



Roj: **SAP PO 196/2022 - ECLI:ES:APPO:2022:196**

Id Cendoj: **36038370012022100039**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Pontevedra**

Sección: **1**

Fecha: **11/02/2022**

Nº de Recurso: **923/2021**

Nº de Resolución: **122/2022**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MANUEL ALMENAR BELENGUER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00122/2022

Modelo: N10250

C/ ROSALIA DE CASTRO NUM. 5

Teléfono: 986805108 **Fax:** 986803962

Correo electrónico: seccion1.ap.pontevedra@xustiza.gal

Equipo/usuario: MA

N.I.G. 36038 47 1 2020 0000159

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000923 /2021

Juzgado de procedencia: XDO. DO MERCANTIL N. 2 de PONTEVEDRA

Procedimiento de origen: CNO CONCURSO ORDINARIO 0000090 /2020

Recurrente: CONSERVAS DANI SAU

Procurador: SONIA MARIA RODRIGUEZ ARROYO

Abogado: JAIME CARRERA RAFAEL

Recurrido: THENAISIE PROVOTE SLU, ADMINISTRACION CONCURSAL (ABAC CONCURSAL)

Procurador: JOSE ANTONIO FANDIÑO CARNERO,

Abogado: FRANCISCO JAVIER CABARCOS DOPICO, ADOLFO ACEBAL ZULUETA

Rollo: 923/2021

Asunto: Incidente concursal. Petición devolución depósito

Número: Concurso 90/2020

Procedencia: Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Pontevedra

Ilmos. Magistrados

D. Francisco Javier Menéndez Estébanez

D. **Manuel Almenar Belenguer**

D. Jacinto José Pérez Benítez



LA SECCIÓN PRIMERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA. CONSTITUIDA POR LOS MAGISTRADOS ANTERIORMENTE REFERENCIADOS,

HA DICTADO

EN NOMBRE DEL REY

LA SIGUIENTE

S E N T E N C I A Nº 122/2022

En Pontevedra, a once de febrero de dos mil veintidós.

Visto el rollo de apelación seguido con el núm. 923/2021, dimanante del incidente concursal sustanciado en los autos de concurso núm. 90/2020 por el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Pontevedra, siendo parte apelante la mercantil **CONSERVAS DANI, S.A.U.**, representada por la procuradora Sra. Rodríguez Arroyo y asistida por el letrado Sr. Carrera Rafael, y apeladas la concursada **THENAISIE PROVOTÉ, S.L.U.**, representada por el procurador Sr. Fandiño Carnero y asistida por el letrado Sr. Cabarcos Dopico, y la **ADMINISTRACIÓN CONCURSAL, ejercitada por D. Jorge**, asistido por el letrado Sr. Acebal Zulueta. Es Ponente el magistrado **D. Manuel Almenar Belenguer**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 20 de julio de 2021 se pronunció por el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Pontevedra, en los autos de concurso de los que deriva el presente rollo de apelación, sentencia cuya parte dispositiva, literalmente copiada, decía:

" Se DESESTIMA la demanda incidental promovida por Conservas Dani, S.A.U., y se le CONDENA al pago de las costas causadas en el incidente."

SEGUNDO.- Notificada la resolución a las partes, por la representación de la entidad demandante se interpuso recurso de apelación mediante escrito presentado el 20 de septiembre de 2021 y por el que, tras alegar los hechos y razonamientos jurídicos que estimó de aplicación, terminaba suplicando que, previos los trámites legales, se dicte sentencia por la que, estimando el recurso, se revoque la de instancia y se estime la demanda incidental presentada, sin imposición de costas ante las dudas jurídicas del presente caso.

TERCERO.- Del referido recurso se dio traslado a la Administración concursal y a la sociedad en concurso, que se opusieron a medio de escritos presentados el 29 de septiembre y el 7 de octubre, respectivamente, y en virtud de los cuales solicitaron que, previos los trámites legales, se dictara resolución desestimando el recurso, con imposición de costas a la recurrente, tras lo cual con fecha 14 de octubre de 2021 se elevaron las actuaciones a la Audiencia Provincial para la resolución del recurso, turnándose a la Sección 1ª, donde se acordó formar el oportuno rollo de apelación y se designó Ponente al magistrado Sr. Almenar Belenguer, que expresa el parecer de la Sala.

CUARTO.- En la sustanciación del recurso se han observado todas las formalidades legales.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Planteamiento de la cuestión controvertida.

1.- Por Auto de fecha 11/05/2020, el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Pontevedra declaró el concurso voluntario de la entidad THENAISIE PROVOTE, S.L.U., y acordó que la intervención de las facultades de administración y disposición de la concursada sobre su patrimonio, el llamamiento de los acreedores y la designación como Administrador concursal de la entidad Abac Concursal, S.L.P., en la persona de D. Jorge, que aceptó el cargo en fecha 13/05/2020

2.- Previos los trámites legales, por Auto de fecha 15/12/2020 se acordó la apertura de la fase de liquidación de la concursada THENAISIE PROVOTE, S.L.U., a solicitud de ésta, se declaró su disolución y se ordenó el cese en el ejercicio de su cargo a los administradores, que fueron sustituidos por la Administración concursal (en adelante, AC), a la que se requirió para que presentase el preceptivo plan de liquidación.

