

RESEÑA DE DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA: ACTUACIONES EJECUTIVAS CON INCIDENCIA EN EL PATRIMONIO DEL CONCURSADO

Autora: Nuria Fachal Noguer.- Magistrada del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Pontevedra.

1.- Alzamiento de medidas cautelares acordadas por otros órganos judiciales o administrativos

Con frecuencia se plantean en los Juzgados de lo Mercantil obstáculos a la realización de bienes y derechos que integran la masa activa del concurso, derivados de la adopción de medidas cautelares que tienen una indudable trascendencia sobre el patrimonio del concursado y que han sido acordadas por otros órganos judiciales. Como se verá a continuación, el tratamiento que ha de darse en cuanto a la posibilidad de que su alzamiento sea decretado por el Juez del concurso es diverso, según se trate de medidas cautelares acordadas con anterioridad o posterioridad a la declaración de concurso.

1.1. Medidas cautelares acordadas con anterioridad a la declaración de concurso: planteamiento general

Tal vez el supuesto más problemático de todos los que van a ser objeto de análisis lo constituya la decisión de alzamiento de medidas cautelares que se hubiesen decretado por un órgano judicial o administrativo con anterioridad a la declaración de concurso. El Auto de la Sala Especial de Conflictos de Competencia de fecha 28 de abril de 2016, [ROJ: ATS 3670/2016], arroja algo de luz en relación a esta cuestión polémica y de dudosa interpretación, pues no puede obviarse el principio general de improrrogabilidad de la jurisdicción (artículo 9.6 LOPJ) y la prohibición general de inmisión en el ámbito competencial de otros órganos judiciales, que incumbe a todo juez y tribunal en el ejercicio de la función jurisdiccional. Como reconoce la Sala Especial de Conflictos en Sentencias de 9/4/2013 y 14/12/2011 la jurisdicción atribuida al juez del concurso para conocer de cualesquiera cuestiones relacionadas con el proceso universal, con desplazamiento del órgano primariamente competente –sea jurisdiccional o, en su caso, administrativo- supone una excepción al principio de improrrogabilidad y, por ello, debe ser objeto de una interpretación estricta y está sujeta a ciertos límites.

El artículo 76 LC establece el principio de universalidad patrimonial y sobre esta base se produce la sujeción general de todo el patrimonio del deudor al concurso. La *vis atractiva* del concurso queda plasmada en el artículo 49 LC cuando dispone que “*declarado el concurso, todos los acreedores del deudor, ordinarios o no, cualquiera que sea su nacionalidad y domicilio, quedarán de derecho integrados en la masa pasiva del concurso, sin más excepciones que las establecidas en las leyes*”.

Para realizar los fines del concurso, el artículo 86 *ter*, apartado 1, LOPJ y el artículo 8 LC, atribuyen al juez del concurso la competencia exclusiva y excluyente para conocer de determinadas materias, entre las que se contempla en el número 4º del precepto “*toda medida cautelar que afecte al patrimonio del concursado excepto las que se adopten en los procesos que quedan excluidos de su jurisdicción en el párrafo*

1.º de este precepto y, en su caso, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 52, las adoptadas por los árbitros en las actuaciones arbitrales, sin perjuicio de la competencia del juez para acordar la suspensión de las mismas, o solicitar su levantamiento, cuando considere que puedan suponer un perjuicio para la tramitación del concurso”.

1.2. Alzamiento de medidas cautelares acordadas en sede administrativa o en sede jurisdiccional contencioso-administrativa

El Auto nº 6/2016, de 28 de abril, de la Sala Especial de Conflictos de Competencia reconoce las dudas interpretativas que pudieran surgir en torno a la delimitación competencial del juez del concurso para alzar o dejar sin efecto medidas cautelares ya adoptadas por otros órganos judiciales o administrativos antes de la solicitud de concurso. En particular, la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica para la Reforma Concursal señala que, cuando la ley consagra el principio de universalidad del concurso *“justifica la concentración en un solo órgano judicial de las materias que se consideran de especial trascendencia para el patrimonio del deudor, lo que lleva a atribuir al juez del concurso jurisdicción exclusiva y excluyente en materias como todas las ejecuciones y **medidas cautelares que puedan adoptarse en relación con el patrimonio del concursado por cualesquiera órganos judiciales o administrativos...**”*

El argumento esgrimido en la resolución analizada para concluir que la competencia del juez del concurso para alzar medidas cautelares queda circunscrita a las que se pudieran acordar durante la tramitación del concurso se reconduce al necesario respeto de la competencia funcional del órgano que acordó aquella medida cautelar: para la Sala Especial de Conflictos *“lo contrario supondría dividir la competencia para conocer del procedimiento principal y de la medida cautelar accesoria al mismo”*, por lo que el alzamiento de la medida compete en exclusiva al tribunal que la acordó (F.J. 6º).

Por tanto, el Auto de 28 de abril de 2016 reconoce que la apariencia competencial inicial a favor del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo –por tratarse de una medida cautelar de constitución de hipoteca inmobiliaria adoptada en un procedimiento contencioso-administrativo- queda enturbiada por la posterior declaración de concurso de acreedores de la titular del bien hipotecado, pues los artículos 86 *ter* 1 LOPJ y 8.4º LC atribuyen al juez del concurso jurisdicción exclusiva y excluyente sobre las medidas cautelares que afecten al patrimonio del concursado. El criterio delimitador por el que finalmente opta la Sala Especial de Conflictos, tras considerar que no existe duda acerca de la naturaleza cautelar de la garantía hipotecaria constituida en este caso, supone tanto la inclusión del bien hipotecado en la masa activa del concurso –con mención de la hipoteca e incidencia en la valoración del bien-, como el reflejo del crédito tributario en la masa pasiva, si bien como crédito sujeto a condición resolutoria que habrá de ser reconocido conforme a su cuantía y clasificación, en tanto no se cumpla la condición (artículo 87.1 LC).

La controversia a la que se enfrentaba en este supuesto la Sala Especial de Conflictos se refería a la determinación de la competencia del juez del concurso para alzar una medida cautelar real acordada con anterioridad a la declaración de concurso, pues la medida consistía en una caución constituida por la concursada antes de la declaración concursal en recurso gubernativo ante el TEAC y posteriormente

prolongada para paralizar la ejecución de la resolución impugnada ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

La decisión de la Sala Especial de Conflictos supone una clara restricción de la competencia objetiva del juez del concurso en materia de alzamiento de medidas cautelares reales que se hubieran decretado con anterioridad a la declaración de concurso por parte del deudor a favor de la AEAT. Cabría preguntarse a continuación si ha de ser idéntica la respuesta que puede conferirse a esta cuestión en el supuesto de que la medida cautelar se hubiese acordado en otro orden jurisdiccional como, por ejemplo, el orden penal.

Sin embargo, la SJM nº 1 de Sevilla de 29 de mayo de 2015 decidió alzar una medida cautelar administrativa adoptada por la Administración Tributaria, consistente en una retención de una devolución tributaria que había sido decretada por dicho organismo al amparo del artículo 81.8 LGT (el precepto faculta a la Administración para que adopte una medida cautelar cuando con ocasión de un procedimiento de comprobación e investigación inspectora se haya formalizado denuncia o querrela por delito contra la Hacienda Pública). Sostiene el Juzgado de lo Mercantil que esta medida adoptada por la Administración Tributaria tiene naturaleza administrativa y se mantendrá hasta que el órgano judicial competente adopte una decisión sobre su conversión en medida jurisdiccional o su levantamiento. En el supuesto concreto, el juez del concurso considera que le corresponde la competencia para ordenar el alzamiento, sobre la base de las siguientes argumentaciones:

“El artículo 8.4º excluye expresamente de la competencia del juez del concurso las medidas cautelares que se adopten en el marco de los procesos civiles no dispositivos (capacidad, filiación, matrimonio y menores). Tales procesos no son competencia del juez del concurso, pues también expresamente los excluye el artículo 8.1º LC. Se podría pensar, por ello, que la mención de tales procesos en el artículo 8.4º LC resulta superflua. Puesto que el juez del concurso carece de competencia respecto de dichos procesos, en virtud de las reglas de fijación de la competencia, se concluye que no es tampoco competente para conocer de las medidas cautelares que en ellos se adopten, por lo que la referencia deviene innecesaria por reiterativa. Sólo cobra contenido si se interpreta que la jurisdicción del juez del concurso en medidas cautelares alcanza a las adoptadas en procesos respecto de los que tampoco tiene competencia o jurisdicción.

