

Cuestiones: plan de liquidación y posición del acreedor privilegiado, precio mínimo de realización, traslado de ofertas al acreedor privilegiado y cesión del remate.

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

SECCIÓN DECIMOQUINTA

Rollo núm. 255/2016

Concurso núm. 492/15 (Numerio Negidio, S.L.)

Juzgado Mercantil núm. 10 Barcelona

AUTO núm. 48/2017

Componen el tribunal los magistrados:

JUAN F. GARNICA MARTÍN

JOSÉ MARÍA RIBELLES ARELLANO

LUIS RODRÍGUEZ VEGA

JOSÉ MARÍA FERNÁNDEZ SEJO

MANUEL DÍAZ MUYOR

Barcelona, a dos de mayo de dos mil diecisiete.

Parte apelante: Aulo Agelio, S.A.

- Letrado/a: Sr. T.
- Procurador: Sr. A.

Parte apelada: Administración concursal

Resolución recurrida: auto aprobando el plan de liquidación.

- Fecha: 29 de febrero de 2016

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. La parte dispositiva de la resolución apelada es del tenor literal siguiente: «*DISPONGO: la aprobación del plan de liquidación presentado por el deudor con las observaciones de la Administración concursal y las modificaciones introducidas en el fundamento de derecho segundo de la presente resolución*».

SEGUNDO. Contra la anterior resolución interpuso recurso de apelación Aulo Agelio, S.A. Admitido a trámite se dio traslado a la contraparte para que lo contestara y, hecho, se elevaron las actuaciones a esta Audiencia Provincial, en la que se turnaron a la Sección Decimoquinta, que señaló para el día 9 de diciembre pasado votación y fallo.

Actúa como ponente el magistrado Sr. Juan F. Garnica Martín.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO. Términos en los que aparece planteado el conflicto en esta instancia

1. Aprobado el plan de liquidación de la concursada Numerio Negidio, S.L. por medio de la resolución recurrida, Aulo Agelio, S.A. formula recurso de apelación alegando que la misma no ha resuelto, o bien no lo ha hecho de forma adecuada, respecto de sus observaciones al plan y concretamente sobre los siguientes aspectos del mismo:

- a) Falta de reconocimiento de la fijación de un precio mínimo para las ofertas que se podían aceptar en la fase de venta directa.
- b) Falta de sujeción a un tipo mínimo de realización en la fase de subasta.
- c) Ausencia de mención expresa de un plazo por el que realizar el traslado de la mejor oferta realizada en la fase de venta directa al acreedor privilegiado a fin de que pudiera mejorarla.
- d) Ausencia de mención de un plazo de traslado al acreedor privilegiado de la mejor postura en la fase de subasta, si la misma no cubre el importe privilegiado.
- e) Denegación de la posibilidad de ceder el remate a un tercero por parte de los adjudicatarios de la puja.

SEGUNDO. Consideraciones generales

- a) *Regulación legal y dudas que plantea*

2. Como punto de partida hemos de decir, siguiendo lo que afirma la STS de 23 de julio de 2013 (ROJ: STS 4079/2013 - ECLI:ES:TS:2013:4079), que el plan de liquidación puede prever una forma especial de realización de los activos del deudor, alternativa o complementaria a las previstas con carácter general y subsidiario en el artículo 149 de la LC, pero no puede obviar los derechos del acreedor hipotecario en el concurso.

Por tanto, debemos examinar si en el supuesto concreto que examinamos el plan aprobado ha respetado esos derechos del acreedor hipotecario, dando respuesta a sus alegaciones que o bien abiertamente lo niegan o al menos que tienen ese trasfondo.

3. La regulación legal relativa a la forma en la que debe procederse a la venta de los bienes sometidos a un gravamen real está contenida en el art. 155.4 LC, precepto al que explícitamente se remite el art. 149.2, pfo. 2.º LC, en su redacción actual (procedente de la modificación operada por virtud del art. único.Dos.5 de la Ley 9/2015, de 25 de mayo), de aplicación en nuestro caso.

4. El art. 149.2 LC, en su texto aplicable al caso por razones temporales, el actualmente vigente, dispone lo siguiente:

«Los bienes a que se refiere la regla 1.ª del apartado anterior, así como los demás bienes y derechos del concursado se enajenarán, según su naturaleza, conforme a las previsiones contenidas en el plan de liquidación y, en su defecto, por las disposiciones establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil para el procedimiento de apremio.

Para los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial se aplicará lo dispuesto en el artículo 155.4».

5. De la literalidad de esa norma podemos deducir que el legislador permite un alto grado de libertad para que el plan de liquidación pueda establecer la forma de realización, si bien la limita en el caso de bienes afectos a créditos con privilegio especial, supuesto en el que exige que se respeten los principios establecidos en el art. 155.4 LC.

6. El art. 155.4 LC dispone en sus dos párrafos primeros:

«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».