3.- Con fecha 03/02/2021, la AC presentó el plan de liquidación en el que, tras exponer que la concursada mantenía en funcionamiento dos centros de trabajo, uno en Louredo-Mos (coincidente con su domicilio social, donde se ubica la planta de empaquetado y almacenamiento de productos terminados así como las oficinas centrales de la concursada); y otro en O Grove (fábrica de conservas de pescado), y que ambos centros tenían trabajadores en activo (40 en Mos y 100 en O Grove), se planteaba como primera opción la enajenación unitaria

de ambas unidades productivas em una sola, a fin de que hubiera una continuidad en el negocio que permitiera mantener la actividad empresarial y el empleo, y, solo en el caso de no ser posible, la aceptación de ofertas por unidades productivas independientes y diferenciadas, una comprensiva de las instalaciones de O Grove y otra de las de Mos.

4.- El plan de liquidación contemplada dos tipos de ofertas para la adquisición, en función de la asunción o no de la carga hipotecaria que pesa sobre los inmuebles, si bien, en cualquiera de las opciones, preveía que "se mencionará de forma expresa el número de trabajadores que se subrogan para cada uno de los centros de trabajo/UPAs". En cuanto al procedimiento para la tramitación de las ofertas de compra, previa remisión al art. 218 TRLC, establecía, entre otras y en lo que aquí interesa, las siguientes reglas:

1.- Las ofertas podrán contemplar la adquisición unitaria y conjunta de las UPAs de O Grove y Mos o de alguna de ellas individualmente considerada.

2.- Para el caso de ofertarse por ambas UPAs como unidad única, la presentación de ofertas en ningún caso deberá ser inferior a 3.000.000,00 € [...], en el supuesto de ofertarse sin Thenaisie Provote, S.L.U. subsistencia de garantías, y de 200.000,00 € [...], en la hipótesis de subsistencia de garantías. Para el caso de ofertarse por una sola UPA o por ambas de forma independiente, la presentación de ofertas en ningún caso deberá ser inferior a 2.000.000,00 € [...], por la UPA de O Grove y 1.000.000,00 € [...] por la UPA de Mos, en el supuesto de ofertarse sin subsistencia de garantías, y de 160.000,00 € [...] por la UPA de O Grove y 80.000,00 € [...] por la de Mos, en la hipótesis de oferta con subsistencia de garantías. [...]

6.- Las ofertas serán vinculantes e irrevocables para el ofertante.

7.- Solo se admitirá el depósito de ofertas previa acreditación por el ofertante de haber efectuado ingreso o depósito de 75.000,00 € (SETENTA Y CINCO MIL EUROS), a favor de "THENAISIE PROVOTE S.L.U. (EN LIQUIDACION)", en la cuenta y por el concepto que se indican a continuación: [...]

10.- Todas las ofertas se entenderán efectuadas sin incluir los impuestos y demás cargas que en su caso graven la transmisión.

11.- Cada sobre deberá contener al menos los siguientes documentos:

- Información del ofertante [...]

- Determinación concreta de los bienes y derechos incluidos en la oferta con expresa indicación de los trabajadores de la empresa concursada cuya subrogación está incluida en la misma, con referencia concreta a sí se mantienen la totalidad de sus derechos laborales o se modifican aquellos que son modificables, así como categorías, lugar de trabajo, etc.

- Precio que se ofrece, con indicación de forma y plazo de pago y las garantías aportadas, en su caso. [...]

- Declaración de que el ofertante conoce y acepta las bases y condiciones del concurso de ofertas, y muy especialmente que reconoce, que, en caso de ser aprobada su oferta y no consignar el resto del precio en el plazo establecido, perderá la cantidad depositada, a favor de la masa activa del Concurso. [...]

- Declaración de que el ofertante conoce el marco legal y normativa reguladora de la actividad económica desarrollada en la/ UPA/s y a la que están destinadas las instalaciones objeto de este concurso de ofertas, y de que es responsabilidad del mismo el cumplimiento de cualquier requisito técnico, de seguridad o financiero exigido por la autoridad administrativa competente, así como la obtención de licencias, concesiones o autorizaciones administrativas o de cualquier otra índole, ya sean municipal, autonómica o estatal, que fueran preceptivas. [...]

15.- Realizada, en su caso, la opción de mejora indicada en el Punto 13 anterior, la AC comunicará al Juzgado la mejor oferta, a efectos de la adjudicación de la/s UPA/s. Tan pronto se notifique el Auto judicial de adjudicación y en un plazo no superior a un (1) mes, la AC procederá a formalizar la escritura pública de compraventa en la notaría de Vigo o Pontevedra que al efecto designe la propia AC. El pago del precio restante se realizará previa o simultáneamente a la formalización de la escritura de compraventa y si el ofertante no compareciera al otorgamiento de dicha escritura en el indicado plazo, o en aquel que se le señale, perderá la consignación realizada que se integrará en la masa activa del Concurso.

16.- Con la comunicación del resultado del concurso de ofertas, se devolverán las cantidades depositadas por los oferentes, excepto la que corresponda a aquel cuya oferta haya sido aceptada, que se reservará en depósito como garantía del cumplimiento de su obligación y, en su caso, como parte del precio de adjudicación...

5.- El mencionado plan de liquidación fue aprobado en sus propios términos en virtud de Auto de fecha 09/03/2021, que descartó las objeciones formuladas por varios acreedores.



6.- Dentro del plazo conferido, en fecha 08/04/2021, la mercantil CONSERVAS DANI, S.A.U., presentó una oferta por importe total de 2.000.000 €, para la adquisición de la UPA de O Grove (lotes 1 y 2). Tras proporcionar información sobre la identificación del oferente, su solvencia económica y medios técnicos y humanos a su disposición, indicaba con relación al contenido de la oferta y al precio:

SEGUNDO.- [...] La oferta que efectúa la mercantil "CONSERVAS DANI, S.A.U.", asciende al importe total de DOS MILLONES DE EUROS (2.000.000 €) en los términos y condiciones que se expondrán en el siguiente Hecho y se realiza sobre la unidad productiva sita en la localidad de O Grove [...]

