

DE LA POSIBLE EXTRALIMITACIÓN DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY CONCURSAL APROBADO POR EL REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/2020 DE 5 MAYO, EN RELACIÓN A LA VENTA O SUBASTA DE LA UNIDAD PRODUCTIVA.

Asesoría Jurídica de Activos Concursales, SL – Eactivos

La habilitación para que el Poder Ejecutivo redacte un texto con valor de Ley debe revestir necesariamente la fórmula de Real Decreto Legislativo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 85 de la Constitución Española.

La posibilidad de que el Poder Ejecutivo legisle *ex novo* a través de esta figura es muy limitada, por cuanto, a diferencia del Real Decreto-Ley, que faculta para legislar inicialmente ante una circunstancia extraordinaria, la primera no exige su convalidación posterior en el plazo de un mes por el Congreso de los Diputados.

Existen tres figuras por las que se puede autorizar al Gobierno para la aprobación de un Real Decreto Legislativo, sin que ninguna de todas ellas permita modificar la legislación anterior con el pretexto de una armonización. Las distintas modalidades difieren únicamente en su grado de facilidad o intensidad a la hora de introducir alguna pseudo-novedad legislativa.

La menos restrictiva para el poder ejecutivo se lleva a cabo a través de la **autorización para aprobar un texto articulado**, que deberá efectuarse imperativamente a través de una ley de bases habilitante, cuyo contenido es el que habrá de trasladarse y respetarse en dicho texto articulado.

La segunda, por orden de mayor laxitud, se produce **mediante una Ley Ordinaria, que autoriza a la aprobación de un texto refundido, incluyendo la potestad para regularizar, aclarar y armonizar** los textos legales que han de ser refundidos. Este es el supuesto de la autorización mediante la cual se ha promulgado el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal.

Por último, la opción más restrictiva para con el Poder Ejecutivo, es la que se circunscribe a la **mera formulación de un texto único**, sin facultad para regularizar, aclarar y armonizar.

En este sentido, la Disposición final octava de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, habilitaba al Poder Ejecutivo para aprobar un texto refundido de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, al efecto de consolidar en un texto único las modificaciones incorporadas desde su entrada en vigor. Asimismo, dicha autorización incluía la facultad de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales

que deban ser refundidos, tal y como avanzábamos anteriormente, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 82.5 de la Constitución Española.

Así, el propio preámbulo del Real Decreto Legislativo 1/2020, establece expresamente lo siguiente: *“se ha procedido con especial prudencia para evitar franquear los límites de la encomienda, pues la delegación para aclarar no es delegación para reconstruir sobre nuevas bases las instituciones.”*.

No obstante lo anterior, el Ejecutivo parecía anticiparse a las posibles controversias a que dieran lugar la nueva redacción, al establecer también en el propio preámbulo que *“dentro de los límites fijados por las Cortes, la tarea exigía, como en ocasiones similares ha señalado el Consejo de Estado, actuar «con buen sentido» pues la refundición no puede ser una tarea meramente mecánica, sino que requiere, a veces, ajustes importantes para mantener la unidad de las concepciones; para convertir en norma expresa principios implícitos; para completar las soluciones legales colmando lagunas cuando sea imprescindible; y, en fin, para rectificar las incongruencias, sean originarias, sean consecuencia de las sucesivas reformas, que se aprecien en las normas legales contenidas dentro de la misma Ley.”*.

Conviene destacar a estos efectos la interpretación que respecto de dicha autorización realiza el Tribunal Constitucional en Sentencia número 166/2007, de 4 de julio, que a continuación transcribo: *“no es menos cierto que la labor refundidora que el Legislador encomienda al Gobierno aporta también un contenido innovador, sin el cual carecería de sentido la delegación legislativa. De este modo, el texto refundido, que sustituye a partir de su entrada en vigor a las disposiciones legales refundidas, las cuales quedan derogadas y dejan de ser aplicables desde ese momento, supone siempre un juicio de fondo sobre la interpretación sistemática de los preceptos refundidos, sobre todo en el segundo tipo de refundición prevista en el art. 82.5 CE, es decir, el que incluye la facultad “de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que han de ser refundidos”, pues ello permite al Gobierno, como hemos dicho en la STC 13/1992, de 6 de febrero, FJ 16, la explicitación de normas complementarias a las que son objeto de la refundición, con el fin de colmar lagunas, y en todo caso le habilita para llevar a cabo una depuración técnica de los textos legales a refundir, aclarando y armonizando preceptos y eliminando discordancias y antinomias detectadas en la regulación precedente, para lograr así que el texto refundido resulte coherente y sistemático.”*.