7. Aunque la correcta interpretación de esos preceptos plantean numerosas incógnitas, creemos que no cabe duda que el artículo 155.4 LC tiene incidencia directa en el modo de realizar los bienes con privilegio especial, sobre todo en lo que atañe a la necesidad de garantizar que el acreedor con este privilegio pueda incidir en el procedimiento de venta, bien incidiendo en los mecanismos de realización, bien reclamando la adjudicación del bien en pago o para pago de su crédito, en los términos que se derivan del referido artículo. Del artículo 155.4 LC se extraen una serie de principios y garantías para el acreedor que deben respetarse en la confección del plan de liquidación y, caso de que no lo hiciera, el juzgado debería adaptar el plan al aprobarlo, sea de oficio o bien a instancia de parte. E incluso, en la ejecución del plan han de respetarse esas reglas, al menos en cuanto no resulten abiertamente contradictorias con el plan aprobado.

8. A pesar de las numerosas reformas legales que han incidido en la regulación de la liquidación, estamos lejos de poder considerar que la regulación es acabada y completa y las dudas que se originan siguen siendo numerosas. Sin ánimo de exhaustividad, podemos señalar las siguientes:

a) ¿Cuál debe ser el procedimiento de venta de los bienes sujetos por una garantía especial?

b) Si puede o bien si debe fijarse un precio mínimo de venta de los bienes integrados en la masa.

c) ¿Cuál debe ser el rol que se pueda atribuir en el procedimiento de venta a los acreedores titulares de la garantía especial que hayan perdido el derecho de ejecución separada?

d) ¿Cómo se deben vender los bienes que integran la masa que están sujetos a responsabilidad por deudas no concursales sino de terceros?

9. Las dudas que tenemos abiertas alcanzan de forma sustancial a dos cuestiones:

i) ¿Cuál o cuáles son los procedimientos de venta admisibles que se pueden prever en el plan o fuera de él?

ii) ¿Cuál es la situación en la que se encuentra el titular del privilegio ante el procedimiento de venta?

10. Hemos estimado que tales dudas son de tal calado que exigían un examen de profundidad que va mucho más allá de lo que exige dar respuesta a las concretas

cuestiones que plantea el recurso, atendida la frecuencia con la que estos problemas se nos plantean y el alto riesgo de incurrir en contradicciones en nuestras resoluciones si no afrontamos el problema en toda su amplitud y de manera unitaria. Por esa razón la deliberación de este asunto se ha demorado en el tiempo de forma extraordinaria, para permitir que la Sala pudiera hacer esa reflexión en los términos más ampliamente posibles, al menos en este momento, esto es, con la experiencia acumulada hasta ahora.

b) *El procedimiento de venta o realización*

11. Sobre el procedimiento de venta nuestras dudas se centran en cómo debemos interpretar el derecho positivo, particularmente el art. 155.4 LC, norma a la que se remite el art. 149.2 LC e incluso si puede ser orillada su aplicación.

12. La conclusión a la que hemos llegado es que aplicación de esa norma no puede ser orillada de ninguna de las maneras, si bien advirtiendo que lo trascendente del artículo 155.4 es el régimen de garantías que establece a favor del acreedor. El redactado del precepto, sin embargo, puede llevar a interpretaciones más o menos flexibles que afectan a distintos puntos, tales como los siguientes:

a) Sobre si la referencia que la LC hace a la subasta debe restringirse única y exclusivamente a la subasta judicial – con remisión a la LEC -, o si dentro del concepto de subasta debería incluirse cualquier sistema que garantizara la concurrencia de ofertas.

b) Sobre la determinación del precio por el que puede adjudicarse el bien el acreedor, ya que la ley habla de precio pactado, lo que remite a la escritura de constitución de las garantías, mientras que en el concurso se constatan otras valoraciones del bien en el inventario.

c) Sobre el momento en el que el acreedor puede solicitar la adjudicación en pago o para pago de la deuda, ya que la norma no indica si esa actuación del acreedor puede hacerse en el momento de la apertura de la liquidación, como una actuación previa, o si el acreedor puede activar estos mecanismos cuando ya se han recibido ofertas por terceros.

d) Sobre las actuaciones que deben realizarse cuando no se han recibido ofertas en el concurso.

13. El precepto en cuestión establece dos vías de realización:

i) Una que puede ser considerada como la ordinaria o regla general, que busca la concurrencia de ofertas, bien por medio de la subasta judicial en sentido estricto, bien por la habilitación de un sistema de concurrencia de ofertas articulado necesariamente en el plan de liquidación.

ii) Otra excepcional (en el sentido de que no es la regla) destinada a la adjudicación directa bien al acreedor (cesión en pago o para pago), bien a un tercero que ha realizado una oferta previa (venta directa).