TERCERO.- [...] La presente oferta de la mercantil "CONSERVAS DANI, S.A.U." por importe total de DOS MILLONES DE EUROS (2.000.000 €), garantizada por la propia solvencia acreditada de la ofertante, se realiza sin subsistencia de las garantías que recaigan sobre la unidad productiva, de modo que la cantidad ofertada se distribuirá con arreglo a lo dispuesto en el artículo 214 del TRLC [...]

La modalidad de pago será a través de transferencia bancaria a la firma de la escritura de compraventa.

CUARTO.- De la incidencia de la oferta sobre los trabajadores.

Si bien es voluntad de la mercantil ofertante, "CONSERVAS DANI, S.A.U.", la plena continuidad empresarial de la actividad entidad concursada y el mantenimiento de la totalidad de los puestos de trabajo, a día de hoy, como consecuencia de la previsible demora en la puesta en funcionamiento de la fábrica conservera con motivo de las necesarias inversiones en materia de modernización e innovación de las instalaciones, la presente oferta solamente incluye la subrogación de un total de DOCE (12) puestos de trabajo, con el mantenimiento de la totalidad de los derechos laborales que ello conlleva.

La selección de los 12 trabajadores que se incluyen en la presente oferta se realizara por parte de la mercantil "CONSERVAS DANI, S.A.U." conforme a razones objetivas tales como la antigüedad, puesto y categoría laboral que se observaran tan pronto como la Administración Concursal facilite dicha información a la ofertante, oído igualmente el Comité de Empresa.

7.- Asimismo, en el apartado séptimo de la oferta de adquisición, la oferente señalaba que sometía la oferta a las siguientes condiciones:

1.- A efectos del art. 221 TRLC, que en el Auto de aprobación se declare la inexistencia de sucesión de empresa.

2- Conforme al art. 223 TRLC, se excluyen expresamente de la presente cualesquiera otras licencias, autorizaciones o contratos no laborales no comprendidos en las unidades productivas sobre las que se realiza la oferta.

3.- La transmisión de la unidad productiva a CONSERVAS DANI, S.A.U., no llevará aparejada obligación de pago de los créditos no satisfechos por la concursada antes de la transmisión, ya sean concursales o contra la masa, que en ningún caso asume en los términos previstos en el art. 224 TRLC manifestando expresamente que ni la entidad ofertante ni ninguna de su grupo son personas especialmente relacionadas con la concursada.

4.- El Decreto por el que se apruebe el remate y el Auto por el que se autorice a la AC para proceder a la enajenación de las unidades productivas en los términos recogidos en la oferta realizada ordenará la cancelación de todas las cargas anteriores al concurso constituidas a favor de créditos concursales o contra la masa conforme a lo disciplinado por el art. 225 TRLC debiendo transmitirse los mismos libres de toda carga o gravamen.

En particular resulta indispensable que se cancelen las hipotecas que gravan las fincas con números registrales 14570, 18543, 2894, 2169, 6765, 2163, 8375 y 6478.

5.- La presente oferta está condicionada a la obtención de la licencia medioambiental integrada.

8.- El día anterior, 07/04/2021, la entidad ofertante ingresó la cantidad de 75.000 €, en concepto de pósito, en la cuenta bancaria designada por la AC.

9.- Mediante correo electrónico de 09/04/2021, tras revisar la oferta realizada por los lotes 1 (fábrica de conservas y oficinas) y 2 (maquinaria y mobiliario), la AC solicitó a la ofertante:

1.- Desglosen el importe de 2.000.000,00€ (más impuestos) que ofertan, especificando qué concreto importe se oferta por el Lote 1 y qué concreto importe se oferta por el Lote 2, así como especifiquen el método de cálculo que asignan a cada lote a los efectos de lo dispuesto en el artículo 214 TRLC.

2.- Especifiquen los puestos de trabajo de los trabajadores de la concursada que van a seleccionar, a que aluden en el Punto 4 de su oferta. A tal fin, adjuntamos Listado Ciego de la totalidad de los puestos de trabajo existentes en la factoría de "O Grove".



3.- Reconsideren y nos comuniquen, en unión de la información solicitada en los dos puntos anteriores, su renuncia al contenido del Punto 5 del Apartado SEPTIMO de su oferta en relación a la condición a la que someten su oferta (obtención de la licencia medioambiental integrada), la cual entendemos no procede.

Les agradeceremos nos hagan llegar todo lo anteriormente solicitado, a la mayor brevedad posible, al correo del Concurso y al mío propio a fin de, a su vista, emitir informe de valoración de su oferta al Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Pontevedra.

10.- Por correo del mismo día, la ofertante solicitó a la AC que " para poder identificar a los trabajadores necesitábamos por favor si nos podéis enviar los salarios y derechos que tengan consolidados", lo que se contestó en correo de 12/04/2021, ampliado por correo de 20/04/2021, en el que se daba respuesta a la información solicitada en correos de 14/04/2021 y 19/04/2021, y se pedía determinadas aclaraciones a la oferta formulada.