[...]

Si se diera una condena penal con resarcimiento a la AEAT, ésta disfrutaría de un crédito –con la clasificación que correspondiera– frente a la concursada, como muchos otros acreedores, y sería en el procedimiento concursal donde habría de dilucidarse la preferencia de cobro y, con carácter previo en su caso, la adopción de la medida cautelar”.

1.3. Alzamiento de medidas cautelares acordadas por órganos de la jurisdicción penal

No ya en lo que atañe a cuestiones prejudiciales, sino en relación a la competencia del juez del concurso que le viene atribuida en el artículo 8.4º LC, los términos en que se pronuncia la Sala Especial de Conflictos en el Auto de 28/4/2016 parecen trazar con claridad el alcance de la atribución de jurisdicción al juez del

concurso para el alzamiento de medidas cautelares, de tal modo que la LC no le confiere competencia para alzar o dejar sin efecto medidas cautelares ya acordadas por otros órganos antes de la declaración de concurso. Si la Ley Concursal sólo prevé que el juez del concurso pueda acordar determinadas medidas cautelares durante la tramitación del concurso o antes de su declaración (en este último supuesto, por establecerlo así los artículos 17 y 21.1.4º LC), habrá que preguntarse qué sucede con aquellas medidas cautelares que se hubiesen decretado por otros órganos judiciales antes de la declaración de concurso del deudor y que por su contenido tengan una ineludible trascendencia sobre la integridad de su patrimonio.

Conforme a lo establecido en los artículos 50 y 51 LC, los jueces o tribunales de los órdenes contencioso-administrativo y penal tienen competencia para conocer de los procesos que se encuentren en tramitación o que se inicien con posterioridad a la declaración de concurso. Si se trata de nuevos juicios declarativos y la acción ejercitada pudiera tener trascendencia para el patrimonio del deudor, el órgano judicial de la jurisdicción contencioso-administrativa o penal que conozca del asunto emplazará a la AC y la tendrá como parte en defensa de la masa, si se personase (artículo 50.4 LC). Para los procesos seguidos ante la jurisdicción social se contiene en la LC idéntica previsión, salvo que se trate de una demanda de la que deba conocer el juez del concurso de conformidad con lo previsto en la Ley, en cuyo caso los jueces de orden social se abstendrán de conocer y prevendrán a las partes para que usen su derecho ante el juez del concurso (artículo 50.1 LC). El AAP de Pontevedra (Sección 4ª), nº 463/2009, de 5 de noviembre, [2009/487903], sostiene en relación a la competencia del Juzgado de orden penal para la adopción de medidas cautelares civiles tendentes a garantizar la responsabilidad civil *ex delicto*, en caso de concurso de alguno de los investigados:

“Resulta indiscutible la competencia del Juez de lo Penal para la adopción de tal medida en el curso del procedimiento por delito y para responder de las responsabilidades civiles derivadas del mismo, aun en supuesto de concurso, lo que viene a confirmar el art 50.2 de la LC”.

Al tenor de tales preceptos, los procesos penales iniciados y los que se inicien tras la declaración de concurso continuarán sustanciándose, como no puede ser de otro modo atendida la improrrogabilidad de la jurisdicción penal, ante el juzgado o tribunal de orden penal que sea competente para conocer de la causa. Asimismo, se contiene una previsión específica en el artículo 189.1 LC, que constituye una excepción a la regla general del artículo 40 LEC en materia de suspensión de procesos civiles por la concurrencia de prejudicialidad penal, pues se dispone que *“la incoación de procedimientos criminales relacionados con el concurso no provocará la suspensión de la tramitación de éste”*. La SAP de Álava (Sección 1ª), nº 565/2010, de 3 de diciembre, [AC 2001/723], considera que el precepto aplicable en el concurso es el artículo 189.1 LC y no el general del artículo 40 LEC y así *“la previsión del art. 189.1 de la Ley Concursal constituye una de las excepciones genéricamente previstas en el último inciso del art. 10.2 LOPJ al principio general de que “la existencia de una cuestión prejudicial penal de la que no pueda prescindirse para la debida decisión o que condicione directamente el contenido de ésta determinará la suspensión del procedimiento mientras aquélla no sea resuelta por los órganos penales a quienes corresponda”, ello sin perjuicio de la competencia exclusiva del juez penal para declarar la existencia del delito y la responsabilidad criminal. **La privación del efecto***

suspensivo de la prejudicialidad penal se fundamenta en los principios informadores del nuevo sistema concursal, en particular en el principio de celeridad, esto es, en la fluida tramitación del concurso en aras de la pronta satisfacción de los acreedores”.

Lo pretendido por el legislador es que la existencia de un proceso penal no pueda interferir el buen orden del proceso concursal. Por esa razón, aún cuando pueda existir una indudable relación o coincidencia entre los hechos objeto del proceso penal y el proceso concursal, no procederá la suspensión por prejudicialidad penal de este último, al operar el artículo 189 LC como norma especial y facultar al juez del concurso para que continúe con la tramitación del concurso con independencia de la existencia de posible prejudicialidad penal. En este sentido se ha pronunciado la SAP de Barcelona (Sección 15ª), nº 401/2012, 29 de noviembre, [JUR 2013/193793].

Por tanto, la tramitación del concurso no se ve afectada por la hipotética incidencia que los hechos que se dirimen ante la jurisdicción penal pudieran tener en aquél. Mas el apartado 2 del artículo 189 prevé que *“admitida a trámite querella o denuncia criminal sobre hechos que tengan relación o influencia en el concurso, será de competencia del juez de éste adoptar las medidas de retención de pagos a los acreedores inculcados u otras análogas que permitan continuar la tramitación del procedimiento concursal, siempre que no hagan imposible la ejecución de los pronunciamientos patrimoniales de la eventual condena penal”*; ello supone que el juez del concurso es competente para decretar medidas cautelares patrimoniales referidas a los investigados en un proceso penal, con el límite consistente en que estas medidas no obstaculicen la efectividad de los pronunciamientos condenatorios civiles contenidos en la eventual condena penal.