14. Por consiguiente, tanto se lleve a cabo en el plan como fuera de él, la regla general es que la venta debe hacerse garantizando de modo efectivo la concurrencia de ofertas. Ahora bien, cabe interpretar lo que se entiende como tal. La Ley concursal no dice que deba ser en “subasta judicial” sino solo en subasta, lo que significa que se admiten procedimientos de venta no judiciales que se atengan al sentido y significado de una subasta, esto es, un procedimiento abierto y transparente de venta. Abierto en el sentido de que pueda concurrir quien lo desee. Transparente porque se lleve a cabo con una publicidad suficiente que permita asegurar un resultado óptimo, es decir, la consecución del mejor precio posible.

15. El plan tanto puede prever como método ordinario de realización la venta por medio de subasta judicial como a través de otros métodos equivalentes, como son la venta a través de entidad especializada de la LEC, o bien a través de un sistema similar que permita recoger ofertas durante un lapso temporal determinado y ofrezca garantías de transparencia objetiva bajo el control de los órganos del concurso.

16. En algunos casos podríamos considerar que entran en este último caso supuestos que en los planes se denominan “ventas directas”, pero que en realidad no son tales porque la selección de las ofertas se ha hecho después de dar publicidad y oyendo las diversas ofertas presentadas. En cualquier caso, creemos que las exigencias de publicidad y transparencia a que más arriba nos hemos referido exigen que en tales casos el plan describa la forma en la que se va a proceder y que la misma permita dejar constancia objetiva y contrastable acerca del procedimiento de selección de la mejor oferta recibida en el concurso.

17. Y los métodos alternativos deben quedar reservados al caso de que fracase el sistema que constituye la regla general. La autorización judicial a la que se refiere la norma, lo más razonable es que deba interpretarse hecha para cada caso concreto, una vez acreditada la concurrencia de circunstancias que justifiquen apartarse del sistema ordinario. En otro caso se corre el riesgo de la simple arbitrariedad, de que el juez no sepa cuáles son las razones de conveniencia práctica que justifiquen que deba prestar su autorización y la misma se termine prestando o no por razones subjetivas y no objetivables.

18. Creemos admisible, no obstante, la posibilidad de que el plan pueda prever como primer método de realización la venta directa, como ocurre en el caso de la venta

de la unidad productiva. No obstante, lo razonable es exigir una justificación seria, esto es, que existan razones en el caso que hagan incompatible la venta en subasta con las necesidades del concurso: (1) porque se haya recibido una oferta que supere, sin duda, las valoraciones de mercado del bien, (2) porque la generación de créditos contra la masa vinculados al mantenimiento del bien sean superiores a las expectativas de realización del mismo, (3) porque la situación del concurso no permita prolongar más allá de lo razonable la liquidación. En todo caso la administración concursal deberá justificar suficientemente estas razones excepcionales.

19. Y lo mismo debe ocurrir en el caso de la adjudicación en pago o para pago, en este caso con mayor motivo. No puede descartarse la posibilidad de autorizarla en el plan de liquidación de forma directa, pero solo si resulta clara la falta de interés del mercado en los bienes a realizar, y siempre y cuando se garantice que con esta adjudicación queda completamente satisfecho o, cuando menos, razonablemente satisfecho, el crédito con privilegio especial.

20. La venta directa con autorización judicial o la dación en pago o para pago están sometidas a un procedimiento concreto que es preciso respetar, el que se expresa en la última regla del art. 155.4 LC, esto es, que (i) se someta previamente a publicidad la oferta que se pretende aprobar y que (ii) las ofertas que se presenten se tomen en consideración abriendo una nueva licitación, en su caso, entre los diferentes oferentes.

Por tanto, resultan inaceptables las ofertas de venta directa que no respeten esas reglas, lo que nos permite excluir de forma radical cualquier oferta que pretenda exclusividad o que esté limitada en el tiempo de forma que resulte incompatible con la publicidad que es precisa.

Debe tenerse en cuenta que el artículo 155.4 LC, cuando regula la adjudicación fuera de convenio, utiliza como referencia el precio pactado en la escritura de constitución de la garantía real, un precio que no tiene por qué coincidir con el valor de mercado del bien referido en el inventario. Si nos atenemos a la redacción literal del precepto, el acreedor tiene la posibilidad de adjudicarse el bien por ese precio pactado, salvo que aporte una tasación actualizada que justifique su adjudicación por un precio inferior.

21. Como se ha indicado, pueden identificarse hasta cuatro procedimientos distintos de realización de los bienes o derechos del concurso:

21.1. La venta en pública subasta. Nada impide al administrador concursal solicitar en el plan que los bienes se realicen por medio de subastas judiciales en el modo previsto por la LEC. No parece legalmente posible que, por vía del plan de liquidación, pueda diseñarse una subasta judicial distinta de la prevista en la LEC.

Solicitada la subasta, deberán seguirse los trámites de la subasta judicial en todos sus aspectos.