11.- Ante la falta de respuesta a las aclaraciones solicitadas, con fecha 04/05/2021, la AC remitió nuevo correo electrónico a CONSERVAS DANI, S.A.U., en el que requería a dicha entidad para que, antes del día 10/05/2021, diera contestación a las aclaraciones solicitadas en los correos de 09/04/2021 y 20/04/2021, con la advertencia de que, en otro caso, se considerará que " Conservas Dani, S.A.U. RENUNCIA a su Oferta, dando traslado de este hecho al Juzgado, con pérdida por su parte del depósito de 75.000,00 Euros en su día realizado en la cuenta corriente intervenida del Concurso y su integración en la masa activa del mismo".

12.- Mediante correo de 07/05/2021, la entidad ofertante procedió a comunicar a la AC la retirada de la oferta realizada y a solicitar la devolución del depósito efectuado. Más concretamente, en el archivo adjunto que contenía la respuesta formal de la entidad se hacían las siguientes alegaciones:

PRIMERA.- De los motivos de la retirada de la oferta.

Con carácter preliminar y principal, es voluntad de la mercantil "CONSERVAS DANI, S.A.U." exponer que la retirada de la oferta realizada en fecha 8 de abril de 2021 para la adquisición de la UNIDAD PRODUCTIVA "O GROVE" se debe única y exclusivamente a causas objetivas, sobrevenidas y no imputables a esta entidad que han provocado que el proyecto empresarial confeccionado para reanudar parcial y paulatinamente la actividad en la fábrica de O Grove no sea viable a día de hoy.

Por ello, el presente escrito de retirada de oferta se ve motivado por causas ajenas y sobrevenidas a la mercantil "CONSERVAS DANI, S.A.U.", que impiden la viabilidad del proyecto de reconstrucción del tejido industrial desarrollado en la UNIDAD PRODUCTIVA "O GROVE" de la concursada en liquidación, "THENAISIE PROVOTE, S.L.U." SEGUNDA.- De la solicitud de devolución del depósito.

De acuerdo con lo disciplinado en el Plan de Liquidación para la adquisición de activos de la mercantil "THENAISIE PROVOTE, S.L.U.", la mercantil "CONSERVAS DANI, S.A.U." realizó una transferencia por importe de SETENTA Y CINCO MIL EUROS (75.000 €) en la cuenta bancaria intervenida por la Administración Concursal de la entidad "THENAISIE PROVOTE, S.L.U.", en... correspondiente al depósito precio necesario para la puja

Por lo expuesto, como quiera que la retirada de la oferta presentada por la mercantil "CONSERVAS DANI, S.A.U." se realiza por causas objetivas, sobrevenidas y, en todo caso, ajenas a la ofertante, a medio del presente escrito, la entidad "CONSERVAS DANI, S.A.U." solicita la devolución de la cantidad de SETENTA Y CINCO MIL EUROS (75.000 €) transferida a la cuenta intervenida por la Administración Concursal en concepto de depósito para la presentación de oferta.

Asimismo, a pesar de que la mercantil "CONSERVAS DANI, S.A.U." ha obrado en todo momento de buena fe en el procedimiento que nos ocupa y que la retirada de la oferta se debe a causas ajenas a ella, esta entidad manifiesta que igualmente tiene derecho a la restitución del depósito toda vez que el Plan de Liquidación no faculta a la Administración Concursal a ingresar la cantidad en la Masa Activa en el estado actual del procedimiento. En este punto es preciso reseñar que en el Plan de Liquidación se disciplina la pérdida de depósito en un solo supuesto: "(...) en caso de ser aprobada su oferta y no consignar el resto del precio en el plaza establecido, perderá la cantidad depositada, a favor de la masa activa del Concurso", es decir, solamente se produciría tal pérdida del depósito en el caso de que se hubiese aprobado la oferta.

13.- Al negarse la AC a devolver el depósito en su día constituido para formalizar la oferta mientras no existiera una resolución judicial que así lo acordase, la demandante presentó en fecha 26/05/2021 escrito solicitando formalmente la devolución. Previo traslado a la AC, que se ratificó en su posición alegando que no se explican, especifican ni acreditan las presuntas " causas objetivas, sobrevenidas y no imputables a esta entidad", en la que se apoya la petición de restitución, el órgano judicial remitió la solicitante al cauce del incidente concursal.

SEGUNDO.- La demanda incidental. La posición de la AC. Decisión del Juzgador.



14.- Con arreglo a la vía apuntada, la entidad CONSERVAS DANI, S.A.U., presenta demanda incidental en la que interesa la devolución de la cantidad depositada, por las siguientes razones:

1ª La mercantil ofertante ha obrado de buena fe en el procedimiento que nos ocupa, produciéndose la retirada de la oferta por causas sobrevenidas ajenas a dicha entidad (falta de apoyo y ayudas de instituciones públicas en los términos que resultaban imprescindibles).

2ª La mercantil ahora demandante presentó oferta bajo una serie de condiciones suspensivas, por lo que podemos concluir que mientras no se hubiesen cumplido las mismas, desde el punto de vista técnico y en rigor, la oferta no producía plenos efectos ni habilitaba a la Administración Concursal para exigir su cumplimiento.

3ª La oferta presentada por la mercantil CONSERVAS DANI, S.A.U., debería haber sido considerada nula de pleno derecho al no cumplir con lo disciplinado en el Plan de Liquidación por haberse realizado sin determinar expresamente qué trabajadores de la concursada estarían incluidos en la subrogación.

