



Roj: **SAP Z 560/2019 - ECLI: ES:APZ:2019:560**

Id Cendoj: **50297370052019100318**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Zaragoza**

Sección: **5**

Fecha: **04/04/2019**

Nº de Recurso: **1156/2018**

Nº de Resolución: **298/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **ALFONSO MARIA MARTINEZ ARESO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA núm 000298/2019

Presidente

D. ANTONIO LUIS PASTOR OLIVER

Magistrados

D. JUAN CARLOS FERNANDEZ LLORENTE

D. ALFONSO M^ÂA MART^ÂA?NEZ ARESO (Ponente)

En Zaragoza, a cuatro de abril de dos mil diecinueve.

En nombre de S.M. el Rey,

VISTO en grado de apelación ante esta Sección Quinta de la Audiencia Provincial de ZARAGOZA, los Autos de Concursal - Sección 4^a (Masa Pasiva) 0000321/2016 - 01, procedentes del JUZGADO DE LO MERCANTIL N^o 1 DE ZARAGOZA, a los que ha correspondido el Rollo **RECURSO DE APELACION (LECN) 1156/2018**, en los que aparece como parte *apelante-demandante*, NOVALTIA SOCIEDAD COOPERATIVA, representada por la Procuradora de los tribunales, MARIA DEL PILAR SERRANO MENDEZ, y asistido por el Letrado PABLO SAURA VINUESA; y como parte demandada no personada, ADMINISTRACION CONCURSAL DE Amador asistido por el Letrado D. ENRIQUE IBARZ AGUELO; y siendo demandado Amador, no personado; siendo el Magistrado-Ponente el Ilmo. SR ALFONSO M^ÂA MART^ÂA?NEZ ARESO

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los de la **sentencia** apelada de fecha 29 de junio de 2018, cuyo FALLO es del tenor literal:

"Que desestimando la demanda incidental interpuesta por Novaltia Soc. Coop., debo acordar y acuerdo no dar lugar a la pretensión de cobro de la totalidad del importe obtenido con la venta de la farmacia, 1065000 euros.

Todo ello sin hacer expresa condena en costas."

SEGUNDO.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandante y dado traslado a las partes contraria, no se opusieron, elevándose los autos a esta Sala donde se registraron al n^o de rollo arriba indicado, señalándose día para deliberación, votación y fallo el 18 de febrero de 2019.

TERCERO.- En la tramitación de estos autos se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los de la resolución recurrida en tanto no se opongan a los de la presente resolución y;

PRIMERO.- Antecedentes procesales



Entabló la actora, acreedora con privilegio especial en el concurso, incidente concursal dirigido a la determinación del importe cubierto por su garantía en el supuesto de enajenación con arreglo al plan de liquidación de la oficina de farmacia (licencia, local y mobiliario). Estima que el crédito garantizado con la misma y que ha de ser objeto de pago es la de 1.234.242,05 euros, de los cuales, con arreglo al importe fijado para la venta, deberá ser cubierta la de 1.065.000 euros, cantidad en la que se enajenó la licencia y que obra ya en la caja del concurso.

La Administración concursal del concurso (AC) mantiene que los créditos que han de ser abonados con el importe de los bienes y derechos enajenados y que son objeto de garantía se limitan a la suma de 600.532,89 euros, según la lista de créditos ex art. 75 de la LC del indicado concurso.

La resolución recurrida acepta la posición de la AC demandada y mantiene que es el importe de los créditos reconocidos en el informe del art. 75 LC el que ha de ser reconocido.

Contra la anterior resolución formula su recurso la acreedora titular del privilegio solicitando que, con arreglo al art. 155.5 de la LC, se declare que la cantidad garantizada por prenda era la pactada en la escritura de constitución de la misma y, por tanto, la totalidad del importe obtenido por la enajenación de la oficina de farmacia -1.065.000 euros- se aplique al pago de dicho crédito, que constituye, en polémica expresión del art 155.5 del texto citado, la "deuda originaria".

Su recurso lo funda en la infracción del art. 155.5 de la LC en cuanto a que ha de considerarse el importe de la deuda garantizada mediante prenda, realiza una exegesis de las diversas reformas procesales sufridas por la normativa concursal y cita diversas resoluciones dictadas por las audiencias en respaldo de su tesis.

La demandada AC mantiene la tesis de la resolución recurrida.