21.2. La venta por medio de un sistema que garantice la concurrencia de ofertas. Esa concurrencia de ofertas puede gestionarse bien previo depósito en la secretaría del juzgado, en el despacho del administrador concursal o ante notario. Es imprescindible que el plan de liquidación concrete los plazos, lugar y condiciones de recepción de las ofertas, la apertura y la posibilidad de mejora, el plan debería prever expresamente esa posibilidad de mejora de la oferta. El plan también debería prever los medios de publicidad adoptados para permitir que llegue al mercado el efectivo conocimiento de la oferta de venta y la forma en la que los interesados pueden tener acceso a la información precisa o conveniente para poder realizar sus ofertas en las adecuadas condiciones de seguridad y garantía.

La administración concursal bien al concluir el procedimiento de venta por concurrencia, bien en el momento de la rendición final de cuentas, ha de poder a disposición de los interesados toda la información referida a las ofertas recibidas y al modo en el que se han recibido las ofertas, así como al cumplimiento efectivo de las garantías de publicidad.

21.3 La venta por medio de persona o entidad especializada, ajena a la administración concursal (no se trata de un auxiliar delegado).

Esta fórmula ya viene prevista en la LEC (artículo 641) y obliga a que el plan de liquidación prevea expresamente qué persona o entidad se va a ocupar de la venta, si lo hace en régimen de exclusiva, etc.

Respecto de la misma creemos que es necesario que se precisen las siguientes condiciones:

a) Debe determinar con claridad los plazos para realizar las gestiones (que deben coordinarse con los plazos de duración de la liquidación concursal).

b) Debe establecerse expresamente un de precio mínimo de venta. Ese precio mínimo habrá de constar en el plan de liquidación; si no constara en el plan de liquidación, el precio mínimo debe recogerse en la resolución en la que se autorice de modo concreto la gestión de la venta y, caso de que no constara, debe entenderse de aplicación lo dispuesto en la LEC. En todo caso ese precio mínimo ha de ser conocido por los acreedores (sobre todo de los que gozan de privilegio especial), con el fin de que puedan hacer observaciones.

c) Es especialmente importante fijar en el plan el régimen de retribución a la persona o entidad especializada que puede ser un porcentaje sobre el precio de venta, una escala de porcentajes en función del precio final de venta, o una cantidad fija.

d) Si el plan prevé expresamente el sistema de retribución no habría problema en incluir expresamente que esa comisión o retribución se detraería del precio. En las normas supletorias del artículo 149.1 LC se indica que la retribución a los

intermediarios es por cuenta de los honorarios de la administración concursal. Al ser norma supletoria nada impide que el plan prevea otro sistema de pago.

21.4. La venta directa. La venta directa no debe confundirse con la habilitación de un sistema de concurrencia de ofertas. La venta directa supone que la administración concursal tiene ya un oferente que ha hecho una oferta en firme y, por medio del plan, propone que se adjudique directamente a un oferente conocido y predeterminado que ha ofrecido un precio cierto.

c) **Posición del acreedor privilegiado**

22. En cuanto a la posición del acreedor privilegiado hay que partir del examen de los derechos que las normas legales le conceden sin duda alguna, que creemos que son los siguientes:

a) La necesidad de que preste su consentimiento en el caso de que la realización se efectúe fuera de convenio y el precio ofrecido no sea superior al pactado como precio mínimo o bien cuando las condiciones de pago no sean de contado.

b) La necesidad de consentimiento en el caso a que se refiere el art. 149.2 a) LC.

23. La cuestión que plantea esa prestación del consentimiento es que no se expresa cuándo se debe producir y si la misma puede ser tácita o presunta, esto es, deducible del hecho de que el acreedor no haya hecho observación alguna al plan de liquidación en el que se preveía la posibilidad de venta por precio inferior al pactado. En principio, se puede admitir que el consentimiento no deba ser necesariamente expreso y que sean admisibles consentimientos deducibles de los actos propios del acreedor.

24. Y también se plantea la cuestión de qué valor hay que dar a las observaciones que formulen los acreedores con privilegio especial que, sin cuestionar propiamente el todo, cuestionen una parte, esto es, que no se opongan a la posibilidad de realización por debajo del valor de tasación si bien exijan un precio mínimo.

24.1. El acreedor con privilegio especial, al oponerse al plan de liquidación, puede solicitar la aplicación de los mecanismos del artículo 155.4 LC; en este caso el juez debe atender a los requerimientos del acreedor privilegiado.

24.2. Si el acreedor privilegiado se opone al plan de liquidación, a los aspectos sustanciales del mismo que afectan al bien o derecho sobre el que se constituyó su garantía, pero el acreedor no remite al artículo 155.4 LC sino a otras posibilidades de realización con su intervención o supervisión, el juez, atendiendo a los intereses del concurso, podrá modificar el plan de liquidación siempre y cuando se respeten las garantías y principios derivados del artículo 155.4 LC.

25. Si el método de realización es la concurrencia de ofertas, en cualquiera de las formas a las que hemos hecho referencia, no tiene sentido alguno que se reserve al acreedor privilegiado la necesidad de que preste su consentimiento a aquellas ofertas que no superen el valor de tasación, dado que el propio acreedor está facultado para participar en la propia subasta, que es un procedimiento abierto.