4ª El Plan de Liquidación exclusivamente estableció una causa de pérdida de la consignación, que consistió en que " *en caso de ser aprobada su oferta y no consignar el resto del precio en el plazo establecido, perderá la cantidad depositada, a favor de la masa activa del Concurso*". De este modo, siendo un "numerus clausus" la causa de pérdida del depósito en el caso de que se hubiese aprobado la oferta sin que se hubiese pagado el precio, es evidente que no se cumple la condición pues la oferta no ha sido aprobada judicialmente.

15.- En definitiva, sobre la base -según se afirma- de que (i) no se cumplieron las condiciones suspensivas de la oferta, (ii) el Plan de Liquidación no prohíbe la retirada de la oferta, (iii) la oferta no cumple con lo disciplinado por el Plan de Liquidación para reputarse válida, (iv) no se estableció ninguna cláusula referente a la pérdida de la cantidad depositada por la ofertante si hubiese retirado la oferta con anterioridad a la aceptación judicial, y (v) su retirada no ocasiona daños y perjuicios a la concursada ni a la masa del concurso, se concluye que no existe previsión normativa, ni liquidatoria, ni daños y perjuicios que justifiquen la negativa a devolver la cantidad depositada.

16.- Tanto la AC como la entidad concursada THENAISIE PROVOTE, S.L.U., se oponen a la pretensión con argumentos parcialmente coincidentes. Así, la AC alega: (i) la demandante conocía perfectamente las circunstancias de la sociedad concursada, puesto que en el verano de 2020 habría realizado una *due diligence*, revisando toda su documentación y realizando una valoración integral de la misma; por tanto, no actúa de buena fe al retirar la oferta alegando circunstancias que ya debía saber; (ii) ante el silencio de la actora a la petición de aclaración de la oferta, tuvo que requerirla nuevamente el 04/05/2021, y, en respuesta a este último requerimiento, la demandante contestó que retiraba su oferta " *por causas objetivas, sobrevenidas y no imputables a esta entidad que han provocado que el proyecto empresarial confeccionado para reanudar parcial y paulatinamente la actividad en la fábrica de O Grove no sea viable a día de hoy*"; con ello, no habría hecho valer realmente los motivos o causas que ahora mencionaría en su escrito de demanda incidental; además, nunca condicionó su oferta a la obtención de respaldo y apoyo de las instituciones públicas; (iii) la demandante obvia que, entre las reglas aplicables a la venta de las unidades productivas, que habría aceptado al presentar su oferta, se preveía que las ofertas serían " *vinculantes e irrevocables*" para el ofertante; (iv) la oferta no se realiza condicionadamente. Lo que denominan "condiciones suspensivas" son simple reproducción de los arts. 221 a 224 TRLC, mientras que la referida a la obtención de licencia medioambiental carecería de sentido, pues la demandante sabría perfectamente que tal elemento no formaba parte de la unidad productiva (aunque se estaría tramitando); y (v) tampoco podría basar la demandante sus pretensiones en su propia actuación, apelando a que ella misma habría decidido no subsanar las deficiencias señaladas por la AC.

17.- Por su parte, THENAISIE PROVOTE, S.L.U., que también interesa la desestimación de la demanda, añade (i) la demandante nunca condicionó su oferta a la obtención de ayudas públicas, antes al contrario, en su escrito alude a su solvencia técnica y económica, por lo que la retirada de la oferta se habría debido únicamente a su propia voluntad e interés; (ii) Con ocasión de los reiterados requerimientos de subsanación remitidos, la AC advirtió que, si retiraba la oferta, perdería el depósito constituido; y (iii) no puede invocarse la nulidad de la oferta por circunstancias imputables a la propia entidad que la alega.

18.- Centrado así el debate, tras aludir la naturaleza que tiene el plan de liquidación en el concurso de acreedores, como norma que regula las actuaciones tendentes a la realización de los activos del concursado, de tal modo que, aprobado por el Juez, se convierte en obligatorio, tanto para la AC, como para los posibles interesados, la sentencia desestima íntegramente la demanda al considerar:

1º En el plan de liquidación, a la hora de fijar las reglas por las que se regía la fase de venta de las unidades productivas de la concursada, se señala que las ofertas serán vinculantes e irrevocables para el ofertante. Es decir, quienes presenten ofertas para la adquisición de la unidad productiva quedan vinculados a ellas, y no podrán revocarlas, con todas sus consecuencias, de lo que demandante era perfecta conocedora. Además, al



retirar su oferta, ya un mes después de su presentación, dio lugar, probablemente, a la pérdida de oportunidad de que otros interesados hubiesen podido presentar puntualmente las suyas.

2º Carece de sentido apelar a que se le debería devolver la cantidad depositada porque su oferta sería nula por falta de mención de los contratos de trabajo en que estaba dispuesta a subrogarse, puesto que, primero, esa omisión es fácilmente subsanable; y, segundo, no es razonable que el que voluntariamente incurre en un defecto de forma o de contenido en cualquier instancia sea el que, a la postre, se beneficie del mismo.

3º No se ajusta a la realidad la alegación referida a que la oferta estaba sujeta a condiciones suspensivas que, al no ser cumplidas, la hacían ineficaz, toda que, por un lado, el plan de liquidación, todas las ofertas eran vinculantes para el oferente e irrevocables, y, por otro lado, esas supuestas condiciones suspensivas no eran tales, sino mera reproducción de lo recogido en los arts. 221 a 224 TRLC sobre efectos legales de la transmisión de unidades productivas, y, en todo caso, aunque se hubiesen impuesto como condiciones suspensivas, no podrían contradecir a lo regulado en esos artículos, que constituyen normas imperativas, por lo que se tendrían por inexistentes (art. 1116 del CC), como ocurre con la obtención de la licencia medioambiental integrada.

