

## **Ciclo de sesiones online: Análisis de las cuestiones más relevantes del Texto Refundido de la Ley Concursal (enero-junio 2021)**

### **Resumen ejecutivo sesión 24 de febrero**

#### **Presentación del ciclo**

Las numerosas reformas que fue experimentando la Ley Concursal desde su aprobación en 2003, se planteó la conveniencia de reordenar su contenido mediante un Texto Refundido que, utilizando las posibilidades que el artículo 82, 5, de la Constitución reconoce a esta opción legislativa (“regularizar, aclarar y armonizar”), sistematizara adecuadamente la normativa concursal vigente, contribuyendo así a su mejor interpretación y aplicación. El Texto Refundido de la Ley Concursal (TRLR), elaborado por un Grupo especial de expertos en el seno de la Comisión General de Codificación, resultó finalmente aprobado por el Real Decreto Legislativo, de 5 de mayo de 2020, y entró en vigor el pasado 1 de septiembre.

El presente Ciclo de Sesiones pretende ofrecer un análisis ordenado del TRLR, seleccionando aquellos aspectos de su contenido que presentan mayor relevancia, con el fin de examinar las novedades que contienen, comparando el texto resultante con el que procedía, como antecedente inmediato, de la Ley Concursal, considerando también que, a lo largo de la vigencia de ésta, han ido recayendo tanto pronunciamientos jurisprudenciales, como criterios doctrinales interpretativos. Especial interés, en este sentido, suscitan los asuntos concretos en que la refundición ha introducido algún matiz diferente, o algún cambio polémico, en el texto precedente, y ello será motivo de consideración particular a lo largo de las sucesivas sesiones.

Comprende el Ciclo 10 sesiones, a desarrollar entre los meses de enero y junio de 2021, en las que sucesivamente se abordan, siguiendo el orden sistemático del TRLR, como puede apreciarse en el programa, los distintos momentos del procedimiento concursal, desde la declaración del concurso hasta su conclusión, prestando también atención a los acuerdos preconcursales y a las cuestiones laborales y de Derecho Internacional Privado, de tanta importancia en la práctica, especialmente en un momento en que, una vez finalizado el plazo de suspensión de la obligación de solicitar el concurso, es previsible un aumento de los procedimientos concursales, de un lado, y de las iniciativas preconcursales, de otro, pendientes éstas, además, de la adaptación a la Directiva europea de reestructuración y segunda oportunidad.

De cada sesión del ciclo se pretende que resulte la elaboración de un texto elaborado por los respectivos ponentes, en el que se exponga la problemática tratada, de modo que, al final del ciclo, pueda disponerse de un compendio completo de materiales, útiles para un mejor conocimiento del TRLR y para una mejor interpretación y aplicación de su contenido en los diversos aspectos.

## Directores del ciclo:

- **María del Mar Hernández Rodríguez**, Magistrado de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Cantabria.
- **Jesús Quijano González**, Vocal Permanente de la Sección de Derecho Mercantil, Comisión General de Codificación. Catedrático de Derecho Mercantil, Universidad de Valladolid. Consejero Académico de Allen&Overy. Miembro del Consejo Académico de Fide

## 3ª Sesión: La masa activa y la masa pasiva del concurso

### Introducción:

Dentro de este recorrido que estamos realizando a las principales novedades del TRLC, en esta 3ª Sesión nos detenemos en las masas del concurso, activa y pasiva. Se ocupan de ellas los **Títulos IV y V, respectivamente, del Libro 1º TRLC**.

En su regulación, el TRLC ha optado por realizar algunos cambios de carácter sistemático y sustantivo. Algunos de ellos resultan evidentes en una primera visualización de la norma refundida como es el **ensanchamiento de la regulación de la masa activa**, que ahora comprende dentro de ella lo relativo a los créditos contra la masa o la enajenación de bienes y derechos, incluyendo la realización de bienes y derechos afectos a privilegio especial y las especialidades en la enajenación de unidades productivas.

Cualquier aproximación a las masas del concurso debe tomar como referencia su importancia. En cuanto a la activa, en tanto que permite la identificación de los elementos que integran el patrimonio del deudor. Será, además, la referencia para examinar la **posible viabilidad en el caso de un convenio o determinar la comunicación que abre una nueva finalidad del concurso** y régimen de pagos de los créditos contra la masa (insuficiencia de la masa activa). En su regulación, además del engordamiento ya destacado, desde un prisma sustantivo hay importantes novedades en las reglas sobre la realización de bienes.

Respecto a la **masa pasiva**, contrario o contra espejo de la masa activa, tanto entendida como conjunto de deudas o créditos que pesan sobre la concursada (punto de vista objetivo) como la suma de acreedores del deudor (prisma subjetivo), es el otro gran protagonista del concurso de acreedores. De su regulación en el TRLC, además de dejar al margen los créditos contra la masa que se han trasladado a la regulación de la masa activa, son predicables algunas novedades destacables, fundamentalmente, en la **regulación de los créditos privilegiados y subordinados**, donde se han aclarado algunos conceptos

De todos estos temas, a continuación, se relacionan de manera detallada todos los que fueron objeto de examen por los dos ponentes, cuyas

intervenciones fueron dirigidas fundamentalmente a destacar las novedades del TRLC en su examen comparativo con la LC.

#### **Ponentes:**

- **Nuria Fachal**, Magistrada del Juzgado de lo Mercantil 1 de A Coruña.
- **Iñigo Villoria Rivera**, Abogado. Socio de Clifford Chance, Departamento de Litigios y Arbitrajes. Responsable del Área Concursal

### 1. MASA ACTIVA Y PASIVA: CRÉDITOS CON PRIVILEGIO ESPECIAL, EN ESPECIAL, CRÉDITOS CON GARANTÍA HIPOTECARIA

#### **1. Enajenación de bienes y derechos afectos al pago de créditos con privilegio especial**

##### **1.1. Regulación en el Texto Refundido de la Ley Concursal**

Las especialidades de la enajenación de bienes o derechos afectos a privilegio especial se contienen en los artículos 209 a 214 TRLC. El artículo 209 contempla, como modo ordinario de realización de los bienes afectos a créditos con privilegio especial, que su realización en cualquier estado del concurso se hará en subasta, judicial o extrajudicial, incluida la electrónica, salvo que el juez autorice otro modo de realización de entre los previstos en esta ley.

##### **1.1.1. Enajenación por medio de subasta**

Tanto el artículo 155, apartado 4, LC como el artículo 209 TRLC fijan como método ordinario de realización de bienes y derechos afectos la subasta, cualquiera que sea la fase del concurso en la que tendrá lugar la enajenación de estos activos. Asimismo, como hacía el precepto equivalente de la Ley Concursal, se dispone en el artículo 209 TRLC que el juez puede autorizar la enajenación de los bienes y derechos afectos acudiendo a otros modos de realización pero, a diferencia de lo que ocurría con la redacción del artículo 155, apartado 4, LC ahora estos métodos alternativos –venta directa, dación en pago y para pago- se reubican en preceptos independientes, lo que supone una notable mejora en la sistemática del texto legal.