Dicha autorización para aclarar o armonizar **no supone en ningún caso la facultad para modificar sustancialmente los preceptos anteriores al nuevo texto refundido, ni para introducir cambios ex novo** con ocasión de la refundición de su disperso articulado en un texto único.

Y una de las cuestiones que más controversia ha suscitado en relación a esta cuestión es la nueva regulación de la venta de la unidad productiva que se establece en los arts. 215 y siguientes del nuevo Texto Refundido de la Ley Concursal.

Para un adecuado análisis en la cuestión conviene recordar cual es la actual redacción de la Ley Concursal en relación a la venta de las unidades productivas.

Actualmente la venta de la unidad productiva se contiene en los arts. 146bis, 148 y 149 de la LC.

Precisamente el art. 149 LC fue objeto de modificación, primero por el Real Decreto Ley 11/2014, de 5 de septiembre, y posteriormente, por la Ley 9/2015, de 25 de mayo.

La primera modificación de texto legal disponía literalmente lo siguiente:

«Artículo 149. Reglas legales supletorias.

1. De no aprobarse un plan de liquidación y, en su caso, en lo que no hubiere previsto el aprobado, las operaciones de liquidación se ajustarán a las siguientes reglas:

1.ª El conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes o de servicios pertenecientes al deudor se enajenará como un todo, salvo que, previo informe de la administración concursal, el juez estime más conveniente para los intereses del concurso su previa división o la realización aislada de todos los elementos componentes o sólo de algunos de ellos.

La enajenación del conjunto o, en su caso, de cada unidad productiva se hará mediante subasta. No obstante, el juez podrá acordar la realización a través de enajenación directa o a través de persona o entidad especializada cuando la subasta quedare desierta o cuando, a la vista del informe de la administración concursal, considere que es la forma más idónea para salvaguardar los intereses del concurso. La transmisión mediante entidad especializada se realizará con cargo a las retribuciones de la administración concursal. [...]»

Esta nueva normativa generó un importante debate jurisprudencial, al considerar que las reglas de realización de la unidad productiva contenidas en el art. 149 tenían carácter imperativo y eran aplicables en cualquier estado del procedimiento, sin que el plan de liquidación pudiese contravenir tal disposición legal. Esta circunstancia

tenía especial relevancia en relación a la atribución de los honorarios de gestión de la entidad especializada que, conforme a la citada norma, se establecían con cargo a los honorarios de la Administración Concursal.

La Ley 9/2015 modificó de nuevo el art. 149 de la LC, disponiendo literalmente:

«Artículo 149. Reglas legales de liquidación.

*1. De no aprobarse un plan de liquidación y, en su caso, en lo que no hubiere previsto el aprobado, **las operaciones de liquidación se ajustarán a las siguientes reglas supletorias:***

1.ª El conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes o de servicios pertenecientes al deudor se enajenará como un todo, salvo que, previo informe de la administración concursal, el juez estime más conveniente para los intereses del concurso su previa división o la realización aislada de todos los elementos componentes o sólo de algunos de ellos.

*La enajenación del conjunto o, en su caso, de cada unidad productiva se hará mediante subasta. No obstante, el juez podrá acordar la realización a través de enajenación directa o a través de persona o entidad especializada cuando la subasta quedare desierta o cuando, a la vista del informe de la administración concursal, considere que es la forma más idónea para salvaguardar los intereses del concurso. **La transmisión mediante entidad especializada se realizará con cargo a las retribuciones de la administración concursal. [...]**”*

Así, las reglas de realización de la unidad productiva que se contienen en el actual apartado 1 pasaron a tener claro y evidente carácter supletorio respecto de las reglas de realización establecidas en el plan de liquidación aprobado conforme a lo ordenado en el art. 148 de la LC.

El auto de 11 de abril de 2016 de la sección vigesimooctava de la Audiencia Provincial de Madrid, con cambio de criterio anterior, realizaba un análisis detenido de esta circunstancia, **concluyendo el claro carácter supletorio y limitado de las reglas contenidas en el apartado primero del art. 149**, cuyo criterio jurisprudencial se ha generalizado y es pacífico en estos momentos.