4º No se ha acreditado ninguna causa sobrevenida que pudiese aportar una base razonable a la retirada de la oferta de la demandante incidental. Primero, se habla de esas circunstancias sobrevenidas por primera vez en la demanda incidental, y tampoco se aporta la más mínima prueba sobre su concurrencia. Segundo, aun de ser cierto, sería algo totalmente achacable a la propia demandante, pues era ella quien debía tener cerrada la financiación y, en su caso, las ayudas públicas, que pudiesen ser necesarias para acometer la operación; sin que pueda hacer recaer en el concurso su falta de previsión. Tercero, esa alegación no resulta creíble, cuando quien la introduce, a la hora de presentar la oferta de compra, acreditó su solvencia económica mediante la aportación de sus cuentas anuales de los ejercicios 2019 y 2020, y su solvencia técnica poniendo de manifiesto la alta cualificación de su personal y la proyección global de su negocio. Y cuarto, no puede alegar circunstancias sobrevenidas que le impidan acometer el proyecto, relativas a falta de apoyo o de ayudas, cuando se embarcó en la operación tras haber realizado una *due diligence* de la entidad.

19.- Disconforme con esta resolución, la entidad demandante interpone recurso de apelación, reiterando por esta vía las alegaciones realizadas en su demanda en pro de la pretensión de devolución del depósito.

TERCERO.- La devolución o pérdida del depósito constituido para realizar la oferta de adquisición de la unidad productiva.

20.- La solución de la controversia planteada pasa por recordar que nos hallamos en el marco de un plan de liquidación, el sentido y la razón de ser de la necesidad de constituir un depósito y las consecuencias de la aparente falta de sintonía de las reglas 6ª y 15ª del plan de liquidación aprobado por Auto de fecha 09/05/2021.

21.- Es sabido que el plan de liquidación sirve, en principio, para dotar de seguridad jurídica al procedimiento de enajenación de los bienes y derechos del deudor. Se trata, en cierto modo, de planificar o programar las operaciones de liquidación, de modo que todas las partes interesadas conozcan con antelación cómo van a realizarse los bienes y derechos integrados en la masa activa del concurso y, en su caso, puedan realizar las alegaciones, observaciones u objeciones que estimen oportunas. La idea que subyace es que se debe "normar" la actividad liquidatoria, con el fin de dotarla de garantías suficientes, habida cuenta de que las expectativas de cobro de los acreedores dependen de su efectividad. De ahí que, como se apunta en la sentencia objeto de recurso, una vez aprobado, el plan de liquidación se configure como la disposición normativa de obligado cumplimiento, tanto por la AC, como por la concursada, los acreedores y otros posibles interesados en las operaciones, sin perjuicio de su modificación, a instancia de la AC, si se estimara conveniente para el interés del concurso y la más rápida satisfacción de los acreedores (arts. 418 y 419 TRLC).

22.- En el presente caso, el plan de liquidación contempla, en la primera fase, la adquisición unitaria y conjunta de las UPAs de O Grove y Mos o de alguna de ellas individualmente considerada, y específica detalladamente las condiciones que ha de reunir la oferta para ser admitida. Aunque estemos en sede concursal y sujetos al plan de liquidación, no cabe olvidar que la oferta responde al régimen general o civil de la formación del contrato, que precede a la perfección del mismo. En efecto, por la fórmula de transmisión legalmente prevista y de la que se hace eco el plan, la formación del contrato no es instantánea, sino sucesiva, mediante la realización de una oferta de adquisición unitaria o individualizada de las UPAs de la concursada, a la que seguiría la selección de las tres mejores, y previo traslado para posibilitar su mejora, la elaboración por parte de la AC de un informe de valoración sobre la que considere mejor y la comunicación al Juzgado a efectos de la adjudicación de la/s UPA/s. En el plazo de un mes desde la notificación del Auto de adjudicación, la AC procederá a formalizar la escritura pública de compraventa.

23.- La oferta es la declaración de voluntad que una parte hace a otra proponiendo celebrar un contrato de contenido determinado; este caso, la adquisición de una unidad productiva. En cuanto a la exigencia de que



se deposite una cantidad como presupuesto de admisión de la oferta, tiene por objeto reforzar la seriedad de la propuesta que se realiza, ya que, en función de su importe, tendrá efectos disuasorios respecto de eventuales actuaciones infundadas o intereses especulativos, depurando el abanico de riesgos, y, al mismo tiempo, garantizar la indemnidad de la masa frente a los daños y perjuicios que pudieran derivarse de la renuncia o la retirada intempestiva de la oferta.

24.- La sentencia de instancia razona que el depósito en estos casos puede ser considerado como una garantía similar a la que suponen las arras en un contrato de compraventa, y que, de hecho, la finalidad de la constitución es asegurar el mantenimiento de la oferta realizada, de tal modo que, si el oferente pudiese retirarse en cualquier momento, sin más justificación, carecería de cualquier sentido haber exigido esa garantía, la cual entonces carecería de virtualidad en la práctica.