La principal novedad aclaratoria del artículo 209 TRLC es la que se refiere a los tipos de subasta que podrán emplearse para la realización de esta clase de activos: frente al silencio de que adolecía el artículo 155 LC, ahora se señala que la subasta podrá ser judicial o extrajudicial, con inclusión de la electrónica.

Cuestión particularmente polémica ha sido la referente a la delimitación del concepto de “*subasta extrajudicial*”, empleado en el artículo 209 TRLC. Idéntica expresión se empleada en el derogado artículo 15 del Real Decreto-Ley nº 16/2020 y se mantiene en el vigente artículo 10 de la Ley 3/2020.

Está claro que la noción de “*subasta extrajudicial*” comprende las subastas notariales, a las que también se denominan “*ventas extrajudiciales*” –cfr. art.

129.2 LH-. Más discutida ha sido la posibilidad de reconducir a aquel concepto las conocidas como “ventas concurrenciales”. Para que éstas tengan la consideración de subasta extrajudicial ser requerirá que el procedimiento presente garantías suficientes de protección de los derechos de quienes pueden verse afectados por el resultado de las operaciones liquidatorias. En este sentido, no bastará la libre concurrencia de postores para lograr el equilibrio de todos los intereses en juego: es lógico exigir que el procedimiento alternativo a la subasta judicial se encuentre debidamente regulado y, además, esté dotado de la publicidad que permita la participación de potenciales interesados en la adquisición de activos procedentes de procesos concursales.

Sumamente relevante será determinar los supuestos en que opera el derecho de veto del acreedor con privilegio especial, cuestión sobre la que nos puede dar alguna pista la mejor sistemática empleada por el Texto Refundido. Al haberse regulado en preceptos independientes la realización en subasta, venta directa y las dos modalidades de dación –en pago y para pago-, es más sencillo constatar que la activación del derecho de veto se producirá en los supuestos de realización directa –nótese que el artículo 210 exige la aceptación expresa de los acreedores privilegiados-; para la dación en pago o para pago, el artículo 211 TRLC condiciona la operación a la solicitud del propio acreedor o de la administración concursal –en cuyo caso, será preciso el consentimiento expreso y previo de aquél-, por lo que su participación libre en el contrato implica la conformidad con la enajenación proyectada.

Por tanto, la tesis más o menos amplia que se mantenga acerca de la expresión “*subasta extrajudicial*” repercutirá directamente en el ámbito objetivo al que se extiende el derecho de veto de los acreedores con privilegio especial. V. AAP de Barcelona nº 48/2017, de 2 de mayo, [JUR 2018/21405], que asume una acepción amplia de la referencia concursal a la subasta, ya que sostiene que no ha de restringirse a la subasta judicial, sino que debe incluirse en este concepto cualquier mecanismo que garantice la concurrencia de ofertas.

### **1.1.2. La venta directa de bienes afectos**

El artículo 155, apartado 4, LC preveía que la realización en cualquier estado del concurso de los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial se haría en subasta. Sin embargo, en la práctica judicial, los mecanismos prioritarios para la enajenación de esta clase de activos fueron la venta directa y la cesión en pago al acreedor privilegiado o a la persona que él designase, que habrían de ser autorizadas por el juez del concurso, a solicitud de la administración concursal o del acreedor con privilegio especial.

Si nos centramos en la regulación de las operaciones de liquidación de la masa activa en el Texto Refundido de la Ley Concursal se exige la observancia de las reglas especiales previstas en el título IV del libro I sobre la realización de bienes o derechos. Conviene destacar aquí la nueva sistemática que se sigue en el Texto Refundido, pues se trasladan al título dedicado a la regulación de la masa activa las reglas generales de enajenación de los bienes y derechos

que la componen, que en la Ley Concursal se contenían en el título sobre liquidación. En los arts. 209 a 214 TRLC se recogen las especialidades de la enajenación de bienes o derechos afectos a privilegio especial y a las especialidades referentes a la enajenación de unidades productivas se dedican los arts. 215 a 224 TRLC.

De las previsiones contenidas en el artículo 210 TRLC para la realización directa de bienes y derechos afectos, debemos destacar en las siguientes previsiones:

- Mantenimiento de la posibilidad de que la autorización para la realización directa de los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial sea concedida por el juez en cualquier estado del concurso.
- La tramitación de la solicitud habrá de seguir el procedimiento establecido para la obtención de autorizaciones judiciales, lo que supone una remisión a lo establecido en el artículo 518 TRLC.

A continuación, en el apartado 3, se distingue a los efectos de concesión de la autorización solicitada, y se prevé su otorgamiento por el juez del concurso si la oferta lo fuera por un precio superior al mínimo que se hubiese pactado al constituir la garantía, con pago al contado.

Para que los activos puedan realizarse por un precio inferior al mínimo que se hubiese pactado, se requiere que:

- El acreedor o los acreedores con privilegio especial lo acepten de forma expresa –también aquí se clarifica que el derecho de veto comprende a todos los acreedores cuyo privilegio recaiga sobre el bien objeto de realización-.
- La venta se efectúe 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, por lo que el valor de mercado opera como límite, más allá del cual no cabe la rebaja en el precio de enajenación. Este extremo ha de ser verificado por el juez del concurso antes de dictar el auto que autorice la transmisión, que será concedida si la oferta lo fuera por un precio superior al mínimo que se hubiese pactado “*al constituir la garantía*” – con este inciso se aclaran las dudas que se habían generado en torno a la identificación del precio mínimo pactado en el art. 155, apartado 4, LC-. Al respecto, el AAP de Barcelona nº 48/2017 de 2 de mayo, [JUR\2018\21405], sostuvo 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*”.

El artículo 210 TRLC mejora su redacción y elimina varios de los incisos que se contenían en el artículo 155, apartado 4, LC que generaron dudas interpretativas en relación a los trámites preceptivos que habrían de observarse para la venta directa de bienes afectos al pago de créditos con privilegio especial. Así, se suprime la referencia a la realización de los activos “dentro” y “fuera del convenio” que se contenía en los párrafos 1º y 2º del apartado 4 del artículo 155 LC. Esta disposición parecía aludir a la enajenación de los bienes afectos en un escenario de convenio, o bien en uno distinto del que se despliega durante la fase de convenio.

El art. 210 TRLC conserva la mención al concursado que se contenía en el art. 155, apartado 4, párrafo 2º, LC, a los efectos de manifestar la aceptación por un precio inferior al mínimo que se hubiese pactado y con pago al contado. Igualmente, habrán de dar su consentimiento el acreedor o los acreedores con privilegio especial y, además, será imprescindible que la realización se efectúe a valor de mercado: este precepto exige el consentimiento expreso del acreedor o de los acreedores privilegiados por lo que, en el plano normativo, se descarta la posibilidad de consentimiento tácito.

