el procedimiento concursal pero no implican alteración de las garantías registradas ni de las reglas establecidas para su ejecución fuera del concurso.

En coherencia con las modificaciones introducidas en el artículo 140.4, se modifica el artículo 155 para establecer que cuando se ejecuten bienes o derechos afectos a un crédito con privilegio especial, el acreedor privilegiado se hará con el montante total obtenido que no exceda del crédito originario. De este modo, no se alteran las garantías registradas ni las reglas establecidas para su ejecución".

**11.** La justificación a la enmienda introducida durante la tramitación parlamentaria de la Ley 9/2015 es todavía más clara, al señalar lo siguiente:

"En caso de ejecución de garantías durante la tramitación del procedimiento concursal el acreedor podrá hacer suyo hasta el importe máximo garantizado de su crédito. Se propone aclarar las dudas surgidas sobre la posibilidad o no del acreedor de apoderarse de la totalidad del importe obtenido en la ejecución del bien o sólo el valor de la garantía".

**12.** Sistemáticamente la cuestión ofrece pocas dudas. El artículo 90.3 de la Ley Concursal se ubica en el capítulo que regula la "determinación de la masa pasiva" y, más en concreto, en la sección relativa a la "clasificación de los créditos".

Por el contrario, el artículo 155.5º, modificado por la misma Ley de 2015, regula expresamente el pago de los créditos con privilegio especial. Y dicho precepto dispone que el "montante resultante" de la realización de los bienes y derechos afectos al crédito con privilegio especial se aplicará "a la deuda originaria", expresión que no puede identificarse con el valor razonable de la garantía sino con el total del crédito privilegiado.

**13.** El valor razonable de la garantía no deja de ser una suma estimada, suma que en ningún caso puede prevalecer, en un escenario de liquidación, al valor real del bien afecto, que es aquel que resulta de la realización. Por otro lado, la deuda originaria con garantía real no queda consolidada con el reconocimiento del crédito privilegiado según el valor razonable de la garantía, sino que la Ley Concursal prevé en su artículo 59 que continúe devengando intereses *hasta donde alcance la respectiva garantía*. Ese devengo de intereses, que modifica, incrementándola, la deuda inicialmente reconocida, casa mal con un crédito ajustado al valor razonable de la garantía.

**14.** Ningún sentido tendría, por otro lado, el distinto trato que merecería el crédito con privilegio especial según se realice en un proceso de ejecución separada con arreglo a lo dispuesto en los artículos 56 y 57 de la ley concursal o en el marco de la liquidación concursal. En el primer caso no estaría sujeto a límites en tanto que en



el segundo el crédito quedaría reducido al valor estimado de la garantía. La satisfacción del crédito concursal no puede depender del tipo de procedimiento seguido para la realización del bien afecto al privilegio.

En definitiva, debe desestimarse el recurso en este punto.

#### **QUINTO. Sobre los criterios de imputación de gastos necesarios.**

**15.** La SAREB en trámite de impugnación de la sentencia plantea que la administración concursal ha modificado los criterios de imputación de pago de los gastos derivados de la gestión de venta de los inmuebles al precio recibido por la venta.

La administración concursal no contestó a la impugnación.

*Decisión del Tribunal.*

**16.** Conforme al artículo 148 de la LC , aprobado el plan de liquidación, el administrador concursal deberá realizar las operaciones de liquidación conforme al plan aprobado, por lo tanto, no será posible modificar lo aprobado en el plan, una vez firme, en los informes trimestrales emitidos para dar cuenta del estado de la liquidación. Así lo expresó el auto de aclaración a la sentencia de referencia.

Además, debe advertirse que el artículo 154 indica que "las deducciones para atender al pago de los créditos contra la masa se harán con cargo a los bienes y derechos no afectos al pago de créditos con privilegio especial".

Por lo tanto, debe estimarse la impugnación.

#### **SEXTO. Sobre las costas.**

**17.** Desestimado el recurso de apelación, se imponen al apelante las costas de la segunda instancia ( artículo 398 de la LEC ).

**18.** Estimada la impugnación, no hay condena en costas de la segunda instancia.

### **FALLAMOS**

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la administración concursal de Kind 97, S.L. contra la sentencia del Juzgado Mercantil núm. 3 de Barcelona de fecha 5 de diciembre de 2017 , dictada en las actuaciones de las que procede este rollo, que se confirma en sus propios términos, con imposición a la recurrente de las costas del recurso. Ordenando la pérdida del depósito constituido para recurrir.

Estimamos la impugnación a la sentencia planteada por la Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria, S.A. (SAREB), revocando la sentencia de referencia en lo que afecta a la satisfacción de los gastos de gestión de la venta de los inmuebles, satisfacción que deberá someterse, en todo caso, a lo aprobado en el plan de liquidación. No hay condena en costas de la impugnación.

Contra la presente resolución podrán las partes legitimadas interponer recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal, ante este Tribunal, en el plazo de los 20 días siguientes al de su notificación, conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación. Además, se debe constituir, en la cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Órgano judicial, el depósito a que se refiere la DA 15ª de la LOPJ reformada por la LO 1/2009, de 3 de noviembre.

Remítanse los autos originales al juzgado de procedencia con testimonio de esta sentencia, una vez firme, a los efectos pertinentes.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.