26. Nos parece muy dudosa la posición que debemos seguir en los siguientes puntos:

a) Si se le puede permitir al acreedor con privilegio especial que solicite la adjudicación del bien cuando la mejor postura no rebase un umbral determinado, por analogía a lo previsto en la LEC, o bien cuando no existan postores.

b) ¿En qué condiciones pueden participar en la subasta, particularmente si lo pueden hacer reservándose la facultad de ceder remate a tercero?

27. Las dudas básicamente surgen sobre el régimen que debe aplicarse a la adjudicación al acreedor cuando no haya postores o cuando la mejor postura no rebase un umbral mínimo.

Son situaciones distintas.

a) Si no hay postor alguno, siguiendo los mecanismos generales de la LEC, se debe permitir al acreedor con privilegio especial la adjudicación del bien, pero respetando los términos y umbrales de la LEC.

a) Cuando concurren otros postores que no hayan superado en su oferta el umbral o precio mínimo, debe permitirse la adjudicación al acreedor con privilegio, atendiendo a las siguientes razones:

i) El interés del concurso no resulta negativamente afectado, todo lo contrario, ya que el objetivo debe ser la búsqueda de la más completa satisfacción los acreedores.

ii) La adjudicación al acreedor privilegiado o bien determinará la satisfacción de su crédito o, cuanto menos, la conversión de la parte no satisfecha en el crédito que por su naturaleza corresponda.

28. No nos parece dudoso que se deba garantizar que el acreedor con privilegio especial pueda intervenir en las subastas sin necesidad de tener que prestar fianza.

29. Tampoco nos parece dudoso que no es admisible imponerle al acreedor privilegiado una dación en pago de carácter forzoso, sino que la remisión que el art. 148.5 LC hace al art. 155.4 determina que sea necesario contar con su consentimiento.

30. A partir de esas conclusiones que hemos alcanzado, trataremos en los fundamentos que siguen de dar respuesta cumplida a las diversas cuestiones concretas que el recurso de la Aulo Agelio plantea.

TERCERO. Sobre el precio mínimo de realización.

31. Insiste Aulo Agelio en su recurso en la necesidad de que la resolución recurrida hubiera debido aceptar sus observaciones al plan de liquidación propuesto por la AC en el sentido de fijar un importe mínimo de realización, tanto en la fase de venta directa como en la de subasta, en el caso de realización de los bienes sujetos a privilegio especial. Justifica su solicitud apelando a una aplicación analógica de las reglas de la ejecución común. Y alega que la fijación de precio un mínimo no tiene por qué ser perjudicial para el concurso, a la vez que limita el libre albedrío de la AC. Y añade que para que las ofertas que se presenten en la fase directa no deban ser rechazadas es preciso que las mismas no resulten antieconómicas para el concurso, como es comúnmente admitido. Por ello estima que la fijación de un precio mínimo puede contribuir a dotar de seguridad jurídica a esta fase de la liquidación y evitar que se reciban propuestas antieconómicas a las que habrá que dar trámite aunque ello no conduzca a nada productivo. Y también estima que la falta de fijación de ese precio mínimo no respeta las cautelas que prevé el art. 155.4 LC para salvaguardar los derechos del acreedor hipotecario.

32. En suma, estima la recurrente que para que sea admisible la venta directa realizada en fase de liquidación es preciso que se respeten los requisitos que se derivan del art. 155.4 LC y que son los siguientes:

- a) que el precio de la venta sea superior al mínimo pactado en la escritura de constitución de la hipoteca;
- b) que el pago sea al contado; y,
- c) que a la operación se le dé la misma publicidad que a la subasta.

Valoración del tribunal

33. Como punto de partida hay que observar la necesidad o conveniencia práctica de que se fijen precios mínimos, particularmente cuando resulta dudosa la directa aplicación de las reglas de la LEC. Ya hemos tenido la ocasión de pronunciarnos sobre ello en diversas resoluciones recaídas en casos de concursos de personas físicas, en las que nos hemos decantado sin duda alguna por la necesidad, y todo ello sin perjuicio de admitir la posibilidad de que el juez del concurso pueda autorizar precios inferiores en los casos en los que así se pueda estimar razonable atendidas las circunstancias.