Por otra parte, como establecía el último inciso del artículo 155, apartado 4, LC se contempla en el artículo 210, apartado 4, TRLC la apertura de licitación en caso de mejora de oferta tras la concesión de la autorización judicial:

*“Concedida la autorización judicial, las condiciones fijadas para la realización directa se anunciarán con la misma publicidad que corresponda a la subasta del bien o derecho afecto y, si dentro de los diez días siguientes al último de los anuncios se presentase en el juzgado mejor postor, el juez abrirá licitación entre todos los oferentes determinando la fianza que hayan de prestar para participar en ella”.*

### **1.1.3. La dación en pago o para pago de bienes y derechos afectos al pago de créditos con privilegio especial**

Nuestra doctrina y jurisprudencia distinguen la dación en pago *-datio pro soluto-* de la cesión de bienes a los acreedores para pago de sus deudas *-datio pro solvendo-*. La primera constituye una adjudicación en pago de deudas, concebida como un acto en virtud del cual el deudor trasmite bienes de su propiedad al acreedor, a fin de que éste aplique el bien recibido a la extinción del crédito de que era titular. DÍEZ-PICAZO destaca como elemento fundamental de la dación en pago que la prestación que se ejecuta constituye un *aliud* respecto de la prestación prefigurada –distinta de la inicialmente prevista-: por exigencia del artículo 1166 CC<sup>1</sup>, para que la dación pueda producirse, se precisará que acreedor y deudor consientan en el *aliud pro alio*.

---

<sup>1</sup> Este precepto dispone que “*el deudor de una cosa no puede obligar a su acreedor a que reciba otra diferente, aun cuando fuere de igual o mayor valor que la debida. Tampoco en las obligaciones de hacer podrá ser sustituido un hecho por otro contra la voluntad del acreedor*”. La naturaleza dispositiva de esta norma conlleva la validez y licitud de esta modalidad de dación, concertada al amparo del principio de autonomía de la voluntad.

Si en la *datio pro soluto* existe transmisión de la titularidad de los bienes al acreedor, a fin de que éste aplique el bien recibido a la extinción del crédito de que era titular, en la *datio pro solvendo* el deudor sigue siéndolo del adjudicatario en la parte del crédito a que no hubiese alcanzado el importe líquido del bien o bienes cedidos en adjudicación. Por tanto, la cesión de bienes "*pro solvendo*" carece de los efectos liberatorios o extintivos de la obligación que son propios de la dación en pago o "*cesio pro soluto*" –cfr. SSTS de 1 de marzo de 1969, 7 de diciembre de 1983, 14 de septiembre de 1987, 13 de febrero de 1989, 4 de diciembre de 1989, 15 de diciembre de 1989, 29 abril de 1991, 19 octubre de 1992 y 28 de junio de 1997, entre otras-.

En cualquier estado del concurso, la enajenación de estos activos podrá tener lugar mediante dación en pago o para pago, en cuyo caso habrán de observarse las especialidades del art. 211 TRLC.

Una vez abordada la delimitación conceptual entre las dos figuras analizadas, debemos referirnos a la regulación de la cesión en el Texto Refundido de la Ley Concursal. Veamos cómo se afronta la regulación de su régimen en el artículo 211 TRLC:

- **Dación en pago al acreedor con privilegio especial.** La solicitud deberá ser presentada por aquél o por la administración concursal con el consentimiento expreso y previo de aquél; la concesión de la autorización deberá tramitarse seguirá por el procedimiento establecido para la obtención de autorizaciones judiciales. A partir de la conceptualización de la *datio pro soluto* como una adjudicación en pago de deudas, mediante la dación en pago quedará completamente satisfecho el crédito con privilegio especial y el crédito reconocido en el concurso a favor del acreedor privilegiado será excluido de la masa pasiva.
- **Dación para pago al acreedor con privilegio especial.** Con idéntica tramitación procedimental a la prevista para la dación en pago e igualmente precedida de la solicitud del acreedor privilegiado o de la administración concursal con el consentimiento expreso y previo de aquél, la autorización de la dación para pago deberá exigir que la posterior realización del bien o derecho afecto al crédito con privilegio especial se efectúe por un valor no inferior al de mercado según tasación oficial actualizada por entidad homologada para el caso de bienes inmuebles y valoración por entidad especializada para bienes muebles. Por tanto, en caso de optar por este método de realización de los bienes y derechos afectos a pago de créditos con privilegio especial se exige la previa tasación del activo a realizar. Además, al hallarnos ante una adjudicación para pago de deudas, realizado el activo nacerá la obligación de aplicar el importe obtenido al pago de la deuda garantizada. Las consecuencias serán diversas en función de si se cubriese o no la totalidad del crédito clasificado como privilegiado especial:

- Si se cubriese el importe total del crédito, quedará excluido de la masa pasiva.
- Si hubiera remanente tras el pago del crédito a cuyo pago se encontraba afecto el bien o derecho, este remanente corresponderá a la masa activa.
- Si no se consiguiese la completa satisfacción del crédito, la parte no satisfecha será reconocida en el concurso con la clasificación que corresponda.

#### **1.1.4. Enajenación de bienes o derechos afectos con subsistencia de gravamen**

En el marco concursal, el artículo 212 TRLC contempla la venta con subsistencia del gravamen y con subrogación del adquirente en la obligación del deudor:

*“1. A solicitud de la administración concursal, el juez, previa audiencia de los interesados, podrá autorizar la enajenación de bienes y derechos de la masa activa afectos a créditos con privilegio especial con subsistencia del gravamen y con subrogación del adquirente en la obligación del deudor. Subrogado el adquirente, el crédito quedará excluido de la masa pasiva.*

*2. Por excepción, no tendrá lugar la subrogación del adquirente, a pesar de que subsista la garantía, cuando se trate de créditos tributarios y de seguridad social”.*

Este modo de realización de bienes afectos constituye una excepción a la regla general del artículo 1205 CC, en cuya virtud la sustitución de la persona del deudor precisa el consentimiento del acreedor, pero lo que en ningún caso podrá soslayarse es el consentimiento del adquirente que quedará subrogado en la obligación del deudor. Por otra parte, a diferencia de lo que ocurre con la modalidad de venta directa, en las ventas con subrogación y subsistencia de garantía no se habrá de recabarse el consentimiento del acreedor privilegiado, sino que la autorización del juez del concurso sólo deberá ir precedida de la previa audiencia de todos los interesados. Conviene aclarar que dentro de los sujetos que han de considerarse “interesados” ha de incluirse en todo caso al titular del derecho real de garantía y al concursado, por asimilación a lo establecido para la realización directa de bienes afectos en el artículo 210 TRLC.

Como novedad, se incluye en el apartado 2 del artículo 212 TRLC una previsión idéntica a la que se contempla en el último apartado del artículo 214 TRLC, para las ventas de unidades productivas. Este último precepto establece que *“cuando se trate de créditos tributarios y de seguridad social, no tendrá lugar la subrogación del adquirente a pesar de que subsista la garantía”*, por lo que, si la realización del bien o derecho tiene lugar con subsistencia de la garantía, estos acreedores públicos mantendrán el reconocimiento de sus créditos, aunque su pago no podrá realizarse en el concurso con cargo a los



bienes o derechos afectos. Con todo, la subsistencia del gravamen real permitirá a estos acreedores ejecutar la garantía al margen del concurso si sus derechos de crédito no fuesen íntegramente satisfechos en el concurso del deudor.