Pero la nueva regulación de la venta de la unidad productiva en el Texto Refundido de la Ley Concursal, al menos en una lectura inicial, parece haber alterado el carácter supletorio de aquella norma contenida en la vigente redacción del art. 149 LC.

Se regula esta cuestión en los arts. 215 y ss. del Texto Refundido que establecen:

“Subsección 3.ª De las especialidades de la enajenación de unidades productivas

Artículo 215. Modo ordinario de enajenación de unidades productivas.

La enajenación en cualquier estado del concurso del conjunto de la empresa o de una o varias unidades productivas 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.

Artículo 216. Autorización judicial para la enajenación directa o a través de persona o entidad especializada.

- 1. En cualquier estado del concurso o cuando la subasta quede desierta, el juez, mediante auto, podrá autorizar la enajenación directa del conjunto de la empresa o de una o varias unidades productivas o la enajenación a través de persona o de entidad especializada.*
- 2. La solicitud deberá ser presentada al juez por la administración concursal y se tramitará a través del procedimiento establecido en esta ley para la obtención de autorizaciones judiciales.*
- 3. La retribución de la persona o entidad especializada se realizará con cargo a la retribución que la administración concursal haya percibido.***
- 4. Contra el auto que acuerde la realización de los bienes y derechos de la masa activa a través de enajenación directa o a través de persona o entidad especializada no cabrá recurso alguno.”*

En este sentido, al disponer el apartado 3 del art. 216 que en cualquier estado del procedimiento los costes de la venta de la unidad productiva a través de entidad especializada será con cargo a los honorarios de la Administración Concursal, parece de nuevo alterar de manera sustancial el contenido del artículo 149 LC actualmente vigente, transformando en normas imperativas las que anteriormente tenían carácter supletorio.

Este cambio no parece pueda incardinarse dentro del alcance del mandato que el poder legislativo atribuyó al ejecutivo mediante la Disposición Final Octava de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, toda vez que el cambio de una norma supletoria por una norma imperativa en ningún caso podría considerarse una aclaración, regularización o armonización de los textos legales que han de ser refundidos.

La primera cuestión a valorar, que resulta en todo caso razonable en atención a estos antecedentes, es si cabe una interpretación de las disposiciones contenidas en el nuevo texto refundido en términos coherentes y respetuosos con los anteriores textos legales, sin necesidad de acudir a remedios más drásticos, como serían por ejemplo el ejercicio de acciones o iniciativas legalmente previstas para la corrección de la norma a las que luego me referiré.

O dicho de otro modo, partiendo de que el ejecutivo no puede pretender una modificación sustancial de los textos legales vigentes refundidos, es razonable pensar que el art. 216 del nuevo texto refundido debe contener normas supletorias al alcance y contenido del plan de liquidación aprobado con discrecionalidad judicial en los términos que disponen los arts. 416 y ss. del referido nuevo Texto Refundido de la Ley Concursal.

Es forzoso advertir que ya la simple lectura del art. 215 y 216 de nuevo texto refundido generan dudas interpretativas. Por un lado, el art. 215 dispone que la venta de la unidad productiva se realizará en subasta, sin que dicha disposición establezca reglas o condiciones determinadas de la misma, previendo además que sea tanto judicial como extrajudicial; y el art. 216, en su apartado 1 advierte que en cualquier estado del procedimiento o cuando la subasta resulte desierta, la venta podrá realizarse de forma directa o a través de entidad especializada, disponiendo que en este caso los honorarios de gestión de la misma serán con cargo a la Administración Concursal.

El art. 215, como hemos advertido, no dispone cuales habrán de ser las reglas, condiciones o bases de la subasta a la que se refiere, ni establece tampoco que tal subasta haya de ser necesariamente judicial. Consecuentemente podría ser razonable interpretar que la subasta pública se realizará conforme a las condiciones que discrecionalmente acuerde el juez del concurso, y podrá ser realizada tanto judicialmente como extrajudicialmente, incluyendo la subasta realizada a través de entidad especializada, estableciendo la atribución de sus honorarios de gestión en las condiciones de la subasta en los términos que resulten de interés para el concurso; y solo cuando esta subasta resultara desierta entrarían en juego las normas establecidas en el art. 216, que **se refieren solo a la enajenación directa de la unidad productiva por entidad especializada pero no a la subasta extrajudicial**, que así conservarían el carácter supletorio que actualmente tiene la regla 1 del art. 149 de la LC 22/2003.