34. De forma simultánea a la sustanciación del presente recurso la Sala ha resuelto otros en los que se ha enfrentado con esa cuestión en el caso de concursos de personas físicas. Se trata de diversos Rollos (números 410/2016, 411/2016, etc.) en los que se planteaba ese problema y que hemos resuelto en nuestros Autos de fecha 26.01.2017 en los que incorporamos la siguiente consideración:

«Esta sala ya tuvo ocasión de establecer su postura en un tema tan complejo como el que plantea el recurso. Lo hizo en sus Autos de 13 de octubre de 2015 (Rollo 71/2015 y 76/2015), resoluciones dictadas en complemento de los autos previamente dictados resolviendo el recurso de apelación contra la resolución aprobando el plan de liquidación en sendos concursos de persona física. Las líneas generales de nuestra posición son las siguientes:

a) La cuestión no está regulada de forma explícita en la Ley Concursal y no parece que resulten de aplicación directa los arts. 670 y 671 LEC, aunque sí se trata de normas subsidiarias. Recordemos que dichos preceptos, aplicables a la ejecución hipotecaria (artículo 691.4º de la LC), contemplan la posibilidad de denegar la aprobación del remate o la adjudicación si el precio ofertado es inferior al 50% del valor de tasación (hasta el 70% si se trata de la vivienda habitual del deudor y es el ejecutante el que solicita la adjudicación).

La Ley Concursal no prevé esa situación y, aunque dichas normas son de aplicación supletoria, no resulta fácil adaptarlas a un procedimiento de insolvencia por dos motivos: El primero, porque el objetivo de la liquidación es la realización de la totalidad de la masa activa del concurso para pagar al conjunto de acreedores reconocidos y de conformidad con la prelación fijada. El segundo, porque, salvo en los casos de acreedores con privilegio especial, teniendo en cuenta que estamos en una ejecución universal, es imposible identificar al singular acreedor ejecutante al que reconocerle la posibilidad de adjudicarle el bien.

En cualquier caso, aunque los artículos 670 y 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no se apliquen en su literalidad, sí que se han de respetar los principios generales que de esos preceptos resultan para encontrar la solución a aplicar en el proceso concursal, adaptándolos a su propia finalidad, que en parte es distinta a la de la ejecución singular.

b) El art. 176.3 de la Ley Concursal prevé que, a pesar de la conclusión del concurso, “el deudor mantenga la propiedad de bienes (...) desprovistos de valor de mercado o cuyo coste de realización sería manifiestamente desproporcionado respecto de su previsible valor venal”. Esta norma sólo se puede aplicar a las personas físicas, ya que la conclusión del concurso de las jurídicas implica su extinción y, por tanto, la desaparición de su capacidad para ser titular de derechos y obligaciones. Pero en el caso de las personas físicas, la Ley prevé que el deudor pueda conservar la titularidad

de ciertos bienes, entre los que estarían aquellos que no tuvieran precio en el mercado o aquellos cuyos costes de realización supere su valor venal.

c) El problema de la venta judicial de bienes, particularmente de inmuebles de personas físicas, por un valor ínfimo no tiene contornos especialmente distintos en el ámbito de la ejecución singular y en el de la universal. La cuestión es, en ambos casos, si es razonable proceder a la venta en todo caso, esto es, por cualquier precio, aunque de la misma no se deriven ventajas justificadas ni para el deudor ni para sus acreedores y solo pueda constituir un beneficio para oportunistas. En suma, que la venta suponga un evidente perjuicio para el deudor porque se vea desprovisto del inmueble sin una razonable disminución de la deuda y, por tanto, sin un verdadero beneficio para el conjunto de los acreedores.

d) El ordenamiento jurídico ha dado respuesta a esa cuestión que acabamos de plantear, al menos en la ejecución singular de forma explícita, considerando que no cualquier precio es admisible y ha fijado límites que tiendan a garantizar un mínimo razonable. Por tanto, esa solución no puede ser ignorada en la ejecución colectiva, al menos si no existe una justificación derivada de su propia naturaleza que así lo imponga. Esa justificación puede considerarse que exista en el caso en el que la concursada sea una persona jurídica, en la medida en que la apertura de la liquidación comporta su extinción y, por tanto, es preciso liquidar de forma efectiva su patrimonio. Pero esa razón no concurre en el caso de la persona física.

e) Por tanto, parece razonable que deba aplicarse en el concurso una solución similar a la que establece el art. 670.4, pfo. 3.º LEC, que prevé un precio mínimo aceptable sobre el valor de tasación y la posibilidad de desbordarlo, a valoración del tribunal, en atención a las siguientes circunstancias: (i) la conducta del deudor en relación con el cumplimiento de la obligación; (ii) las posibilidades de lograr la satisfacción del acreedor mediante otros bienes; y (iii) el sacrificio patrimonial que la aprobación del remate suponga para el deudor y el beneficio que de ella obtenga el acreedor. Creemos que la primera y la tercera de esas circunstancias deben ser tomadas en consideración en el concurso al aprobar el plan de liquidación, estableciendo valores mínimos de realización.

f) La fijación del 50 % como mínimo, igual que en el art. 670.4, pfo. 3.º LEC, constituye un punto de referencia razonable, pero no infranqueable, siempre que existan buenas razones para ello».