Por otra parte, es importante destacar que la cancelación de la carga de naturaleza real no será posible en las ventas con subsistencia de garantía. La STS de 23 de julio de 2013 sentó como doctrina jurisprudencial para todos los modos de realización de bienes y derechos afectos al pago de créditos con privilegio especial que es imperativa la observancia de las prescripciones legales que protegen los derechos del acreedor privilegiado reconocidos en el concurso. Por tanto, en supuestos de venta con subrogación, no cabrá cancelar la carga hipotecaria, por lo que el acreedor conserva su garantía a pesar de la transmisión del bien.

## **2. Los créditos con privilegio especial en el Texto Refundido**

### **2.1. Créditos con privilegio especial enumerados en el artículo 270 TRLC**

En términos sustancialmente equivalentes al derogado artículo 89 LC, el Texto Refundido dedica a las clases de créditos concursales el artículo 269 y, tras señalar que se clasificarán, a efectos del concurso, en privilegiados, ordinarios y subordinados, añade que *“los créditos privilegiados se clasificarán, a su vez, en créditos con privilegio especial, si afectan a determinados bienes o derechos de la masa activa, y créditos con privilegio general, si afectan a la totalidad de esa masa. En el concurso no se admitirá ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en la ley”*.

La clasificación de un crédito como privilegiado especial la otorga la normativa concursal, por lo que ni el juez del concurso, ni la administración concursal, ni el convenio judicialmente aprobado pueden atribuir a un acreedor ordinario la condición de privilegiado. Es fundamental comprender que el acreedor tiene un privilegio especial porque su crédito puede ser pagado con la ejecución del bien afecto a la garantía y *“sólo en la medida en que el acreedor garantizado pueda cobrar su crédito de esta forma se tratará de un acreedor con privilegio especial para el cobro”*<sup>2</sup>.

De la triple categoría de créditos que se contempla en el artículo 269 TRLC, únicamente los créditos con privilegio especial conceden una prioridad para obtener la satisfacción del crédito con el producto de la realización de determinados bienes afectados por la garantía –cfr. AAP de Barcelona de 21 de septiembre de 2006, [AC 2007/499]-. Así lo proclamaba el artículo 155.1 LC, y lo reitera el actual artículo 430 TRLC, cuando reza que 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.

También hemos avanzado que la tipología de créditos con privilegio especial se recoge en forma de *numerus clausus* en la normativa concursal. En el Texto

---

<sup>2</sup> CARRASCO PERERA, A., *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, Aranzadi, pág. 59.

Refundido, el artículo 270 recoge la enumeración de los créditos que recibirán esta clasificación en el concurso:

*“1.º Los créditos garantizados con hipoteca legal o voluntaria, inmobiliaria o mobiliaria, o con prenda sin desplazamiento, sobre los bienes o derechos hipotecados o pignorados.*

*2.º Los créditos garantizados con anticresis, sobre los frutos del inmueble gravado.*

*3.º Los créditos refaccionarios, sobre los bienes refaccionados, incluidos los de los trabajadores sobre los objetos por ellos elaborados mientras sean propiedad o estén en posesión del concursado.*

*4.º Los créditos por contratos de arrendamiento financiero o de compraventa con precio aplazado de bienes muebles o inmuebles, a favor de los arrendadores o vendedores y, en su caso, de los financiadores, sobre los bienes arrendados o vendidos con reserva de dominio, con prohibición de disponer o con condición resolutoria en caso de falta de pago.*

*5.º Los créditos con garantía de valores representados mediante anotaciones en cuenta, sobre los valores gravados.*

*6.º Los créditos garantizados con prenda constituida en documento público, sobre los bienes o derechos pignorados que estén en posesión del acreedor o de un tercero”.*

Como comprobamos con la lectura del precepto reproducido, la relación de créditos con privilegio especial resulta coincidente con la que se contenía en el artículo 90, apartado 1, LC aunque la referencia legal a la prenda de créditos que se recogía en el nº 6 de este precepto se remite al artículo 271 TRLC, en el que también se regulan los requisitos que habrán de concurrir para que el crédito pueda merecer la clasificación de privilegiado especial: además de los presupuestos de fondo, para que exista una causa de preferencia especial, es preciso que confluyan unas exigencias de forma o formalidades, que varían en función de la naturaleza de las causas de preferencia.

## **2.2. Requisitos para el reconocimiento del privilegio especial**

### **2.2.1. Garantías constituidas antes de la declaración de concurso con los requisitos y formalidades establecidos para que sean oponibles a terceros**

Conviene hacer unas puntualizaciones en relación a las circunstancias que habrán de concurrir para que el crédito pueda ser clasificado como privilegiado especial.

Se requiere para el reconocimiento del privilegio especial que la respectiva garantía esté constituida antes de la declaración de concurso con los requisitos y formalidades establecidos para que sea oponible a terceros, salvo que se trate de los créditos con hipoteca legal tácita o de los refaccionarios de los trabajadores.

La RDGRN n° 3484, de 26 de enero de 2012, [RJ\2012\5940], remite la clasificación de los créditos concursales a su condición al tiempo de la declaración del concurso como una exigencia del principio «*par conditio creditorum*». Por el mismo motivo, será en ese momento en el que han de concurrir los requisitos de oponibilidad –y de existencia, en el caso de la hipoteca– exigidos para el reconocimiento del privilegio especial a las garantías reales. En este supuesto, el Registrador había suspendido la inscripción de la constitución de una hipoteca constituida cuatro días después de la fecha en que el titular del bien gravado fue declarado en situación de concurso y, por tanto, hallándose sujetas sus facultades patrimoniales a las limitaciones de la Ley Concursal.

La STS n° 592/2017, de 7 de noviembre, [RJ\2017\4744], en un enjuiciamiento acometido desde el prisma de la eficacia de una garantía hipotecaria inscrita tras la declaración de concurso del hipotecante, efectúa las siguientes consideraciones, sumamente relevantes a los efectos de la clasificación de créditos:

*“En el caso de la concesión de una garantía hipotecaria, lo relevante a estos efectos es si la escritura fue otorgada antes o después de la declaración de concurso, pues el acto de disposición se lleva a cabo con la escritura, sin perjuicio de que no produzca efectos hasta la inscripción registral. Si, como es el caso, la escritura fue otorgada cinco meses antes de la declaración de concurso, cuando el deudor hipotecante gozaba de plenas facultades de disposición para conceder la garantía, aunque la inscripción se realice después de la declaración, la hipoteca no es susceptible de anulación porque no se hubiera autorizado o ratificado por la administración concursal.*

*Lo esencial es que, como ya hemos adelantado, el acto de disposición patrimonial se llevó a cabo por quien estaba capacitado para hacerlo y no estaba afectado entonces por ninguna limitación en sus facultades patrimoniales. Esto es, como se afirma en la doctrina, la capacidad relevante es la que se tenga en el momento de la celebración del contrato, no, en su caso, de la inscripción, aunque ésta sea constitutiva del derecho real de hipoteca.*