La expresión en el art. 216 a “en cualquier estado del procedimiento”, tendría por tanto como única finalidad establecer la aplicación de dicha norma supletoria respecto a cualquier realización en subasta de la unidad productiva, tanto en fase común como en fase de liquidación, pero no su aplicación directa en todo caso.

No se alteraría con esta interpretación la discrecionalidad que la ley atribuye al juez del concurso para fijar las reglas de realización de activos tanto en fases tempranas del concurso como, sobre todo, en fase de liquidación mediante la aprobación en este caso del plan de liquidación.

Esta solución nos parece la más razonable y acorde a la autorización conferida al Poder Ejecutivo para aprobar el nuevo texto legal.

No obstante, cabe pensar que la interpretación expuesta es forzada, inadecuada o improcedente, máxime a la vista de lo establecido en el artículo 415.3 del Texto Refundido, que da a las reglas establecidas en el Título IV del Libro I carácter imperativo, en el que se incardinan los citados artículos 215 y 216, ya que dispone su necesaria aplicación “*se apruebe o no el plan de liquidación*”.

De considerar esta interpretación improcedente conforme a las reglas de interpretación de las normas legales (que como es sabido, en lo esencial, se contiene en el art. 3 del Código Civil, que en su apartado 1 dispone: “*Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras -interpretación literal-, en relación con el contexto -interpretación sistemática-, los antecedentes históricos y legislativos -interpretación histórica-, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas -interpretación sociológica-, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas -interpretación teleológica-*.”), y aceptando que el decreto legislativo se ha extralimitado en el mandato de refundición, nos conduciríamos claramente a la necesidad de acudir a los remedios legales previstos para corregir este exceso.

En este sentido, conviene pues analizar que tratamiento habrá de darse a aquellas disposiciones del nuevo Texto Refundido de la Ley Concursal que sean contrarias a la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

Para ello, habremos de determinar primero a quién corresponde el control jurisdiccional en supuestos de exceso en el mandato conferido para la aprobación de un texto con valor de Ley, se ha suscitado tradicionalmente un debate sobre si el mismo correspondería a la jurisdicción ordinaria o al Tribunal Constitucional.

Esta natural aptitud del Poder Ejecutivo en sobrepasar la autorización para aprobar un texto legal puede ser corregida a través de dos mecanismos distintos, de considerar que el órgano competente sería el máximo intérprete de nuestra

Constitución, contenidos en la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

El primero de ellos, mediante un **recurso de inconstitucionalidad**, contenido en el capítulo II del citado texto legal, y que podrá ser promovido por el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, cincuenta Diputados, cincuenta Senadores, o los órganos colegiados ejecutivos y las Asambleas de las Comunidades Autónomas, previo acuerdo adoptado al efecto, cuando puedan afectar a su propio ámbito de autonomía.

La segunda de ellas, contenida en el Capítulo III del mismo texto legal, se trata de la **cuestión de inconstitucionalidad**, que deberá ser promovida por jueces o Tribunales, cuando de oficio o a instancia de parte, consideren que una norma con rango de Ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitución.

Sea como sea, siquiera la tramitación por dichos cauces es pacífica, llegando incluso el propio Tribunal Constitucional a dudar sobre si era o no competente para conocer dichas cuestiones (por todas, las Sentencias 51/1982, de 19 de julio y 47/1984, de 4 de abril).

Habremos de estar, por tanto, al **artículo 1.1 de la Ley 29/1998 de 13 de julio, de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa**, que a continuación transcribo: *“Los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al Derecho Administrativo, con las disposiciones generales de rango inferior a la Ley y con los Decretos legislativos cuando excedan los límites de la delegación.”*

Ello podría conducirnos a una degradación del carácter de la norma en el sentido de considerar que en aquello en lo que el nuevo texto no hubiese respetado la Ley delegante **dejaría de ser Ley, y pasaría a ser Reglamento**.

En cualquier caso, aunque el debate está ya servido, no ha hecho más que empezar, por lo que la lógica prudencia debe llevarnos a esperar al desarrollo de los acontecimientos, que se vayan pronunciando los distintos operadores jurídicos y podamos saber con certeza cual será el alcance de una norma tan extraordinariamente relevante, sobre todo en circunstancias como las actuales. Confiemos en que las dudas queden resueltas por uno u otro cauce antes de la entrada en vigor del texto el próximo mes de septiembre.