Ahora bien, los problemas suelen suscitarse en aquellos supuestos en que en el proceso penal en trámite el juez o tribunal de orden penal ha decretado medidas cautelares tales como prohibiciones de disponer, retención de saldos de cuentas bancarias o embargos de bienes y derechos pertenecientes a los investigados en aquel proceso. Si en un momento ulterior se produce la declaración de concurso de alguno de los inculcados, estas medidas cautelares tendrán incidencia directa en el desarrollo del concurso, hasta el punto de que pueden dificultar la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor que, en principio, no se ve interrumpida por la declaración de concurso (artículo 44.1 LC). Las dificultades pueden acrecentarse de modo irremediable en la fase de liquidación concursal, cuya finalidad en la realización de los bienes y derechos integrados en la masa activa para el pago a los acreedores de los créditos reconocidos en el concurso: así, las tareas de enajenación encomendadas a la Administración Concursal podrán verse obstaculizadas y, en el peor de los casos, frustradas, pues la existencia de prohibiciones de disponer de naturaleza cautelar o los embargos preventivos decretados en sede penal -que no podrían ser alzados por el juez del concurso- abocarían a la liquidación concursal a un callejón sin salida. A este último riesgo alude el AJM nº 1 de Málaga de 11/11/2014, [JUR 2015/43702] que reconoce que la traba de varios embargos sobre el patrimonio de la concursada, decretados por el Juzgado Central de Instrucción nº 6, ha paralizado varias operaciones de liquidación del patrimonio del concurso, hasta el punto de que algunas operaciones corren el riesgo de frustrarse o minorarse en su valor, con el consecuente perjuicio a los acreedores del concurso a los que se debe abonar sus créditos; la justificación aducida por el Juzgado de lo Mercantil para requerir al Juzgado de Instrucción a fin de que proceda al alzamiento de los embargos preventivos trabados sobre el patrimonio de la concursada

se plasma del siguiente modo:

“Las eventuales responsabilidades civiles o penales que pretendan asegurarse con la traba de los embargos por el Juzgado Central de Instrucción no 6, están sometidas a la jurisdicción del concurso y a la aplicación de la Ley Concursal en cuanto a su pago, no existiendo preferencia alguna ni en la LECO ni en ninguna norma procesal o sustantiva penal, sin perjuicio de que esos acreedores que dimanen del proceso penal, ya sea el Estado o particulares, sean reconocidos en el concurso al objeto de cobrar sus crédito si ello es procedente”.

Algunos Juzgados de lo Mercantil incluso han acordado requerir al Juzgado de Instrucción para que deje sin efecto las medidas cautelares acordadas en el proceso penal -AJM nº 1 de Tarragona de 12/4/2016, [JUR 2016/128316]-.

El AJM nº 8 de Madrid de 22 de abril de 2015 se hace eco de los distorsionadores efectos que puede producir la duplicidad de medidas de intervención patrimonial en los casos en que alguno de los investigados haya sido declarado en concurso de acreedores y ello debido a que las medidas cautelares patrimoniales acordadas por el juez de instrucción en el proceso penal, al amparo de los artículos 589 y siguientes de la LECRIM, resultan redundantes cuando afectan al patrimonio de un deudor concursado; en la práctica *“los acreedores a la reparación civil derivada del hecho penal pueden, y suelen, concurrir al patrimonio de su deudor con otros acreedores cuyos créditos tienen un origen distinto, y que podrían vaciar el patrimonio, insuficiente para todos ellos, de tal deudor si ejercitan sus derechos antes de que recaiga sentencia penal. La articulación lógica a estos problemas está en el concurso de acreedores”.*

Para eludir tales riesgos, el Juzgado de lo Mercantil propone articular una respuesta jurídica a la interferencia de las medidas derivadas de uno y otro proceso.

Destaca la resolución citada que *“para ello las dos ideas básicas son:*

(i).- existe una predominancia regulativa, por su globalidad y precisión, en el régimen de intervención patrimonial concursal frente a la normación procesal civil o criminal, y

(ii).- la solución está en arbitrar el control de tales medidas concursales también para el Juez de instrucción y el Ministerio Fiscal de la causa penal, para que éste vea innecesario adoptar medidas que generen interferencias entre los procesos”.

Si la instrumentalidad es una característica inherente a toda medida cautelar, será preciso articular la coordinación entre los dos procesos, lo que conlleva i) reconocer que los fines de aseguramiento que se pretenden lograr en el proceso penal con ciertas medidas cautelares quedan mejor protegidos acudiendo a la superior regulación de los efectos del concurso de acreedores; ii) para que el Juez de instrucción pueda considerar suficientemente colmadas todas las garantías con la aceptación de los efectos del concurso, es preciso que se someta a su consideración y criterio tanto la identidad del profesional que desempeña el cargo de Administrador Concursal, como el régimen de intervención que procede aplicar en el concurso (mera intervención o suspensión de facultades de administración y disposición), al tiempo que se exigirá de la Administración Concursal la máxima colaboración con el juez de instrucción, al que habrá de facilitar toda la información relevante sobre el devenir del concurso.

No se requiere en esta resolución al Juzgado de Instrucción para que proceda a alzar y dejar sin efecto las medidas cautelares patrimoniales que hubiera decretado con el fin de garantizar las responsabilidades pecuniarias civiles que pudieran derivarse de la eventual condena penal. Pero sí se acuerda someter a la reconsideración del Juez de Instrucción acerca del mantenimiento de las medidas de aseguramiento patrimonial que hubiera acordado, y su sustitución por la remisión a los efectos de intervención patrimonial del concurso, bajo su inspección articulada por las prevenciones ya indicadas o las que estime oportuno adicionar a las acordadas por el Juzgado de lo Mercantil.

La tesis que supone privar al Juez de lo Mercantil de competencia para dejar sin efecto las medidas cautelares que se puedan adoptar en la Jurisdicción penal, cuando menos si las medidas se hubiesen acordado con anterioridad a la declaración de concurso, obliga –para que el proceso concursal pueda llegar a buen fin- a la búsqueda de soluciones tales como la colaboración entre Juzgados de distintos órdenes o, como solución final, a la cancelación de las medidas como consecuencia de la realización del bien en sede concursal.

En última instancia, dado que por el principio de universalidad del concurso conforman la masa activa todos los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de declaración de concurso, también los bienes y derechos afectados por las medidas cautelares acordadas por otros órganos judiciales habrán de ser incluidos en el inventario y, en caso de liquidación concursal, su realización habrá de tener lugar en el seno del concurso conforme al plan de liquidación judicialmente aprobado o, en su defecto, según las reglas legales del artículo 149 LC. Consecuentemente, el alzamiento de las medidas se producirá al tenor del artículo 149.5 LC, en el momento de la realización del bien o derecho, mientras que si se tratase de bienes afectos al pago de créditos con privilegio especial resulta de imperativa observancia lo preceptuado en el artículo 155 LC.

1.4. Medidas cautelares penales acordadas con posterioridad a la declaración de concurso

Por su claridad expositiva conviene traer a colación el AJM nº 6 de Madrid de 23/2/2016, [2016/45049], que considera que el órgano de la jurisdicción penal que está conociendo de las Diligencias penales seguidas contra el concursado carece de competencia para acordar medidas cautelares y/o ejecutivas interesadas por la AEAT una vez que se había producido la declaración concursal. Los razonamientos que conducen al Juzgado de lo Mercantil a requerir de inhibición, alzamiento y cancelación al Juzgado Central de Instrucción nº 6, a fin de que se dejen sin efectos las medidas cautelares consistentes en embargo preventivo de bienes y prohibición de disponer de bienes del concursado, son del tenor literal siguiente:

*“Cuando la A.E.A.T. instó del órgano judicial penal la adopción de medidas de aseguramiento sobre bienes de la cooperativa, por causa de un posible pronunciamiento civil derivado de ilícito penal, **ya existía declaración concursal y situación liquidativa universal adoptada en el seno del concurso**; por lo que sin perjuicio de dar el oportuno tratamiento concursal a los créditos a favor del Estado Español que puedan reconocerse y cuantificarse dentro de aquel proceso, **carece de***

legitimación el acreedor para instar fuera del concurso tales medidas cautelares civiles y carece el Tribunal Penal de competencia para acordar constante concurso tales medidas cautelares y/o ejecutivas.

[...]

Sólo la laxa aplicación de la normativa registral ha permitido el acceso al Registro de un mandamiento judicial de medida cautelar civil de fecha posterior a la declaración concursal y emitido por Autoridad Judicial distinta al juez del concurso; y ello a instancia de acreedor ya personado en el concurso, reconocidos los créditos comunicados y dotado de cauce procesal [art. 97.3 L.Co.] para el posible reconocimiento de los fijados de modo mero declarativo [-en su día-] por el Tribunal penal”.