*Existe una autonomía entre el juicio de validez del contrato de hipoteca y la inscripción registral, en cuanto que cada uno de ellos concierne a realidades diferentes, una a la validez del título constitutivo y otra a su inscripción registral. Esta última implica una actividad funcional del encargado del registro, a instancia de un sujeto legitimado para pedirla, que carece de carácter negocial. De tal forma que, en lo que ahora interesa, los requisitos de capacidad por parte del hipotecante y la ausencia de limitaciones de disponer (o gravar) sus bienes debían concurrir al tiempo del otorgamiento de la escritura de hipoteca, y resultaba irrelevante que con posterioridad y en el momento de la inscripción el hipotecante hubiera quedado limitado en sus facultades de disposición patrimonial”.*

Por tanto, se hace necesario diferenciar entre los requisitos para la eventual

estimación de la acción de anulación de los actos del concursado que hayan infringido las limitaciones a sus facultades patrimoniales impuestas por el juez del concurso –artículo 109 TRLC- y la clasificación concursal que habrá de concederse al crédito garantizado si, al tiempo de la declaración de concurso, no se había realizado la inscripción de la hipoteca. En tal hipótesis, la garantía real no será susceptible de anulación porque no se hubiera autorizado o ratificado por la administración concursal, pues los requisitos de capacidad del hipotecante concurrían al tiempo del otorgamiento de la escritura de hipoteca. Sin embargo, el garantía real no dará lugar al reconocimiento de un crédito con privilegio especial en el concurso del deudor hipotecante, ya que en el momento de la declaración de concurso faltaba la inscripción registral, constitutiva del derecho real de hipoteca.

El artículo 271 TRLC aclara que la garantía habrá de estar constituida con carácter previo a la declaración de concurso para que el crédito merezca la clasificación de privilegiado especial: *“Los créditos a que se refieren los números 1.º a 5.º del artículo anterior deberán tener constituida la respectiva garantía antes de la declaración de concurso con los requisitos y formalidades establecidos por la legislación específica para que sea oponible a terceros, salvo que se trate de los créditos con hipoteca legal tácita o de los refaccionarios de los trabajadores”*.

### **2.2.2. Concurso del hipotecante no deudor y del tercer adquirente**

La interpretación mayoritaria del artículo 90.1.1º LC, a los efectos del reconocimiento en el concurso de créditos con privilegio especial, ha exigido que confluyan en el concursado la condición de deudor y de titular del bien gravado –cfr. SAP de Pontevedra nº 476/2011, de 26 de septiembre, [ROJ: SAP PO 2306/2011], SAP de Madrid, Sección 28ª, de 6 de marzo de 2015, [ECLI: ECLI:ES:APM:2015:6212], SAP Córdoba, Sección 3ª, de 23 de septiembre de 2013, [ECLI: ECLI:ES:APCO:2013:1380], SAP de Granada nº 87/2016, de 7 de abril, [ECLI: ECLI:ES:APGR:2016:747], y SJM nº 1 de Oviedo de 20 de enero de 2014, [ROJ: SJM O 1217/2014], entre otras-. La disociación de deuda y responsabilidad que aflora en el caso de constitución de la garantía real para asegurar el cumplimiento de una obligación ajena conduce a no reconocer un crédito privilegiado al titular de la garantía real en el concurso del garante.

En estos términos se pronuncia la reciente SAP de Pontevedra de 22 de enero de 2020, con cita del Auto de 5 de abril de 2017, dictada en el concurso del hipotecante no deudor: en estas resoluciones se concluye que el acreedor hipotecario no es acreedor de la concursada. El crédito está garantizado mediante una hipoteca que grava bienes propiedad de la concursada y así lo hará mientras subsista la causa que en que se fundamenta. Por ello, la pretensión de cancelar la hipoteca con carácter previo al remate o transmisión de los bienes, prescindiendo del consentimiento del titular del derecho real o del pago del crédito asegurado, atenta contra la razón de ser de la carga, por lo que no puede ser autorizada.

## **3. Cancelación de cargas constituidas en garantía de créditos concursales**

En el concurso de acreedores, como consecuencia de la realización de los bienes o derechos que forman parte de la masa activa, la cancelación de cargas y gravámenes comprende todos los que se hubieran constituido antes del concurso en garantía de créditos concursales. Se argumenta que la venta de los bienes y derechos, libres de toda carga y gravamen, es consecuencia de la lógica del concurso. Los acreedores carecerán de preferencia alguna para el cobro de sus créditos, a salvo el supuesto de reconocimiento de un privilegio especial sobre determinados bienes o derechos de la masa activa –cfr. AJM nº 1 de Vitoria nº 202/2016, de 10 de octubre, [JUR 2017\61043]-, y AJM nº 1 de Oviedo de 31 de octubre de 2016, [JUR\2016\268907]-.

Por tanto, el espectro que cubre la facultad de purga atribuida al juez del concurso es mucho más amplio que el derivado de la purga parcial que se prevé en nuestra legislación procesal para las ejecuciones singulares –cfr. artículo 674 LEC, que sienta la regla de cancelación de las cargas posteriores y de subsistencia y subrogación en las anteriores-.

El artículo 225 TRLC integra en solitario la Subsección 4ª de la Sección 1ª (“*De la conservación de la masa activa*”) del Capítulo III (“*De la conservación y de la enajenación de la masa activa*”) del Título IV relativo a la masa activa del concurso. En términos similares a lo previsto en el derogado artículo 149.5 LC, el actual artículo 225 TRLC dispone:

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

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

Los parámetros que sienta el artículo 225 TRLC, para que pueda acordarse la purga general de cargas o gravámenes que va anudada a la realización del activo en sede concursal, son los siguientes:

- Procedencia de la cancelación de cargas cualquiera que sea la fase en la que tenga lugar la enajenación de bienes o derechos de la masa activa.
- Constitución de las cargas y gravámenes objeto de purga con anterioridad a la declaración de concurso.
- Constitución de las cargas objeto de cancelación en garantía de créditos concursales.
- Como límite legal, no procederá la cancelación cuando la transmisión

de bienes o derechos se produzca con subsistencia de la garantía –cfr. STS de 23 de julio de 2013-.

Como novedad, el artículo 225, apartado 1, *in fine*, TRLC dispone que los gastos de cancelación de la carga deberán ser satisfechos por el adquirente. En la Ley Concursal no existía una previsión en tal sentido, aunque algunas resoluciones judiciales ya se pronunciaron sobre la cuestión, argumentando que “*no parece equilibrado que el acreedor, que ve cómo el producto de la venta de los bienes que tenía embargados se destina al pago de otros acreedores preferentes, tenga encima que afrontar los gastos de cancelación, cuando tal cancelación favorece a la masa pasiva*” –AJM nº 1 de Oviedo de 5 de mayo de 2008-.