35. En suma, lo que hemos querido decir es que, si bien no resulta de aplicación directa en la liquidación concursal la regulación que hace la LEC para la ejecución singular, la solución a los concretos problemas que se planteen en esta última no puede estar completamente de espaldas a aquella regulación legal sino que se tiene que inspirar en los mismos principios, al menos en la medida en que los mismos puedan resultar compatibles con la finalidad que es propia al proceso concursal. Y

apreciábamos en aquellas resoluciones que el proceso concursal no impone la realización de los bienes a cualquier precio ni puede constituirse en instrumento para llevar a cabo ventas a precios ruinosos, que no sirvan de garantía ni a los derechos de los acreedores ni tampoco a los del deudor y solo sirven para incentivar actuaciones oportunistas.

36. En el caso de concurso de persona jurídica concurre una especialidad que determina que el punto de vista sea algo distinto: en este concurso, abierta la fase de liquidación queda disuelta la sociedad y la liquidación concursal tiende a constituirse en expediente para llevar a cabo la total liquidación de sus relaciones jurídicas. Por tanto, si tomamos en consideración esa finalidad añadida, parece tener poco sentido poner límites mínimos en la realización de los bienes integrados en la masa activa. No obstante, lo razonable es que también se fijen esos valores mínimos de realización, al menos cuando así se hubiera interesado por los acreedores privilegiados al formular observaciones al plan. Y, en cualquier caso, en último extremo, no podemos ignorar la posibilidad que tiene el juez del concurso de poder aprobar ofertas inferiores al precio mínimo legal cuando concurren circunstancias extraordinarias que así lo justifiquen, como también razonábamos que ocurría en el caso de concurso de persona física, por aplicación analógica de lo previsto en el art. 670.4, pfo. 3.º LEC.

En suma, creemos que hizo mal la resolución recurrida al desatender las observaciones hechas por la Aulo Agelio al plan de liquidación que aprobaba.

37. Por otra parte, y dando un paso más y entrando a considerar las concretas observaciones hechas al plan por parte de la Aulo Agelio, creemos que las mismas eran muy razonables, atendido que ni siquiera pretendía imponer unos mínimos concretos que garantizaran la satisfacción de todo su privilegio sino que se limitó a solicitar la fijación de unos importes mínimos, que incluso dejó a la discreción judicial, que redujeran, en la primera fase de la venta (venta directa) la discrecionalidad de la AC.

Creemos que en ambos casos debió haberse accedido a la observación hecha por la Aulo Agelio e incluir en el plan un mínimo por debajo del cual no se aceptarían ofertas de adquisición.

38. Dado que en nuestra opinión deben incluirse en el plan estas observaciones, de ello se deriva una consecuencia necesaria, que es fijar cuál debe ser el importe de las ofertas mínimas que en cada caso se consideren admisibles. Aulo Agelio no hizo esa precisión al formular sus observaciones y de su argumentación se deduce que pueden ser incluso inferiores al importe de su crédito privilegiado. Por tanto, parece que de ello se deduce una invitación a que sean los órganos del concurso (AC y juez) quienes fijen ese importe mínimo, lo que no deja de ser extraño porque no son los órganos del concurso sino el propio acreedor con privilegio especial quien está

facultado para aceptar un precio de venta inferior al del importe del crédito privilegiado.

39. No creemos que ello deba hacerse ni por la AC ni por el Juez del concurso sino que únicamente al acreedor con privilegio especial le corresponde esa facultad de poder aceptar ofertas inferiores al valor de tasación. Por tanto, entendemos que el precio mínimo en el caso de la llamada impropia "venta directa" debe ser al menos igual al menor de estos dos valores: (i) el valor de tasación de la finca; y (ii) el importe del crédito que cuente con privilegio especial.

40. En cuanto a la segunda fase, la de subasta, creemos que el precio mínimo debe estar representado por el señalado en la LEC para el caso de venta de inmuebles.

CUARTO. Sobre el plazo de traslado

41. Se queja la recurrente de que la resolución recurrida, si bien ha reconocido la necesidad de que se le dé traslado de la mejor oferta recibida, siempre que sea inferior al importe del privilegio, para que pueda mejorarla, en cambio no ha fijado plazo alguno.

42. La Administración concursal solo se opone a que el plazo sea tan amplio (20 días) como el solicitado por la Aulo Agelio y estima que se le debe conceder un plazo corto (3 días hábiles).

43. Creemos que un plazo de 20 días hábiles es razonable, a la vista del objeto que el mismo pretende (que el acreedor pueda mejorar la mejor oferta realizada).

QUINTO. Sobre la cesión del remate a tercero.

44. El último de los motivos del recurso se queja de que no haya sido reconocida la posibilidad de ceder el remate a tercero. No la reclama para sí la recurrente sino para cualquiera que sea el mejor postor y alega que, si bien no está regulada en la LC, la misma no perjudica al concurso sino que lo beneficia, pues permite la posibilidad de que concurran postores y de que se incrementen las pujas.

45. La AC se opone a este motivo del recurso acudiendo a los criterios expuestos en los Seminarios de los Jueces Mercantiles de Cataluña de 23 de marzo de 2011 y 10 de febrero de 2016, que se pronunciaron sobre ese particular excluyendo la posibilidad de que al acreedor hipotecario le fuera reconocida la posibilidad de ceder el remate a tercero.