1.5. Últimas resoluciones: Auto de la Sala Especial de Conflictos de Competencia nº 2/2019, de 19 de febrero, y ATS de 18 de septiembre de 2018

En la primera de estas resoluciones se dirime un conflicto de competencia entre el Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Barcelona y el Juzgado de Instrucción nº 37 de Madrid. El primero de estos Juzgados conocía del concurso varias sociedades del grupo Sequor mientras que, con carácter previo al concurso, el Juzgado de Instrucción había acordado en el seno de unas diligencias penales por delito contra la Seguridad Social y de insolvencia punible el bloqueo de cuentas de estas sociedades en concurso. El Juzgado de lo Mercantil se dirigió al Juzgado de Instrucción para que alzase la medida y éste se negó invocando lo establecido en el art. 44 LOPJ. Se argumenta también que en el seno del proceso penal se dirime también la acción civil y que la medida cautelar está orientada a asegurar las responsabilidades pecuniarias derivadas del delito. Por su parte, el Juzgado de lo Mercantil considera que el perjudicado por el delito no tiene un mejor derecho de cobro que los restantes acreedores reconocidos en el concurso ni cuenta con ningún privilegio para el cobro de su crédito; además, las medidas cautelares acordadas obstaculizan el devenir de la liquidación concursal.

La Sala Especial de Conflictos de Competencia realiza en esta resolución importantes consideraciones:

- No se infringe lo establecido en el art. 44 LOPJ por el planteamiento de este conflicto de competencia: este precepto está referido a la preferencia de los órganos de la jurisdicción penal en conexión con la responsabilidad de esta naturaleza pero no comprende la responsabilidad civil ni a las medidas cautelares que pudieran decretarse para asegurar su satisfacción.
- El artículo 40 LC ya prevé restricciones a las facultades patrimoniales del deudor
- Régimen de los artículos 55 a 57 LC: no se encuentra exceptuado en lo relativo a las ejecuciones de pronunciamientos de condena de la responsabilidad civil contenidos en sentencias penales
- El juez del concurso es el encargado de velar por el pago a los acreedores según el orden de prelación legalmente establecido
- Competencia exclusiva y excluyente del juez del concurso en la adopción de medidas cautelares una vez declarado el concurso

- Innecesariedad de las medidas cautelares del juez de instrucción una vez declarado el concurso: ya existen en su seno medidas protectoras de los derechos de los acreedores

Por tanto, una vez declarado el concurso, le corresponde al juez de éste la competencia para decidir sobre la vigencia de las medidas cautelares que afectan al patrimonio del concursado.

El ATS de 18 de septiembre de 2018, [JUR 2018/261953], resuelve la cuestión de competencia planteada entre el Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid y el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Málaga a favor del primero de estos dos órganos y reconoce que *“la competencia del juez del concurso es exclusiva y excluyente para adoptar medidas cautelares contra el patrimonio del concursado y 8 LC, incluso frente a otros juzgados mercantiles con competencia concursal. De manera que ostentando Clesa S.L. legítimo título de propiedad sobre el bien inmueble afectado por las medidas acordadas por el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Málaga y sustanciándose el concurso de Clesa S.L. en el Juzgado de lo Mercantil n.º 6 de Madrid, el Juzgado de lo Mercantil de Málaga carece de competencia para anotar o inscribir medida cautelar sobre bienes o derechos de la concursada”*.

2. Alcance del artículo 155.5 LC y significación de la noción de “deuda originaria”

Para los supuestos de fracaso del convenio, el artículo 140.4 LC, párrafo segundo, prevé que *“si el incumplimiento afectase a acreedores con privilegio especial que hubiesen quedado vinculados al convenio por aplicación de lo dispuesto en el artículo 134.3 o que se hubiesen adherido voluntariamente al mismo, podrán iniciar o reanudar la ejecución separada de la garantía desde la declaración de incumplimiento y con independencia del eventual inicio de la fase de liquidación. En este caso, el acreedor ejecutante hará suyo el montante resultante de la ejecución en cantidad que no exceda de la deuda originaria, correspondiendo el resto, si lo hubiere, a la masa activa del concurso”*. A su vez, la Ley 9/2015 introdujo el apartado 5 del artículo 155 LC para disponer expresamente que, en caso de realización de bienes y derechos afectos al pago de créditos con privilegio especial *“el acreedor privilegiado hará suyo el montante resultante de la realización en cantidad que no exceda de la deuda originaria, correspondiendo el resto, si lo hubiere, a la masa activa del concurso”*.

No puede desdeñarse la trascendencia de ambas previsiones legales –ubicadas en sede de convenio y liquidación– y así se ha incidido por parte de un sector doctrinal en las razones de la introducción de los artículos 155.5 y 140.4 LC, a las que también aludía la Exposición de Motivos de la Ley 9/2015, de 25 de mayo. En relación a estos preceptos, se ha dicho que obedecen *“al propósito de aclarar que las limitaciones establecidas en los artículos 90.4 y 94.5 LC en la determinación del alcance del privilegio especial sólo resultan relevantes para la formación de la lista de acreedores y la fijación de los derechos de voto de cara a un eventual convenio de acreedores y su posterior cumplimiento”*¹.

¹ GARCÍA-VILLARRUBIA BERNABÉ, “El enigma del artículo 155.5 LC”, en http://www.elderecho.com/foro_legal/mercantil/Ley-Concursal-acreedor-hipotecario_12_1101435001.html.

Se está haciendo referencia a los conceptos de “valor de las garantías” y “valor razonable”, que operan a los efectos del artículo 90.3 LC, según el cual “*el privilegio especial solo alcanzará la parte del crédito que no exceda del valor de la respectiva garantía que conste en la lista de acreedores, calculada de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 94. El importe del crédito que exceda del reconocido como privilegiado especial será calificado según su naturaleza*”. Como señalan las RRDGRN 6 de julio de 2015 y de 8 de julio de 2015, en el caso de pluralidad de garantías reales sobre un mismo bien, los créditos que excedan del valor razonable no serán clasificados en el concurso como créditos con privilegio especial, ya que “*el privilegio especial sólo alcanza a la parte del crédito que no exceda del valor de la respectiva garantía (...) pero esa calificación no comporta la cancelación registral automática de tales garantías. En esos casos, de la lista de acreedores no derivan cancelaciones*”.

El artículo 94.5 LC dispone que “*a los efectos del artículo 90.3, se expresará el valor de las garantías constituidas en aseguramiento de los créditos que gocen de privilegio especial. Para su determinación se deducirán, de los nueve décimos del valor razonable del bien o derecho sobre el que esté constituida la garantía, las deudas pendientes que gocen de garantía preferente sobre el mismo bien, sin que en ningún caso el valor de la garantía pueda ser inferior a cero, ni superior al valor del crédito privilegiado ni al valor de la responsabilidad máxima hipotecaria o pignoratícia que se hubiese pactado.*

A estos exclusivos efectos se entiende por valor razonable:

a) En caso de valores mobiliarios que coticen en un mercado secundario oficial o en otro mercado regulado o de instrumentos del mercado monetario, el precio medio ponderado al que hubieran sido negociados en uno o varios mercados regulados en el último trimestre anterior a la fecha de declaración de concurso, de conformidad con la certificación emitida por la sociedad rectora del mercado secundario oficial o del mercado regulado de que se trate.

b) En caso de bienes inmuebles, el resultante de informe emitido por una sociedad de tasación homologada e inscrita en el Registro Especial del Banco de España.

c) En caso de bienes o derechos distintos de los señalados en las letras anteriores, el resultante de informe emitido por experto independiente de conformidad con los principios y las normas de valoración generalmente reconocidos para esos bienes”.

El cálculo del valor de las garantías –que exige de la previa determinación del valor razonable de los inmuebles, siguiendo las pautas del artículo 94.5 LC- busca eludir el ficticio reconocimiento de privilegios especiales cuando el valor de los bienes sobre los que recaen es muy inferior al de los créditos que cuentan con garantía sobre dicho bien. Con ello se quiere evitar el reconocimiento especulativo en el concurso de un pasivo privilegiado, pues con ello se frustran las expectativas de aprobación del convenio y se amplía el pasivo que pudiera quedar indemne a su aprobación. En suma, “*el titular del crédito garantizado con garantía real no tiene asegurada la*

consideración de privilegiado por todo su importe (o hasta la cifra de responsabilidad) a lo largo del concurso (art. 90.3 LC) y en todas las situaciones posibles”².