En la Resolución de 9 de febrero de 2016, [RJ\2016\1879], se atribuye al juez del concurso la competencia para cancelar embargos, aunque será necesaria en la fase de liquidación la notificación a sus titulares. El Centro Directivo ha admitido que la cancelación pueda acordarse en el plan de liquidación, pero la notificación a los titulares de los embargos que se pretenden cancelar es uno de los trámites de obligada calificación por parte del registrador (cfr. artículo 100 del Reglamento Hipotecario). En este sentido se pronunció previamente el Centro Directivo en la Resolución de 5 de septiembre de 2014, [RJ 2014, 4910], con criterio que fue reiterado en las Resoluciones de 2 de julio y 22 de septiembre de 2015. MUÑOZ PAREDES se mostró crítico con el criterio del Centro Directivo, pues carece de lógica exigir la audiencia del acreedor afectado como paso previo a la cancelación del embargo, en la medida en que en la liquidación el acreedor ha perdido el derecho de ejecución separada. Además, la purga de cargas y gravámenes constituye un efecto ínsito a todas las enajenaciones de activos en la liquidación concursal.

Por tanto, corresponde al juez del concurso la **competencia para ordenar la cancelación de todas las cargas anteriores a la declaración de concurso** –incluidas las de naturaleza real-, siempre que se trate de bienes o derechos que forman parte de la masa activa que hayan de ser objeto de realización en el procedimiento universal. Si se trata de procedimientos de ejecución de garantías reales que hayan quedado bajo la competencia del juez del concurso y que hayan de ser tramitados en pieza separada –*vid.* artículo 148.2 TRLC-, con acomodación al procedimiento judicial o extrajudicial que corresponda, la competencia para cancelar las cargas que pesan sobre los bienes realizados corresponderá igualmente al juez del concurso. Además, la cancelación de cargas se hace extensiva a las que se hubiesen constituido a favor de créditos potencialmente concursales, hayan o no tenido su reflejo en la lista de acreedores –cfr. AJM nº 1 de Oviedo de 31 de octubre de 2016, [JUR 2016/268907]-.

Si el activo gravado con la carga real se realizó por medio de subasta en la fase de liquidación concursal, se sostuvo que debía ser el juez del concurso y no el letrado de la Administración de Justicia quien ordenase su cancelación. Así parecía desprenderse del artículo 149, apartado 5, LC, en el que se preveía que la cancelación de cargas tendría lugar en el auto de aprobación del remate dictado por el juez del concurso; la RDGN de 18 de septiembre de 2019, BOE

de 8 de noviembre de 2019 -con cita del AJM nº 1 de Oviedo de 31 de octubre de 2016- consideró necesario de fuese el juez el que aprobase el remate mediante auto, por estar así previsto en el artículo 149 LC.

El artículo 225 TRLC, que lleva por rúbrica “[d]e la cancelación de cargas”, incorpora una regla general sobre la cancelación de cargas anteriores a la declaración de concurso que se hubieran constituido a favor de créditos concursales y una excepción a esta regla para los supuestos de transmisión de los activos afectos al pago de créditos con privilegio especial, si se enajenasen con subsistencia de la garantía. Como en el artículo 149, apartado 5, LC, se prevé la purga general de cargas y de gravámenes que es consecuencia de la enajenación de bienes y/o derechos integrados en la masa activa que se produce en la liquidación concursal; pero, a diferencia de lo que señala aquel precepto, en el artículo 225, apartado 1, TRLC se habilita al letrado de la administración de justicia para acordar la cancelación en el decreto de aprobación del remate. En este punto, el refundidor opta por una postura más laxa que la sostenida en la RDGRN de fecha 18 de septiembre de 2019, BOE de 8 de noviembre de 2019, y para ello delimita la competencia para la cancelación de las cargas en atención a la modalidad que se haya seguido para la salida del bien o derecho de la masa activa del concurso.

**Autora: Nuria Fachal Noguera. Magistrada especialista en asuntos propios de lo Mercantil.**

## II.LA MASA ACTIVA

### **1. La venta de unidad productiva**

La legislación concursal prefiere la venta como un todo de la empresa o la unidad productiva. El régimen jurídico es el mismo en los dos casos.

#### **1.1 Introducción**

El concepto de unidad productiva no se encuentra en la legislación concursal, que se limita a regular el régimen jurídico aplicable a la venta de unidad productiva durante el concurso.

##### **1.1.1 Concepto**

Se entiende por unidad productiva un conjunto de elementos que son suficientes para que el adquirente pueda desarrollar con ellos la actividad empresarial. En este sentido, el art. 44.2 del Estatuto de los Trabajadores dispone que *"A los efectos de lo previsto en este artículo, se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria"*<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda) de 9 de septiembre de 2015 aclara que el criterio decisivo para determinar si lo que se transmite es una unidad productiva radica en si la misma mantiene su identidad, lo que hace posible que la actividad continúe o, en su caso, se reanude.

### 1.1.2 Regulación aplicable

En la Ley Concursal 9/2003 de 9 de julio (la "**LC**"), la normativa aplicable se repartía entre el art. 43 (venta de activos en fase común) y los arts. 145 y siguientes (en sede de liquidación, aunque la jurisprudencia había declarado que la mayor parte de sus preceptos también eran aplicables fuera de ese contexto).

El Real Decreto Legislativo 1/2020, de 7 de mayo (el "**TRLCon**"), regula la venta de unidad productiva en el Capítulo correspondiente a la conservación y enajenación de la masa activa (arts. 204 y siguientes). Por una parte, el TRLCon regula la materia con mejor sistemática, estableciendo un régimen único, con independencia de cuál sea el momento en que se realiza la operación. Por otra parte, introduce algunos matices o aclaraciones. En lo sustancial, el régimen aplicable no ha experimentado apenas cambios. El TRLCon aclara y armoniza la legislación existente; no se trata propiamente de una nueva regulación<sup>4</sup>. De ahí que no exista un régimen transitorio. Es opinión mayoritaria que el nuevo texto se aplica a todos los procedimientos concursales, cualquiera que fuera el momento en que se hubiera declarado el concurso.

## 1.2 Consideraciones generales sobre la venta de unidades productivas en el concurso

La legislación concursal dedica una sección específica a regular el régimen aplicable a la venta de empresas y unidades productivas (arts. 215 y siguientes TRLCon).

### 1.2.1 Momento idóneo y requisitos

La legislación concursal prefiere que la venta de activos (en general) se haga en fase de liquidación, en los términos previstos en el plan que elabora la administración concursal y aprueba el juez. La venta de una unidad productiva en fase común (o en fase de liquidación, cuando todavía no se ha aprobado el plan) exige como regla general una autorización judicial específica<sup>5</sup>. Como excepción, la administración concursal podrá realizar algunas ventas por sí misma e informar después al juez, justificando su carácter indispensable (art. 206.1 TRLCon)<sup>6</sup>.

### 1.2.2 Sistema de recursos

---

<sup>4</sup> De acuerdo con lo que dispone el art. 82 de la Constitución española, el mandato al legislador se dirigió a "*regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que han de ser refundidos*".