Valoración del tribunal

46. En las observaciones al plan, lo que alegó la Aulo Agelio no es que la cesión del remate se contemplara en el plan como una posibilidad para todos los posibles adjudicatarios sino exclusivamente para el acreedor privilegiado. Por tanto, a ello habremos de estar, al no ser admisible modificar en el recurso los términos del debate que se produjeron durante la primera instancia (art. 456.1 LEC).

47. La facultad de ceder el remate a tercero era una posibilidad que la LEC de 1881 regulaba con carácter general, esto es, tanto para el ejecutante como para cualquier otro postor. La reforma operada por Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, que reformó el párrafo 3.º del referido precepto dándole una redacción similar a la que luego pasó a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 (art. 647), la limitó exclusivamente al ejecutante. La razón de ser de esa reforma no fue establecer un privilegio para el acreedor ejecutante, carácter que ya hemos visto que no ostentaba, sino exclusivamente reaccionar contra determinados abusos derivados de la profesionalización de los postores en las subastas. Por tanto, no estamos ante una norma de privilegio para el acreedor ejecutante, sino ante una norma cuyo objetivo se limitaba a facilitar la realización de los bienes, que fue reformada para corregir los abusos que con el transcurso del tiempo se fueron produciendo.

48. Por otra parte, la reforma operada sobre el art. 647 LEC por la Ley 19/2015, de 13 de julio, que ha ampliado el ámbito de quienes pueden ceder el remate a tercero a los acreedores posteriores evidencia que no estamos ante una norma de privilegio para el ejecutante sino ante una norma que intenta proteger a todos aquellos acreedores cuyos créditos han de resultar afectados por la ejecución. Por tanto, se trata de una norma que lo que pretende es proteger la propia ejecución y su eficacia.

49. Creemos que esa misma razón concurre en la ejecución concursal respecto del acreedor hipotecario, ostente o no la condición de ejecutante. Por tanto, no creemos que exista ninguna razón de peso que justifique la exclusión de que el acreedor con privilegio especial pueda concurrir a la subasta reservándose la facultad de ceder el remate a tercero. Y, es más, creemos que concurren muy buenas razones para concederle ese beneficio porque es una forma excelente de proteger más adecuadamente su posición sin merma alguna de la eficacia de la ejecución concursal.

50. A ello debemos añadir que el propio art. 155.4, en su párrafo 1.º expresamente contempla la posibilidad (como alternativa a la subasta o a la venta directa) de que el acreedor hipotecario pueda no solo ofrecer la cesión en pago o para

pago a sí mismo sino también a la persona que él designe. Aunque tal norma no sea directamente aplicable en nuestro caso, creemos que evidencia que el legislador no mira con disfavor la posibilidad de que el acreedor concurra a la subasta con la facultad de poder ceder el remate a un tercero, porque no constituye un privilegio para el acreedor sino una norma que tiende a facilitar la realización del bien, esto es, la finalidad que es propia de la liquidación concursal.

51. Por tanto, también en este punto debemos estimar el recurso para aceptar que en el plan se incluya la observación realizada por la Aulo Agelio.

SEXTO. Costas

52. Conforme a lo que se establece en el art. 398 LEC, no procede hacer imposición de las costas al apelante, al haber sido estimado el recurso.

PARTE DISPOSITIVA

Estimamos el recurso de apelación interpuesto por Aulo Agelio, S.A. contra la resolución del Juzgado Mercantil núm. 10 de Barcelona de fecha 29 de febrero de 2016, dictada en las actuaciones de las que procede este rollo, que modificamos en el sentido que resulta de nuestra argumentación y que concretamos en los siguientes puntos en los que el plan de liquidación aprobado debe entenderse modificado:

- a) La fijación de importes mínimos para la venta en la fase de la llamada fase de venta directa, que deberán ser al menos iguales al valor de tasación de la finca o al importe del crédito privilegiado, caso de ser inferior al valor de tasación.
- b) La fijación como precio mínimo para la fase de subasta del señalado en el art. 670.4 LEC, esto es, un 50 % del valor de tasación, sin perjuicio de que puedan aprobarse posturas por importe inferior siempre que el juez del concurso aprecie que concurren las circunstancias extraordinarias establecidas en su párrafo 4.º.
- c) La fijación de un plazo de 10 días hábiles, dentro del cual Aulo Agelio podrá mejorar la postura.
- d) El reconocimiento al acreedor privilegiado del derecho o facultad de poder ceder el remate a tercero.

No se hace imposición de las costas del recurso y se ordena la devolución del depósito constituido al formular el recurso.

Contra la presente resolución no cabe recurso extraordinario alguno.

Remítanse los autos originales al Juzgado de procedencia con testimonio de esta resolución, a los efectos pertinentes.

Así lo pronuncian mandan y firman los ilustrísimos señores magistrados componentes del tribunal, de lo que doy fe.