SEGUNDO.- Deuda originaria conforme al art. 155.5

Ciertamente, se han configurado dos posturas jurisprudenciales contrapuestas, de una parte la que estima que ha de prevalecer la interpretación literal del art. 155.5 sobre la interpretación conjunta de los arts. 94 y 155, todos de la LC, según la cual el importe de los créditos con privilegio especial solo alcanzara a los que figuren en el informe de la AC del art. 75, conforme a los arts. 90.3 y 94.2 y 5 de la LC, esto es, después de la aplicación de la regla del cálculo del valor razonable de las garantías y su cobertura. Según esta versión, el importe del crédito con privilegio especial se reduciría al valor razonable de la garantía, en expresión del art 94.5 de la LC, las 9/10 partes del valor razonable del bien o derecho sobre el que está constituida la garantía.

El examen de los preceptos por separado y conjuntamente nos muestra que:

La fijación del valor razonable de la garantía y la reducción del importe del crédito con privilegio especial fue una norma impuesta por las sucesivas reformas legales para conseguir la denominada purga de las garantías, esto es que la calificación como créditos con privilegio especial de aquellos garantizados por garantías en las que el valor del bien no permitiese cubrir la garantía, sea la primera en su totalidad o las sucesivas, no impidiera la obtención de un acuerdo o solución pactada entre los acreedores. A esto se unió la posibilidad de que determinadas mayorías de acreedores pudieran imponer la solución concursal adoptada por ellos al resto de los de su clase, previa división de la total masa pasiva en diversas clases de acreedores (art. 94.2; laborales, públicos, financieros y resto).

El Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en material de refinanciación y reestructuración empresarial introdujo esta novedosa regla dirigida a la perfecta y precisa determinación dentro del concurso y para la calificación de los créditos del importe dentro de cada crédito que gozaba del privilegio especial solo para la determinación de la masa pasiva y cálculo de mayorías en la aprobación de los acuerdos de refinanciación de la Disposición adicional cuarta de la LC.

Este mecanismo -purga de garantías y posibilidad de arrastrar con determinadas mayorías a los acreedores disidentes de una clase a una solución concursal-, se extendió por el Real Decreto Ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas del orden social, a las operaciones de obtención de un convenio con la reforma del art. 94.5 de la LC.

A la vista del problema generado en cuanto el art 94.5 fijaba un determinado valor para el crédito garantizado con privilegio especial frente al valor dado a la garantía en la escritura pública de constitución y en el Registro de la Propiedad, la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal además de mantener en la redacción dada al art. 94.5 la establecida en la Disposición adicional cuarta 2, por la norma anterior -Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en material de refinanciación y reestructuración empresarial- estableció además las siguientes modificaciones:

-Crea un art 90.3.



"3. 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."

-De igual manera, se modifica el apartado 2 y se añade un apartado 5 en el artículo 94, con la siguiente redacción:

"2. La relación de los acreedores incluidos expresará la identidad de cada uno de ellos, la causa, la cuantía por principal y por intereses, fechas de origen y vencimiento de los créditos reconocidos de que fuere titular, sus garantías personales o reales y su calificación jurídica, indicándose, en su caso, su carácter de litigiosos, condicionales o pendientes de la previa excusión del patrimonio del deudor principal. Los acreedores con privilegio general o especial respectivamente deberán estar incluidos en las siguientes clases: 1.º Laborales, entendiéndose por tales los acreedores de derecho laboral. Quedan excluidos los vinculados por la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección en lo que exceda de la cuantía prevista en el artículo 91.1.º A estos efectos tendrán igualmente consideración de acreedores de derecho laboral los trabajadores autónomos económicamente dependientes en cuantía que no exceda de la prevista en el artículo 91.1.º 2.º Públicos, entendiéndose por tales los acreedores de derecho público. 3.º Financieros, entendiéndose por tales los titulares de cualquier endeudamiento financiero con independencia de que estén o no sometidos a supervisión financiera. 4.º Resto de acreedores, entre los cuales se incluirán los acreedores por operaciones comerciales y el resto de acreedores no incluidos en las categorías anteriores. Se harán constar expresamente, si las hubiere, las diferencias entre la comunicación y el reconocimiento y las consecuencias de la falta de comunicación oportuna. Cuando el concursado fuere persona casada en régimen de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, se relacionarán separadamente los créditos que solo pueden hacerse efectivos sobre su patrimonio privativo y los que pueden hacerse efectivos también sobre el patrimonio común."