25.- Ciertamente, el depósito participa en cierta medida de la filosofía que inspira y de las características de esta figura jurídica, por más que las arras se aplican en contratos ya perfeccionados y no en aquellos en que dicha perfección queda pendiente de la decisión del comprador o del vendedor expresada en un plazo determinado. Ahora bien, precisamente por esta similitud, puede extrapolarse al depósito la doctrina jurisprudencial sobre la interpretación restrictiva de las arras penales o penitenciales, de la que es ejemplo la STS nº 581/2013, de 26 de septiembre, que declara:

" No se discute que sean confirmatorias, pues todas las arras lo son, al acreditar la perfección del contrato de compraventa y que las simplemente confirmatorias constituyen una señal o parte del precio (sentencias de 4 marzo 1996 y 17 octubre 1996). Tampoco son arras penales que tienen naturaleza de cláusula penal y así lo expresan las sentencias del 25 octubre 2006 , 27 octubre , uno de diciembre de 2011 , en estos términos:

»La calificación de esta cláusula es clara: es una cláusula penal que se impone a la vendedora, caso de que incumpla y no entregue el inmueble libre de ocupantes. Se puede calificar de arras penales que no son sino una cláusula penal, por la que la parte puede exigir el cumplimiento de la obligación y sólo en caso de incumplimiento, exigir que se ejecute dicha cláusula; en ningún caso aparece formulada como las arras de desistimiento que prevé el art. 1454 del Código Civil .

»Se trata de la clásica y exacta definición de las arras penitenciales, que no llevan a otra cosa que a la obligación facultativa: puede cumplir o pagar lo pactado, como opción del deudor. Así se pronuncian las sentencias del 24 octubre 2002 , 24 marzo 2009 , 29 junio 2009 .

»Ante la imposibilidad de dar un concepto unitario de las arras, la doctrina moderna distingue las siguientes modalidades de ellas: a) Confirmatorias. Son las dirigidas a reforzar la existencia del contrato, constituyendo una señal o prueba de su celebración, o bien representando un principio de ejecución. b) Penales. Su finalidad es la de establecer una garantía del cumplimiento del contrato mediante su pérdida o devolución doblada, caso de incumplimiento. c) Penitenciales. Son un medio lícito de desistir las partes del contrato mediante la pérdida o restitución doblada. Esta última es la finalidad reconocida por el artículo 1454. Siendo doctrina constante de la jurisprudencia la de que las arras o señal que, como garantía permite el artículo 1454, tienen un carácter excepcional que exige una interpretación restrictiva de las cláusulas contractuales de las que resulte la voluntad indubitada de las partes en aquél sentido, según declararon las sentencias de 24 de Noviembre de 1926 , 8 de Julio de 1945 , 22 de Octubre de 1956 , 7 de Febrero de 1966 y 16 de Diciembre de 1970 , entre otras, debiendo entenderse en caso contrario que se trata de un simple anticipo a cuenta del precio que sirve, precisamente, para confirmar el contrato celebrado (sentencia de 10 de Marzo de 1986)."

26.- Se pronuncian en el mismo sentido las SSTs nº 581/2013, nº 485/2014, de 23 de septiembre, nº 507/2018, de 20 de septiembre, y la STS nº 583/2018, de 17 de octubre, que razona:

" [...] la mera mención al art. 1454 del C. Civil , no expresa con claridad cuáles son las obligaciones que contraen las partes, por lo que al ser una variedad de arras de interpretación restrictiva habría sido preciso acreditar que la intención de los contratantes era pactar las arras para el caso de desistimiento del comprador, lo cual no se deduce del texto de la cláusula, cuando en los supuestos referidos en las dos sentencias antes mencionadas se reconoció el carácter de arras penitenciales, porque las partes así lo hicieron constar expresamente en la redacción del contrato, con mención expresa al supuesto de desistimiento, no contando la sala, en este caso, con otro medio probatorio o de interpretación de la voluntad de las partes.

Por el contrario la Audiencia Provincial declaró que las arras eran confirmatorias, es decir entregadas como mera garantía o prueba de la operación y como parte del precio, declarando que la mención en la cláusula al art. 1454 del C. Civil no era suficiente para considerarlas arras penitenciales, pues para nada se refería el contrato al desistimiento, debiendo interpretarse la cláusula restrictivamente."

27.- A la vista de las consideraciones expuestas, el recurso interpuesto debe ser acogido. Es verdad que la regla 6º del apartado III.4.1, Plan de Liquidación, Fases de Liquidación, Primera Fase, dispone que " Las ofertas serán



vinculantes e irrevocables para el ofertante", lo que significa que, en principio, el ofertante no podrá retirar la oferta una vez realizada. Ahora bien, no es menos cierto que ni en la mencionada regla 6ª, ni en ninguna otra, se regulan las consecuencias del incumplimiento de esta disposición que, en cuanto que judicialmente aprobada, es de obligado cumplimiento. Podría pensarse que la revocación debería llevar aparejada la ineficacia de la oferta y, en su caso, la obligación de responder por los daños y perjuicios que hubiera podido ocasionar. Pero nada se dice al respecto, por lo que también cabría la posibilidad de considerar que la ofertante ha quedado vinculada por la oferta y que puede exigírsele que la asuma y cumpla en su integridad, y, en caso contrario, reclamar la oportuna indemnización por daños y perjuicios, al amparo de los arts. 1101 y ss. y del art. 1124 del Código Civil. En cualquier caso, el plan de liquidación nada prevé sobre este particular, de manera que, lo que no desde luego no cabe, es aplicar la sanción o cláusula penal prevista para otra conducta distinta.

28.- La AC, en interpretación compartida por la sentencia recurrida, sostiene que la regla 15ª ordena que *" si el ofertante no compareciera al otorgamiento de dicha escritura en el indicado plazo, o en aquel que se le señale, perderá la consignación realizada que se integrará en la masa activa del Concurso"*. Y aún podría añadirse que la regla 16ª señala que la cantidad depositada por el oferente cuya oferta haya sido aceptada *" se reservará en depósito como garantía del cumplimiento de su obligación y, en su caso, como parte del precio de adjudicación"*.