<sup>5</sup> El procedimiento para obtener una autorización en el concurso lo regula con carácter general el art. 518 TRLCon. En resumen, se dará traslado de la solicitud a las partes y el Juez resolverá a continuación mediante auto. Contra ese auto sólo cabe recurso de reposición (no hay ulterior recurso).

<sup>6</sup> En general, estas excepciones no son aplicables a la venta de unidades productivas. Se trata de actos de disposición inherentes a la continuación de la actividad empresarial o profesional, ventas indispensables para satisfacer las exigencias de tesorería que requiera la tramitación del concurso y para garantizar la viabilidad de la empresa o de las unidades productivas (lo que admite una interpretación muy flexible) y ventas de bienes que no sean necesarios para la continuación de la actividad, cuando no constare oferta superior y el valor coincida sustancialmente con el del inventario (con un margen del 10% en inmuebles y 20% en muebles).



El TRLCon tiene su propio régimen de recursos, que tiene carácter especial frente al de la LEC.

Cuando la venta se hace en fase común, o en fase de liquidación, pero al margen del plan, se dictará una autorización judicial, mediante auto contra el que cabe recurso de reposición. Ese auto no admite ulterior recurso (art. 518 TRLCon). Contra el Auto que aprueba el plan de liquidación cabe apelación (art. 419.3 TRLCon).

Así pues, la venta que da lugar a una autorización singular no accederá a la segunda instancia, a diferencia de lo que sucede con el plan de liquidación. Esta limitación tiene su razón de ser en la necesidad de proporcionar seguridad jurídica al comprador (y, por ende, al concurso), evitando la incertidumbre derivada de la tramitación de un largo litigio.

Cuando el plan de liquidación establece un procedimiento para la venta de bienes y derechos, cabe dudar si resulta necesaria una nueva resolución judicial para adjudicar una unidad productiva (después de seguir el procedimiento establecido), o si podrá transmitir la administración concursal, en ejecución del plan de liquidación.

En el primer caso cabrá recurso de reposición, contra el que no es posible ulterior recurso (art. 546 TRLCon). En el segundo caso, la actuación de la administración concursal se hará bajo su responsabilidad y no cabrá recurso alguno.

### **1.3 Enajenación de unidades productivas y responsabilidad derivada de la adquisición**

La legislación concursal muestra su preferencia por la venta de la unidad productiva como un todo, para maximizar el valor y conservar el empleo. Regula sus requisitos y sus efectos. También establece unas reglas especiales para el caso de que, dentro de la unidad productiva, se encuentren bienes pignorados o hipotecados.

#### **1.3.1 Forma de venta**

El TRLCon establece una serie de reglas aplicables a la venta de la unidad productiva, que se refieren fundamentalmente a las condiciones de las ofertas (art. 218 TRLCon) y al modo en que se procederá a la enajenación.

##### **1.3.1.1 Subasta**

La venta se hará en principio mediante subasta. La subasta correrá a cargo de la administración concursal, que deberá adjudicar la unidad productiva a la oferta de mayor valor, como regla general. La conocida como "regla de la preferencia" permite aplicar un criterio distinto, adjudicando a una oferta que suponga un precio menor (atendiendo a que reporta otras ventajas) siempre que la diferencia en el precio no sea superior al 15%.

##### **1.3.1.2 Venta directa**

Como excepción, el juez podrá autorizar la venta directa o mediante entidad especializada, cuando la subasta quedara desierta o cuando se considere más idónea para salvaguardar los intereses del concurso -de nuevo, nos

encontramos ante un concepto que admite interpretaciones muy variadas- (TRLCon art. 209)<sup>7</sup>. La venta directa es muy frecuente en la práctica.

### **1.3.2 Efectos de la transmisión de una unidad productiva sobre las relaciones jurídicas**

La legislación concursal regula los efectos de la adquisición de una unidad productiva sobre las obligaciones y los contratos.

#### **1.3.2.1 El régimen de las obligaciones**

La transmisión de la unidad productiva (en cualquier estado del concurso) no supone como regla general la transmisión de los pasivos del concurso al adquirente, sean concursales o contra la masa (art. 224 TRLCon)<sup>8</sup>.

En materia fiscal, el art. 42 de la Ley General Tributaria dispone que quienes sucedan en la titularidad o en el ejercicio de explotaciones o actividades económicas serán responsables solidariamente por las obligaciones tributarias del anterior titular y derivadas de su ejercicio. No obstante, ese régimen no se aplicará "*a los adquirentes de explotaciones o actividades económicas pertenecientes a un deudor concursado cuando la adquisición tenga lugar en un procedimiento concursal*", con independencia de la fase del concurso en que se realice la venta.

Esta regla general admite varias excepciones.

##### **1.3.2.1.1 Asunción voluntaria**

El adquirente puede asumir expresamente determinadas obligaciones en su oferta, para hacerla más atractiva (aportar mayor valor). La resolución judicial que autoriza una operación no siempre transcribe el contenido de la oferta realizada; puede limitarse a remitirse a ella. De ahí que por lo general sea preciso estar al contenido de la oferta para comprobar qué pasivos ha podido asumir voluntariamente el adquirente.

##### **1.3.2.1.2 Sucesión de empresa**

La transmisión de una unidad productiva se considera como un supuesto de sucesión de empresa, a efectos laborales y de Seguridad Social (TRLCon art. 221)<sup>9</sup>, en los términos que resultan del art. 44 del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre.

El Juez del concurso tiene competencia para decidir si lo que se ha enajenado es o no una unidad productiva (lo que determinará si existe o no sucesión de empresa. Esta es una cuestión que afecta al concurso y que no tiene sentido dejar en manos de la jurisdicción laboral al resolver reclamaciones individuales

---

<sup>7</sup> Contra el auto que resuelva sobre el modo de enajenación no cabrá recurso alguno (TRLCon art. 216.4).

<sup>8</sup> La regla de no asunción de activos supone una ventaja muy importante para el adquirente, por oposición a lo que sucedería en caso de que se adquirieran las acciones de una sociedad en concurso. En este último caso, la sociedad adquirida podría tener que hacer frente a responsabilidades que no eran conocidas al tiempo de la adquisición, por ejemplo, de carácter fiscal.

<sup>9</sup> Hasta la reforma de la Ley Concursal en 2014, se entendía que no había asunción del pasivo correspondiente a la Seguridad Social (Audiencia Provincial de Madrid, sentencia de 14 de noviembre de 2016).

de trabajadores (en este sentido, el legislador ha aclarado y armonizado el régimen aplicable, en contra de algunos pronunciamientos dictados en esa jurisdicción). Ahora bien, si hay transmisión de unidad productiva, el Juez del concurso no puede modular sus efectos salvo en lo referido a la deuda en la que se ha subrogado por pago el Fondo de Garantía Salarial.

### **1.3.2.1.3 Personas especialmente relacionadas**

Cuando la unidad productiva sea adquirida por persona especialmente relacionada con el deudor, el adquirente responderá de los créditos, concursales o contra la masa.