"5. A los efectos del artículo 90.3, se expresará el valor de las garantías constituidas en aseguramiento de los créditos que gocen de privilegio especial. Para su determinación se deducirán, de los nueve décimos del valor razonable del bien o derecho sobre el que esté constituida la 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 privilegiado ni al valor de la responsabilidad máxima hipotecaria o pignoratícia que se hubiese pactado.

-El apartado 4 del art. 140 queda redactado en los siguientes términos:

"4. La declaración de incumplimiento del convenio supondrá la resolución de este y la desaparición de los efectos sobre los créditos a que se refiere el artículo 136. No obstante lo anterior, si el incumplimiento afectase a acreedores con privilegio especial que hubiesen quedado vinculados al convenio por aplicación de lo dispuesto en el artículo 134.3 o que se hubiesen adherido voluntariamente al mismo, podrán iniciar o reanudar la ejecución separada de la garantía desde la declaración de incumplimiento y con independencia del eventual inicio de la fase de liquidación. En este caso, el acreedor ejecutante hará suyo el montante resultante de la ejecución en cantidad que no exceda de la deuda originaria, correspondiendo el resto, si lo hubiere, a la masa activa del concurso."

-Finalmente se establece en el art. 155 una nueva redacción:

"1. El pago de los créditos con privilegio especial se hará con cargo a los bienes y derechos afectos, ya sean objeto de ejecución separada o colectiva.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, en tanto no transcurran los plazos señalados en el apartado 1 del artículo 56 o subsista la suspensión de la ejecución iniciada antes de la declaración de concurso, conforme al apartado 2 del mismo artículo, la administración concursal podrá comunicar a los titulares de estos créditos con privilegio especial que opta por atender su pago con cargo a la masa y sin realización de los bienes y derechos afectos. Comunicada esta opción, la administración concursal habrá de satisfacer de inmediato la totalidad de los plazos de amortización e intereses vencidos y asumirá la obligación de atender los sucesivos como créditos contra la masa y en cuantía que no exceda del valor de la garantía, calculado de conformidad con lo dispuesto por el artículo 94. En caso de incumplimiento, se realizarán los bienes y derechos afectos para satisfacer los créditos con privilegio especial conforme a lo dispuesto en el apartado 5.

3. Cuando haya de procederse dentro del concurso, incluso antes de la fase de liquidación, a la enajenación de bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial, el juez, a solicitud de la administración concursal y previa audiencia de los interesados, podrá autorizarla con subsistencia del gravamen y con subrogación del adquirente en la obligación del deudor, que quedará excluida de la masa pasiva. De no autorizarla en estos términos, el precio obtenido en la enajenación se destinará al pago del crédito con privilegio especial conforme a lo dispuesto en el apartado 5 y, de quedar remanente, al pago de los demás créditos. Si un mismo bien o



derecho se encontrase afecto a más de un crédito con privilegio especial, los pagos se realizarán conforme a la prioridad temporal que para cada crédito resulte del cumplimiento de los requisitos y formalidades previstos en su legislación específica para su oponibilidad a terceros. La prioridad para el pago de los créditos con hipoteca legal tácita será la que resulte de la regulación de ésta.

4. La realización en cualquier estado del concurso de los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial se hará en subasta, salvo que, a solicitud de la administración concursal o del acreedor con privilegio especial dentro del convenio, el juez autorice la venta directa o la cesión en pago o para el pago al acreedor privilegiado o a la persona que él designe, siempre que con ello quede completamente satisfecho el privilegio especial, o, en su caso, quede el resto del crédito reconocido dentro del concurso con la calificación que corresponda. Si la realización se efectúa fuera del convenio, el oferente deberá satisfacer un precio superior al mínimo que se hubiese pactado y con pago al contado, salvo que el concursado y el acreedor con privilegio especial manifestasen de forma expresa la aceptación por un precio inferior, siempre y cuando dichas realizaciones se efectúen a valor de mercado según tasación oficial actualizada por entidad homologada para el caso de bienes inmuebles y valoración por entidad especializada para bienes muebles. La autorización judicial y sus condiciones se anunciarán con la misma publicidad que corresponda a la subasta del bien y derecho afecto y si dentro de los diez días siguientes al último de los anuncios se presentare mejor postor, el juez abrirá licitación entre todos los oferentes y acordará la fianza que hayan de prestar.

5. 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.

Sistemáticamente, no puede desligarse la interpretación de los arts. 94 y 155 de sus precedentes, se trata la regla del art. 94 de una forma de calcular el privilegio para la obtención de un acuerdo por los acreedores privilegiados que lo son, aquellos cubiertos por el valor de la garantía, frente a aquellos otros, que pese a tener a su favor la constitución de una garantía real, el valor de la misma no alcanzará a cubrir su crédito.