29.- Sin embargo, como se desprende de la interpretación literal y sistemática de la cláusula en cuestión, se refiere a un estadio muy posterior, en el que el contrato ya se ha perfeccionado, bien directamente porque la AC ha aceptado la concreta oferta (art. 419.2 TRLC), bien porque ya se ha aprobado judicialmente la enajenación de la unidad productiva, es decir, concurren oferta y aceptación, como declaraciones de voluntad, coincidentes y contrapuestas, que forman el consentimiento, elemento esencial del contrato, junto con el objeto y la causa (arts. 1261 y 1262 CC).

30.- Se trata, *mutatis mutandis*, de similar previsión a la contenida en los arts. 652 y 653 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en materia de subasta de bienes muebles. Si el art. 647 LEC (art. 669.1 LEC para los bienes inmuebles) establece la obligación de constituir un depósito por importe del 5% del valor, el art. 652.1 dispone que, finalizada la subasta, se liberarán o devolverán las cantidades consignadas por los postores *" excepto lo que corresponda al mejor postor, que se reservará en depósito como garantía del cumplimiento de su obligación y, en su caso, como parte del precio de la venta"*. Y el art. 653.1 concluye que, si ninguno de los rematantes a que se refiere el artículo anterior consignare el precio en el plazo señalado o si por culpa de ellos dejare de tener efecto la venta, *" perderán el depósito que hubieran efectuado, y se procederá a nueva subasta, salvo que con los depósitos constituidos por aquellos rematantes se pueda satisfacer el capital e intereses del crédito del ejecutante y las costas"*. Pero, insistimos, la previsión legal atiende a un momento posterior, en el que ya se ha producido ya la aprobación del remate.

31.- En el supuesto enjuiciado, la renuncia o retirada de la oferta tuvo lugar en un momento anterior, a saber, con ocasión de la petición de aclaración formulada por la AC, momento en el que únicamente regía la regla 6ª, sobre irrevocabilidad de la oferta, pero no la regla 15ª, sobre pérdida del depósito, sin que esta última regla pueda interpretarse, por su naturaleza sancionatoria, de modo extensivo o flexible, para aplicar la sanción a supuestos no expresamente contemplados. Nada impedía que, entre las disposiciones del plan de liquidación, se contuviese una sanción -la pérdida del depósito o cualquier otra-, para el caso de incumplimiento de la obligación de mantener la oferta; es más, una sanción o cláusula penal de esta naturaleza se reputa conveniente y necesaria para evitar actuaciones arbitrarias, como la de la demandante. Mas lo cierto es nada se incluyó al respecto, por lo que no es posible aplicarla al supuesto que nos ocupa.

32.- Cuestión distinta habría sido si la AC, en lugar de requerir la aclaración (con la loable intención de evitar problemas posteriores), hubiera procedido directamente a elaborar el informe de valoración, proponiendo la aceptación de la oferta y la adjudicación de la unidad a CONSERVAS DANI, S.A.U., en cuyo caso la renuncia ex post sí que hubiera determinado la pérdida del depósito. Pero no ocurrió así.

33.- Podría, a efectos dialécticos, plantearse la posibilidad de destinar el depósito al resarcimiento de los daños y perjuicios que hubieran podido causarse. A juicio de la Sala, tal posibilidad es perfectamente viable, aún a falta de previsión legal, por aplicación de la doctrina sobre la llamada *culpa in contrahendo*, siempre que se acreditasen los daños y perjuicios causados, máxime cuando, como aquí ocurre, no se alegan ni acreditan causas sobrevenidas que justifiquen mínimamente esa renuncia o retirada de la oferta (y no lo es el fracaso de las gestiones para obtener financiación, que, por otra parte, ni se mencionaron en la oferta ni resultan compatibles con las comprobaciones o auditoría de compra realizada por la demandante un año antes). No obstante, tales daños y perjuicios no se demuestran, ni siquiera se insinúan, sin que puedan considerarse tales la supuesta pérdida de oportunidad de que otros interesados hubiesen podido presentar puntualmente las suyas, sobre todo si tenemos en cuenta que la oferta se presentó el penúltimo día del plazo señalado y se ignora si había otros posibles interesados.

**TERCERO.- Costas procesales.**

34.- No obstante estimarse el recurso, y, en consecuencia, estimarse la petición de devolución del depósito, las particulares circunstancias que se dejan expuestas y, en particular, la actuación de la entidad demandante, lejos de las pautas que emanan del principio de buena fe, al retirar sin justificación real la oferta realizada, dilatando al menos un mes las operaciones de liquidación, constituyen fundamento suficiente para excepcionar el principio objetivo del vencimiento en materia de costas, debiendo cada parte asumir las devengadas a su instancia, siendo las comunes por mitad (arts. 394 y 398 LEC).

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

LA SALA**FALLA**

Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la procuradora Sra. Rodríguez Arroyo, en nombre de la mercantil CONSERVAS DANI, S.A.U., contra la resolución dictada el 20 de julio de 2021, por el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Pontevedra, debemos revocar y revocamos dicha resolución y, en su consecuencia, debemos ordenar y ordenamos que se proceda a la devolución del depósito constituido por aquella entidad para la formalización de la oferta por la UPAs "O Grove".

Cada parte deberá abonar las costas causadas por su intervención en ambas instancias, siendo las comunes por mitad.

Así lo acuerda la Sala y lo pronuncian, mandan y firman los Magistrados expresados al margen.