Esta cuestión tiene enorme importancia práctica para el adquirente, que querrá tener certeza al respecto. Cabe dudar si el Juez del concurso se pronunciará al autorizar la operación o al aprobar el plan de liquidación. Entendemos que no es así. Sin embargo, siendo competencia del Juez del concurso determinar si el adquirente es persona especialmente relacionada, la conclusión solo puede ser que el acreedor que considere responsable al adquirente deberá demandarle por medio de un incidente concursal, en reclamación del pago de su crédito. En este procedimiento el Juez del concurso se pronunciaría sobre la condición de PER del adquirente, mediante un pronunciamiento que tendrá efecto de cosa juzgada.

### **1.3.2.2 El régimen de los contratos**

La adquisición de una unidad productiva produce el efecto de subrogar al adquirente en las relaciones contractuales, salvo que hubiera manifestado lo contrario en la oferta (TRLCon art. 222)<sup>10</sup>.

En las licencias o autorizaciones administrativas, si el adquirente continúa con la actividad en las mismas instalaciones, quedará subrogado en ellas. No obstante, en materia de contratos administrativos se estará a lo que disponga la legislación especial<sup>11</sup>.

### **1.3.3 Bienes pignorados o hipotecados que formen parte de la unidad productiva**

El supuesto de que la unidad productiva incluya bienes hipotecados o pignorados, se plantean dudas sobre el papel que corresponde al acreedor con privilegio especial en el proceso de venta (art. TRLCon 214):

- En caso de venta con subsistencia de la carga, no será necesario el consentimiento del acreedor privilegiado, si bien se indica que el juez velará por la solvencia del adquirente<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> En los contratos civiles, se producirá la subrogación automática del adquirente. No será necesario el consentimiento de la contraparte en dichas relaciones. No obstante, el TRLCon no resuelve algunas cuestiones que pueden surgir en la adquisición de una unidad productiva, como la elevación de la renta o el derecho de retracto, en el contrato de arrendamiento, o el derecho de adquisición preferente en el plano societario.

<sup>11</sup> Ley de Contratos del Sector Público, Ley 9/2017 de 8 de noviembre, art. 214

<sup>12</sup> Se rompe así la exigencia de consentimiento del acreedor para el cambio de deudor, que resulta del art. 1205 del Código Civil.

- En la hipótesis de cancelación, si el precio no alcanza a cubrir la totalidad del crédito, será necesario el consentimiento del acreedor afectado de cara a la venta del bien con cancelación de la carga (o la mayoría del 75% de los beneficiarios).

## 2 Créditos contra la masa

No hay grandes cambios respecto de lo que establecía el art. 84 LC.

A continuación nos referimos a las categorías del art. 242 TRLCon que suponen diferencias respecto de la legislación anterior:

5.º *Los créditos por la condena al pago de las costas como consecuencia de la desestimación de las demandas que se hubieran presentado o de los recursos que se hubieran interpuesto con autorización de la administración concursal o como consecuencia del allanamiento o del desistimiento realizados igualmente con autorización de la administración concursal. En caso de transacción, se estará a lo pactado por las partes en materia de costas*<sup>13</sup>.

6.º *La retribución de la administración concursal*<sup>14</sup>.

15.º *Cualesquiera otros créditos a los que esta ley atribuya expresamente tal consideración*<sup>15</sup>.

### III.MASA PASIVA

#### Créditos subordinados

No hay grandes cambios en las categorías del art. 281 TRLCon respecto de lo que establecía el art. 84 LC.

1. Son créditos subordinados:

1.º *Los créditos que se clasifiquen como subordinados por la administración concursal por comunicación extemporánea, **salvo que se trate de créditos de reconocimiento forzoso***<sup>16</sup>, o por las resoluciones judiciales que resuelvan los incidentes de impugnación de la lista de acreedores y por aquellas otras que atribuyan al crédito esa clasificación.

2.º *Los créditos que por pacto contractual tengan el carácter de subordinados respecto de todos los demás créditos contra el concursado, **incluidos los participativos***<sup>17</sup>.

3.º *Los créditos por recargos e **intereses** de cualquier clase, incluidos los moratorios, salvo los correspondientes a créditos con garantía real hasta donde alcance la respectiva garantía*<sup>18</sup>.5.º *Los créditos de que*

---

<sup>13</sup> Esta cuestión no se regulaba expresamente y había suscitado dudas. Estos créditos podían encajar en el supuesto de responsabilidad extracontractual.

<sup>14</sup> Se hace una referencia expresa a estos créditos.

<sup>15</sup> Entre ellos se encuentra el 50% de los nuevos ingresos de tesorería (ahora en virtud del art. 704 TRLCon).

<sup>16</sup> Se simplifica la redacción, mediante una remisión al concepto que ahora regula el art. 260 TRLCon.

<sup>17</sup> El legislador toma postura en la controversia suscitada entre las Audiencias Provinciales de Madrid (sentencia de 24 de marzo de 2017) y Barcelona (sentencia de 14 de junio de 2019), a favor de la tesis de esta última.

<sup>18</sup> Se refiere aquí a los créditos devengados antes de la declaración de concurso. En cuanto a los créditos con garantía real devengados después de la declaración de concurso, el art. 152 los limita a los intereses remuneratorios. Recoge así la doctrina de la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2019, según la cual el concursado no incurre en mora.

*fuera titular alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado en los términos establecidos en esta ley*<sup>19</sup>.

Como excepción a lo anterior, se indica que serán créditos ordinarios cuando sea el acreedor una persona especialmente relacionada (no subordinados) los créditos por alimentos devengados antes de la declaración de concurso y los **créditos laborales** cuando el concursado sea persona natural (esta última salvedad es novedosa).

En cuanto a las personas especialmente relacionadas, la referencia a los "apoderados con poderes generales", se sustituye por una mención de "**los directores generales de la persona jurídica concursada con poderes generales de la empresa**".

De esta forma, al exigir los dos requisitos (subjetivo y objetivo) se evitan las dudas sobre otra clase de poderes que se denominan generales, de carácter sectorial (para pleitos, de ámbito financiero, etc. -aunque eso ya lo interpretaba la jurisprudencia-) y, sobre todo, se excluye a los sujetos apoderados que no tengan tal condición.

También se desdobra la referencia a los "socios comunes", que ahora se mencionan en un apartado distinto al correspondiente a las sociedades del grupo, con una redacción que no contribuye a despejar la confusión derivada de la legislación anterior.

**Autor: Íñigo Villoria, Abogado**

*Fide, 24 de febrero de 2021*

### **Resúmenes de anteriores sesiones del ciclo:**

- 1ª sesión: La declaración del concurso y los presupuestos. La administración concursal, 27 de enero.
- 2ª sesión: Los efectos del concurso: sobre el deudor, sobre las acciones, los créditos y los contratos

---

<sup>19</sup> La excepción de la excepción (préstamos o actos de análoga finalidad, referida a socios y socios de sociedades del grupo, únicamente) se contiene ahora en el párrafo 3, de forma tan confusa como antes.