Si el convenio fracasa, tanto en caso de incumplimiento art. 140 de la LC, como en los supuestos de liquidación, bien separada, bien en el seno de un plan de liquidación (art. 155.5 de la LC) o aún cuando se enajene la finca gravada con garantía real en fase común, con arreglo a la sistemática y la lógica del precepto, así como su tenor literal, lo obtenido por el bien o derecho gravado, alcanza hasta el límite de su valor para abonar el total crédito garantizado con el mismo.

En ese sentido, ya esta Sala en su sentencia nº 765/17, de 30 de noviembre ya declaró que:

"Sin embargo, la Sala quiere hacer *obiter dicta* un par de consideraciones que pudieran estimarse relevantes:

Las normas sobre valoración de garantías introducidas por el RDL 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal, - si bien se refería por error al Real Decreto Ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas del orden social- tenía por objeto la correcta calificación de créditos a los efectos de la adopción de un convenio con los acreedores limitado el crédito privilegiado hasta el importe real de la garantía.

En sede de ejecución, más allá del concurso, el importe del crédito hipotecario -deuda originaria- alcanzaba hasta el valor de la garantía ex art. 155.4 de la LC .

En el mismo sentido se han pronunciado, esta vez sí, *ratio decidendi* otros tribunales entre ellos destaca la AP de Barcelona (Sección 15ª) la cual en sus resoluciones AAP de Barcelona (Sección 15ª) nº 57/2018, de 15 de mayo ; nº 85/2018, de 2 de julio y 131/2018, de 16 de octubre , entre otras, declararon:

12. 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 el mismo sentido se pronunció la AP de Lugo (Sección Primera), nº 243/2018, de 13 de junio :

Sin desconocer la dificultad de interpretación acerca de lo que el legislador quiere decir con la expresión *deuda originaria* , y la existencia de una viva discusión doctrinal y de resoluciones judiciales contradictorias, nos inclinamos por considerar que con aquella expresión se pretende hacer referencia a la deuda contraída por principal e intereses, en contraposición con la fijada en el *artículo 90.3 LC* en relación con el *artículo 94.5 referida a los supuestos de convenio, pese a la duda introducida por el artículo 140.4 LC* que solo se refiere al supuesto de incumplimiento de convenio y no a la fase de liquidación, a la que alude el supuesto enjuiciado.



En el presente supuesto, la misma, por las razones ya expresadas ha de ser la solución adoptada, procede estimar el recurso y considerar que la deuda originaria era la que se fijaba en la escritura de constitución del derecho de prenda y hasta el límite de la misma. Esta es la cantidad garantizada y todo lo obtenido en ejecución de los bienes garantizados habrá de ser imputado y abonado a la referida deuda.

TERCERO.- Costas procesales

Conforme a los arts. 394 y 398 de la LC, no se hace especial declaración sobre las costas, ni en la instancia, ni en la apelación, dadas las dudas de derecho que la cuestión ha suscitado en la doctrina y la jurisprudencia.

VISTOS los artículos citados y demás de pertinente y general aplicación.

FALLO

Que estimamos el recurso de apelación formulado por **NOALTIA SOCIEDAD COOPERATIVA** contra la sentencia de 29 de junio de 2015, debemos revocarla en el sentido de declarar que la totalidad del importe obtenido por la venta de la licencia de la farmacia Z-337, esto es, 1.065.000 euros de acuerdo con la autorización judicial acordada mediante auto de 26 de abril de 2018, deberá pagarse a la entidad recurrente para satisfacer la deuda originaria en los términos solicitados por la misma, sin especial declaración de las costas ni en la instancia, ni en la apelación.

Contra la presente resolución cabe recurso de casación por interés casacional, y por infracción procesal, si es interpuesto conjuntamente con aquél ante esta Sala en plazo de veinte días, del que conocerá el Tribunal competente, debiendo el recurrente al presentar el escrito de interposición acreditar haber efectuado un depósito de 50 euros para cada recurso en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección (nº 4887) en el BANCO SANTANDER, debiendo indicar en el recuadro Concepto en que se realiza: 04 Civil-Extraordinario por infracción procesal y 06 Civil-Casación, y sin cuya constitución no serán admitidos a trámite.

Remítanse las actuaciones al Juzgado de procedencia, junto con testimonio de la presente, para su ejecución y cumplimiento.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá testimonio al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.