La SJM nº 3 de Barcelona de 5 de diciembre de 2017, [Roj: SJM B 1106/2017], contrapone las dos posturas interpretativas que se han defendido por parte de los Juzgados de lo Mercantil y Audiencias Provinciales acerca del alcance del artículo 155.5 LC y del modo en que puede coordinarse con los límites dispuestos para el cálculo del valor de las garantías reales en el concurso que se establecen en los artículos 90.3 y 94.5 LC. El juez del concurso acoge la tesis interpretativa que permite al acreedor privilegiado hacer suya la suma que corresponda como pago de su crédito privilegiado especial en virtud de lo establecido en el artículo 155.5 LC, más allá de los umbrales de cálculo de privilegio y garantías en los artículos 90.3 y 94.5 LC:

“La primera posición, que es la que no compartiré aquí, hace coincidir a efectos concursales "deuda originaria" y "valor de la garantía". Eso puede verse en los AA JM núm. 3 de Barcelona de 3/11/15 y núm. 8 de Barcelona de 22/05/17. Entonces, el valor de la garantía, calculado a efectos concursales, determina la imposibilidad del acreedor hipotecario de apoderarse de la totalidad del importe obtenido en la ejecución del bien en cuestión. Reconocerle tal facultad equivaldría a concederle una suerte de privilegio añadido, extraño a la clasificación de créditos plasmada en los textos definitivos formulados por la administración concursal y que distorsionaría la interrelación de todos los acreedores en el concurso. Esta conclusión es el resultado de una interpretación coordinada de los arts. 90.3, 94.5, 140.4 y 155.5 LC. Solo para el caso de que el acreedor privilegiado hubiera instado la ejecución separada del bien de que se trate, podría reconocérsele esa facultad, de acuerdo con una interpretación lógica y restrictiva del art. 155.5 LC.

3.- La segunda posición, que es la que acogeré aquí y que puede verse en el AAP Madrid, Sec. 28ª, de 3/5/16, parte de una interpretación literal del precepto: la "deuda originaria" no guarda una claudicante relación de identidad con el sistema de cálculo de garantías en el art. 94.5 LC. La deuda originaria es la "hipotecaria".

Considero que lo verdaderamente trascendente es advertir en SAREB la condición de acreedor hipotecario, huyendo de la distorsión que pueda producir en el caso imprimirle a la actora incidental la sola condición de acreedora privilegiada especial, lo que tampoco debe ser entendido como una invitación a dejar de considerar su posición desde una perspectiva nítidamente concursal. Creo que así se torna algo más sencillo o evidente distinguir el sentido de la limitación prevista en el art. 94.5 LC para el cálculo de garantías y valor razonable de los bienes afectos al concurso y el tratamiento que merece el acreedor hipotecario en el supuesto de realización de los bienes afectos por esas garantías, por más que la titularidad de esa garantía le confiera la condición de acreedor privilegiado especial como condición concursal. Precisamente porque las reglas de valoración o cálculo de garantías tiene un sentido eminentemente concursal, precisamente porque la condición de acreedor privilegiado es una situación solo pertenecida al concurso, una y otra nota pierden sentido en el supuesto de liquidación de los bienes y cuando ya no son posibles otras soluciones propiamente concursales como la continuidad de la empresa o la aprobación de un

² THOMÁS PUIG, P., “El crédito con garantía real en el concurso”, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal nº 24/2016.

convenio, se produzca esa liquidación de forma separada o en el contexto del proceso de ejecución universal que es el propio concurso, que ya solo sigue a esos efectos, momento en el que solo aflora como categoría relevante la condición de acreedor hipotecario de quien se trate. Este es el caso de la actora incidental SAREB.

Porque en un escenario de realización ventajosa de los bienes afectos por la garantía real, cuando el producto del bien obtenido supera con creces los límites de valoración de los arts. 90.3 y 94.5 LC, no parece que tenga un concreto sentido económico privar al acreedor hipotecario de toda la extensión de su derecho de garantía real -eso que debe hacerse coincidente aquí con la noción de "deuda originaria"- con el único límite de esa misma garantía real. Se trata de traer y reconocer en el concurso los caracteres propios de todo derecho real -accesoriedad, indivisibilidad, rango-, que encuentran eco en las disposiciones de la ley procesal común, así en los arts. 672.2.2º y 692.1 LEC, siendo esta la única interpretación que respeta íntegramente el contenido del derecho real de garantía que es la hipoteca, así en los arts. 104 y cc LH”.

Descartamos la postura mantenida por un sector de la doctrina y por algunas resoluciones judiciales –cfr. AAJM nº 3 de Barcelona de 3 de noviembre de 2015 y nº 8 de Barcelona de 22 de mayo de 2017; SJM nº 2 de Málaga de 2 de junio de 2016 y Auto de este Juzgado de 13 de febrero de 2017-, que circunscribe la aplicación del artículo 155.5 LC al ámbito de las ejecuciones singulares tramitadas al margen del concurso, por lo que este precepto no regiría en sede concursal. Al respecto, basta señalar que tal distinción carece de apoyo en la literalidad del artículo 155.5 LC, que se refiere en términos amplios a la realización de los bienes y derechos afectos al pago de créditos con privilegio especial, sin acotar la posibilidad de que el acreedor privilegiado haga suyo el montante resultante de su realización –en cantidad que no exceda de la deuda originaria- a la realización ocurrida en ejecución separada de la garantía³. Además, el propio apartado 1 del artículo 155 LC dispone 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”**, por lo que la norma tiene una inequívoca vocación de aplicación más allá de las ejecuciones tramitadas al margen del concurso.

El AAP de Burgos de 2 de noviembre de 2017, [Roj: AAP BU 913/2017], se decanta por la postura que admite que en la fase de liquidación concursal rige lo dispuesto en el artículo 155.5 LC. En esta resolución se califica de *“infundada”* la tesis interpretativa que defiende la aplicación del artículo 155.5 LC sólo a las ejecuciones separadas y para llegar a esta conclusión se ofrecen varias razones, que pueden sintetizarse del siguiente modo:

- La propia dicción del artículo 155.5 LC, que se remite a los supuestos de realización de bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial previstos en este artículo, mientras que en el apartado 1 del artículo 155 se establece que el pago de los créditos con privilegio especial se hará con cargo a los bienes o derechos afectos, ya sean objeto de ejecución separada o colectiva.
- La Exposición de Motivos de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, se refiere al propósito de la novedad introducida en el apartado 5 del artículo 155 LC y

³ Esta interpretación del artículo 155.5 LC es la defendida por THOMÁS PUIG, P., “El crédito con garantía real en el concurso”, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal nº 24/2016.

manifiesta que *“en coherencia con las modificaciones introducidas en el artículo 140.4, se modifica el artículo 155 para establecer que cuando se ejecuten bienes o derechos afectos a un crédito con privilegio especial, el acreedor privilegiado se hará con el montante total obtenido que no exceda del crédito originario. De este modo, no se alteran las garantías registradas ni las reglas establecidas para su ejecución”*. Con ello se persigue que el acreedor privilegiado ostente idéntico derecho que en caso de entrada en juego del artículo 140.4, párrafo 2º, LC. Este precepto está dedicado al incumplimiento del convenio y se establece que *“si el incumplimiento afectase a acreedores con privilegio especial que hubiesen quedado vinculados al convenio por aplicación de lo dispuesto en el artículo 134.3 o que se hubiesen adherido voluntariamente al mismo, podrán iniciar o reanudar la ejecución separada de la garantía desde la declaración de incumplimiento y con independencia del eventual inicio de la fase de liquidación. En este caso, el acreedor ejecutante hará suyo el montante resultante de la ejecución en cantidad que no exceda de la deuda originaria, correspondiendo el resto, si lo hubiere, a la masa activa del concurso”*. Precisa la resolución comentada que, si el convenio incumplido afectó a acreedores con privilegio especial, quedarán facultados para iniciar o reanudar la ejecución separada de la garantía desde la declaración del incumplimiento y podrán hacer suyo el montante de la ejecución en la cantidad que no exceda de la deuda originaria.

- La aplicación del artículo 155.5 LC sólo en el marco de las ejecuciones separadas resulta a todas luces superflua, ya que en su seno deviene automáticamente inaplicable una limitación como la prevista en el artículo 94.5 de la LC: en una ejecución singular, el acreedor siempre tiene derecho a cobrar todo el importe del crédito garantizado.

El mismo criterio mantiene la SAP de Vitoria de 22 de junio de 2017, [Roj: SAP VI 466/2017], en cuanto a la aplicación del artículo 155.5 LC en los supuestos de realización de bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial en sede concursal: en este escenario, el acreedor privilegiado hará suyo el montante resultante de la realización en cantidad que no exceda de la deuda originaria, correspondiendo el resto, si lo hubiere, a la masa activa del concurso; en consecuencia, *“queda por tanto aclarado que el criterio del valor de la garantía no resulta de aplicación en lo relativo a la realización de los bienes garantizados en la fase de liquidación por cuanto el acreedor privilegiado conserva su derecho a obtener el importe obtenido en la venta del bien con el único límite de la “deuda originaria”*.

Por lo que respecta al concepto de *“deuda originaria”*, el AJM nº 1 de Oviedo de 31 de octubre de 2016, [JUR 2016/268907], señala que *“a nuestro juicio la “deuda originaria” significa que, abortada la posibilidad de un convenio, las reglas de cálculo del importe del privilegio de los artículos art. 90.3 y 94.5 ya no resultan de aplicación, de suerte que el privilegio especial volverá a su extensión originaria (la que tenía en la redacción original de la Ley 22/2003) y cubrirá el principal y los intereses con el único tope de la responsabilidad hipotecaria. El límite ya no será el valor de la garantía así calculada, sino la cifra máxima de responsabilidad hipotecaria (SAP de Madrid, Sección 28ª, de 3 de mayo de 2016 (PROV 2016, 183323)). En suma, el recorte del crédito con privilegio especial tiene eficacia claudicante, pues está condicionado al devenir del concurso: sólo juega si la solución es de convenio y éste llega a cumplirse.*

Y es lógico que así sea, pues en cualquiera de los escenarios liquidatorios el “recorte” del privilegio lo impone, de facto, el mercado (y en porcentaje muy superior al 10%), resultando superfluo un recorte, de iure, del legislador”. Según el criterio interpretativo propuesto en la resolución mencionada, si el bien se ejecuta extramuros del concurso, la deuda originaria comprenderá el principal y los intereses, pero también las costas y gastos de la ejecución; ahora bien, si se realiza en sede concursal y conforme a las previsiones del plan, la deuda originaria no comprende costas y gastos de ejecución. Esta interpretación de la noción de “deuda originaria” como equivalente a deuda garantizada es la propuesta en un sector doctrinal autorizado⁴ y, de forma mayoritaria, por parte de los juzgados y audiencias: la SAP de Segovia de 11 de diciembre de 2017, [Roj: SAP SG 396/2017], considera que “por deuda originaria en el sentido de este precepto debe entenderse el importe del correspondiente crédito garantizado por hipoteca tal como el mismo aparece reflejado en el texto definitivo de la lista de acreedores, toda vez que se trata de una interpretación coherente con las propias normas de la Ley Concursal que regulan las consecuencias de la falta de impugnación de la lista de acreedores elaborada por la administración concursal (arts. 96 y siguientes). En efecto, como resulta del art. 97 de la Ley Concursal, la regla general (al margen de las hipótesis de los números 3 y 4 del precepto, que no guardan relación con el supuesto concreto sometido a la decisión de esta Sala) supone que los acreedores que no hubiesen impugnado en tiempo y forma el inventario o la lista de acreedores no pueden plantear pretensiones que comporten la modificación del contenido de estos documentos, aunque sí puedan recurrir contra las modificaciones introducidas por la autoridad judicial al resolver otras impugnaciones”.

El reciente AAP de Barcelona de 23 de abril de 2018, [Roj: AAP B 1420/2018]⁵, analiza el alcance del artículo 155.5 LC, introducido por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, y considera que el concepto de “deuda originaria” al que alude el precepto no puede identificarse con el “valor razonable” de la garantía, sino con el total del crédito privilegiado:

“El valor razonable de la garantía no deja de ser una suma estimada, suma que en ningún caso puede prevalecer, en un escenario de liquidación, al valor real del bien afecto, que es aquel que resulta de la realización. Por otro lado, la “deuda originaria” con garantía real no queda consolidada con el reconocimiento del crédito privilegiado según el valor razonable de la garantía, sino que la Ley Concursal prevé en su artículo 59 que continúe devengando intereses “hasta donde alcance la respectiva garantía”. Ese devengo de intereses, que modifica, incrementándola, la deuda inicial, resultaría difícil de compatibilizar si el crédito se limita al valor de la garantía.

12. Ningún sentido tendría, por otro lado, el distinto trato que merecería el crédito con privilegio especial según se realice en un proceso de ejecución separada con arreglo a lo dispuesto en los artículos 56 y 57 de la Ley Concursal o en el marco de la liquidación concursal. En el primer caso, no estaría sujeto a límites; en tanto que en el segundo el crédito quedaría reducido al valor estimado de la garantía. La satisfacción del crédito concursal no puede depender del tipo de procedimiento seguido para la

⁴ En la doctrina pueden citarse a favor de esta interpretación VELEIRO y VALENCIA, “El enigma del artículo 155.5 LC”, en <http://www.elderecho.com>, y RONCERO, también en “El enigma del artículo 155.5 LC”.

⁵ En el mismo sentido, AAP de Barcelona de 15 de mayo de 2018, [Roj: AAP B 2461/2018].

realización del bien afecto al privilegio”.

En efecto, el artículo 90.3 LC se ubica en el capítulo referente a la "*determinación de la masa pasiva*", mientras que el artículo 155.5 LC se incardina en un precepto que lleva por rúbrica "*pago de créditos con privilegio especial*". Concluye la resolución comentada que cuando el precepto dispone que el "*montante resultante*" de la realización de los bienes y derechos afectos al crédito con privilegio especial se aplicará a la deuda originaria ha de referirse necesariamente al total del crédito privilegiado.

La "*deuda originaria*" se corresponderá, en caso de realización del bien afecto – tanto en el seno de ejecución singular tramitada *extra muros* del concurso como en la liquidación concursal- con el importe total de la obligación garantizada, hasta el límite de la responsabilidad hipotecaria pactada (cfr. AJM nº 2 de Pontevedra de 6 de febrero de 2018).

Conclusiones:

- Se han mantenido dos posturas interpretativas acerca del alcance del artículo 155.5 LC, en conexión con los artículos 90.3 y 94.5 LC, que son nítidamente contrapuestas en la SJM nº 3 de Barcelona de 5 de diciembre de 2017, [Roj: SJM B 1106/2017]: i) la primera posición, que hace coincidir a efectos concursales "*deuda originaria*" y "*valor de la garantía*" (AAJM nº 3 de Barcelona de 3 de noviembre de 2015 y nº 8 de Barcelona de 22 de mayo de 2017); ii) la segunda posición -AAP Madrid de 3 de mayo de 2016-, que parte de una interpretación literal del precepto, y concluye que la "*deuda originaria*" no guarda una relación de identidad con el sistema de cálculo de garantías en el art. 94.5 LC.
- Frente a la postura que circunscribe la aplicación del artículo 155.5 LC al ámbito de las ejecuciones singulares tramitadas al margen del concurso, consideramos que la literalidad del artículo 155.5 LC no acota la posibilidad de que el acreedor privilegiado haga suyo el montante resultante de la realización del bien afecto –en cantidad que no exceda de la deuda originaria- a la ocurrida en ejecución separada de la garantía *extra muros* del concurso; por ello, el artículo 155.5 LC también se aplica si la enajenación se produce en sede concursal.
- En cuanto al alcance del artículo 155.5 LC, introducido por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, el concepto de "*deuda originaria*" al que alude el precepto no puede identificarse con el "*valor razonable*" de la garantía, sino con el total del crédito privilegiado (AAP de Barcelona de 23 de abril de 2018, [Roj: AAP B 1420/2018]).
- La "*deuda originaria*" se corresponderá, en caso de realización del bien afecto – tanto en el seno de ejecución singular tramitada *extra muros* del concurso como en la liquidación concursal-, con el importe total de la obligación garantizada, hasta el límite de la responsabilidad hipotecaria pactada (AJM nº 2 de Pontevedra de 6 de febrero de 2018).

3. El abono como “gasto imprescindible” de los informes o valoraciones para el cálculo del valor razonable a los efectos de la determinación del valor de las garantías

El artículo 94.5 LC fue introducido por el Real Decreto-Ley 11/2014, precepto que a su vez fue modificado por el Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero. La modificación legislativa se mantuvo en la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal.

El precepto se conecta con el artículo 90.3 LC y así *“el privilegio especial solo alcanzará la parte del crédito que no exceda del valor de la respectiva garantía que conste en la lista de acreedores, calculada de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 94. El importe del crédito que exceda del reconocido como privilegiado especial será calificado según su naturaleza”*.

Por su parte, el artículo 94.5 LC obliga a expresar el valor de las garantías constituidas en aseguramiento de los créditos que gocen de privilegio especial y para su determinación:

- Se deducirán, de los nueve décimos del valor razonable del bien o derecho sobre el que esté constituida la garantía, las deudas pendientes que gocen de garantía preferente sobre el mismo bien. Se establece como límite que *“en ningún caso el valor de la garantía pueda ser inferior a cero, ni superior al valor del crédito privilegiado ni al valor de la responsabilidad máxima hipotecaria o pignoratícia que se hubiese pactado”*.
- En el caso de los bienes inmuebles, se entiende por valor razonable *“el resultante de informe emitido por una sociedad de tasación homologada e inscrita en el Registro Especial del Banco de España”* (art. 94.5 letra b).

Cierto es que el artículo 82.3 LC dispone que la valoración de los bienes y derechos que integran el inventario de la masa activa habrá de realizarse por su valor de mercado. Sin embargo, como matiza la SJM nº 6 de Madrid de 13 de octubre de 2015, [JUR 2015/274569], *“las reformas de 2014 y 2015 citadas han introducido en sede de relación de acreedores por crédito privilegiado especial un nuevo concepto valorativo cual es el “valor de la garantía”, cuyo cómputo precisa la previa determinación de un nuevo concepto cual es el “valor razonable”, que puede coincidir o no con aquella valoración de mercado”*.

Se trata de una norma para el cómputo de los créditos con privilegio especial, cuya finalidad es lograr una mayor sujeción al convenio, como así se desprende de la Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 11/2014:

“Parece, en efecto, difícil cuestionar que para obtener el verdadero valor de una garantía es necesario deducir del valor razonable del bien sobre el que ésta recae el importe de los créditos pendientes que gocen de garantía preferente sobre el mismo bien. También parece una regla de prudencia reducir dicho valor razonable en un diez por ciento por cuanto la garantía, de hacerse efectiva, requerirá la ejecución del bien o derecho sobre el que esté constituida, lo cual entraña unos costes y dilaciones que reducen el valor de la garantía en, al menos, dicho porcentaje. Piénsese que de no adoptarse una medida como la presente resulta que los créditos privilegiados pueden multiplicarse ad infinitum cuando su garantía recae sobre un mismo bien, sin que el valor de dicho bien se vea en absoluto incrementado. Por poner un ejemplo práctico,

hoy por hoy es posible tener cinco hipotecas de 100 sobre un bien que vale 100, llegándose así al absurdo de tener un pasivo privilegiado a efectos concursales por 500 garantizados por un bien que vale 100. No debe olvidarse, por otro lado, que uno de los principios que debe necesariamente regir el concurso es el de par conditio creditorum y que la extensión indefinida de los privilegios es una contradicción palmaria de dicho principio. Además, el resultado práctico es que los acreedores que se benefician de dichas garantías únicamente tendrán un derecho de abstención que en nada beneficiará al convenio y a la continuidad de la empresa, y que en ningún caso garantizará el cobro efectivo de su deuda, menos aún si el concursado debe ir a liquidación. Téngase en cuenta que, en caso de liquidación o incluso de ejecución singular del bien hipotecado, el acreedor recibirá como mucho el valor de la garantía. Del resto de crédito no cubierto por la garantía, no cobrará más que aquella parte que hubiera quedado indemne en el convenio, aunque muy probablemente menos en un contexto de liquidación y no de empresa en funcionamiento”.

Así, el valor de la garantía determina hasta dónde alcanza el privilegio especial, mientras que el exceso habrá de ser clasificado según su naturaleza. Consecuentemente, la determinación del valor de la garantía adquiere especial trascendencia a los efectos de la aprobación judicial del convenio y, desde esta perspectiva, debe comprenderse la finalidad perseguida por el legislador, a la que se aludía la SJM nº 2 de Pontevedra de 29 de septiembre de 2017, [JUR 2017/256844]:

“...el cálculo del valor de las garantías –que exige de la previa determinación del valor razonable de los inmuebles, siguiendo las pautas del artículo 94.5 LC- busca eludir el artificioso reconocimiento de privilegios especiales cuando el valor de los bienes sobre los que recaen es muy inferior al de los créditos que cuentan con garantía sobre dicho bien. Con ello se quiere evitar el reconocimiento especulativo en el concurso de un pasivo privilegiado, pues con ello se frustran las expectativas de aprobación del convenio y se amplía el pasivo que pudiera quedar indemne a su aprobación. En definitiva, el titular del crédito garantizado con garantía real no tiene asegurada la consideración de privilegiado por todo su importe a lo largo del concurso y en todas las situaciones posibles (THOMÁS PUIG, P., “El crédito con garantía real en el concurso”, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal nº 24/2016)”.

Los conceptos de “valor de las garantías” y “valor razonable” operan a los efectos del artículo 90.3 LC. En el caso de los bienes inmuebles se exige la emisión de informe emitido por una sociedad de tasación homologada; el coste de estos informes o valoraciones será liquidado con cargo a la masa y deducido de la retribución de la administración concursal salvo que el acreedor afectado solicitase un informe de valoración contradictorio que deberá emitirse a su costa (artículo 94.5 LC).

Sin embargo, la norma contenida en el artículo 94.5 LC referente al abono del coste de estos informes y valoraciones con cargo a la retribución de la administración concursal produce no pocas distorsiones en un escenario de insuficiencia de masa. En efecto, parece que el legislador estaba pensando nuevamente cuando introdujo esta previsión en concursos que poca similitud guardan con el estándar que en la actualidad se registra e incoa en los Juzgados de lo Mercantil: lejos de hallarnos en el idílico concurso tipo –aquél en el que se cubren el cien por cien de los créditos contra la masa, incluida la “nutrida” retribución de la administración concursal-, la realidad nos arroja datos

numéricos mucho menos apacibles en lo relativo a la suficiencia de la masa activa y a la pingüe retribución del administrador concursal.

Es cierto que podría argumentarse que estos informes de valoración no habrían de ser confeccionados en concursos con insuficiencia de masa activa, atendida la finalidad de la concreción del valor de las garantías, que se anuda a la consecución de un convenio concursal *“eliminando el obstáculo que suponen los privilegios injustificados derivados de sobregarantías que permiten al acreedor ejercitar el derecho de abstención y, con ello, excluir su voto del pasivo ordinario y no quedar vinculado a aquel”*⁶; adicionalmente, la fijación del valor de las garantías será esencial para determinar la capacidad de arrastre de los acreedores privilegiados –artículo 134 LC-, en función de su pertenencia a alguna de las clases que se mencionan en el artículo 94.2 LC. Por tanto, en un concurso liquidatorio se revela la irrelevancia de la tasación del artículo 94.5 LC, como expresa el AJM nº 1 de Oviedo de 16 de octubre de 2017, *“dado que el “recorte” del privilegio sólo opera para el convenio, si el concurso es liquidatorio –o así se prevé- decae la necesidad de efectuar la tasación del art. 94.5, evitando, así, incurrir en gastos superfluos”*.

Aún aceptando el carácter superfluo de los informes de valoración en un escenario liquidatorio, la realidad nos demuestra que en muchos casos la apertura de la fase de liquidación tiene lugar en una fecha posterior a la emisión del informe de la administración concursal, a la que habrá de acompañarse la lista de acreedores, referida a la fecha de solicitud de concurso (artículo 94.1 LC). Ello provocará que se generen costes injustificados por la emisión de informes de valoración innecesarios, por lo que se sugiere eludir la interpretación literal del artículo 94.5 LC en cuanto a la obligatoriedad de su emisión y así deberá decaer la exigencia de su elaboración cuando sea claro que procede la liquidación⁷. En coherencia con las anteriores reflexiones, no ha de descartarse la posibilidad real de que se hayan encargado los informes a los que se refiere el artículo 94.5 LC en un concurso en el que tuvo lugar posteriormente la apertura de la liquidación y que, una vez iniciadas las operaciones liquidatorias, se pusiera de manifiesto la insuficiencia de masa activa.

Con los factores que entran en juego en un concurso con insuficiencia de masa, el pago con cargo a la retribución de la administración concursal de los costes de estos informes y valoraciones para el cálculo del valor razonable de un bien o derecho, a fin de determinar el valor de las garantías a los efectos del artículo 90.3 LC, agrava los resultados sumamente injustos que ya de por sí provoca su aplicación: en efecto, las críticas que ha recibido el artículo 94.5 LC han hecho especial incidencia en la ausencia de razonabilidad que conlleva que la administración concursal –calificada de *“mero gestor que ejercita una actividad profesional en beneficio de terceros”*– haya de soportar los costes de emisión de unos informes que redundarán en beneficio del deudor

⁶ GALLEGO SÁNCHEZ, E., “La administración concursal y los costes del concurso”, *La Administración Concursal*, Aranzadi, 2016, ROJO/GALLEGO/CAMPUZANO (Dirs.), pág. 525.

⁷ GALLEGO SÁNCHEZ, E., “La administración concursal y los costes del concurso”, *op. cit.*, ROJO/GALLEGO/CAMPUZANO (Dirs.), pág. 529.

y de los acreedores, de tal manera que la solución sería afrontar su pago con cargo a la masa o por parte de los acreedores privilegiados afectados⁸.

Si la administración concursal ha constatado la insuficiencia de masa y ha efectuado la comunicación del artículo 176 *bis*, apartado 2, LC pasará a regir el orden legal de prelación en el pago de los créditos contra la masa establecido en este precepto y su retribución será ubicada en el grupo residual del nº 5, con las consecuencias ya conocidas en lo que atañe a las expectativas de cobro de sus honorarios. En esta situación, salvo que se reconozca a una porción de su retribución el carácter de pre-deducible, incluso podría ocurrir que el porcentaje de sus honorarios que pudiese abonarse dentro del nº 5 del artículo 176 *bis*, apartado 2, LC tuviese que ser destinado al pago del coste de las valoraciones a las que se refiere el artículo 94.5 LC. Ello sin olvidar que la ya mermada retribución efectiva del administrador concursal en caso de insuficiencia de masa sería nuevamente reducida por efecto de la deducción del coste del informe de valoración.

Resulta llamativo que una disposición legal como la contenida en el artículo 94.5 LC, que exige la expresión del valor de las garantías constituidas en aseguramiento de los créditos que gocen de privilegio especial, impute a la retribución de la administración concursal el coste de los informes de valoración al margen de toda consideración sobre los recursos existentes en la masa activa. No parece lógico que así sea cuando la *ratio legis* del precepto se encuentra en la intención de eludir que los créditos privilegiados puedan aumentar artificiosamente. El cálculo del valor razonable para la determinación del valor de las garantías incide en una mayor operatividad de la paridad de trato y, desde esta perspectiva, favorece los intereses del conjunto de los acreedores que no gozan de privilegio o preferencia alguna en el concurso. A pesar de ello, los costes corren a cargo de la administración concursal por exigencia legal y a cuenta de una retribución minorada por la propia disponibilidad de la masa activa.

Para mitigar los inicuos efectos que inevitablemente ha de provocar la aplicación estricta de esta norma, se propone: i) que la autorización concedida por el juez del concurso para el cobro de una porción de su retribución de la administración concursal como “*crédito imprescindible para concluir la liquidación*” especifique cuáles van a ser los honorarios que se abonarán con preferencia a los créditos contra la masa del artículo 176 *bis*, apartado 2, LC y que de aquel concepto se excluya el coste de los informes de valoración del artículo 94.5 LC; ii) que se conceda idéntico carácter de “*crédito imprescindible para concluir la liquidación*” a los costes de emisión de estos informes, en coherencia con el criterio que se ha defendido en cuanto a la realización en la fase común de actuaciones imprescindibles para concluir la liquidación, pues la conclusión del concurso no es factible sin la conformación de la masa activa y pasiva, lo que constituye una labor encomendada a la administración concursal a la que se refiere de modo expreso el artículo 33, letras d) y e), LC –cfr. AJM nº 2 de Pontevedra de fecha 16 de noviembre de 2017, [Roj: AJM PO 91/2017]-.

4.- Bienes en arrendamiento financiero

⁸ GALLEGO SÁNCHEZ, E., “La administración concursal y los costes del concurso”, *op. cit.*, ROJO/GALLEGO/CAMPUZANO (Dirs.), pág. 531.

Es frecuente que se formulen observaciones al plan de liquidación por parte de acreedores cuyos créditos tienen origen en contratos de arrendamiento financiero suscritos por la concursada. Se afirma que respecto de los bienes que se encuentran en poder de la concursada en virtud de un contrato de *leasing* únicamente será factible la enajenación del derecho de uso y nunca de su propiedad, que continúa perteneciendo al arrendador financiero.

Es complejo ofrecer respuesta a este bloque de observaciones que se suelen realizar en relación a los contratos de *leasing* en vigor y que guardan conexión con la pretensión de los arrendadores financieros de que la enajenación se circunscriba al derecho de uso y no a la propiedad de los bienes, ya que continúa perteneciendo al arrendador financiero. Incluso en ocasiones se llega a solicitar por parte de alguno de los acreedores que se contemple expresamente en el plan de liquidación que se trata de contratos con obligaciones recíprocas a cargo de ambas partes que, de acuerdo con el artículo 61.2 LC, por lo que si en caso de resolución no se pudiera restituir el bien objeto *leasing* – por desconocimiento de su paradero-, el crédito a favor del arrendador financiero debería satisfacerse como crédito contra la masa.

4.1. Acciones de recuperación asimiladas a las ejecuciones de garantías reales –artículos 56 y 57 LC-; facultad de resolución del contrato por el contratante in bonis y clasificación del crédito restitutorio e indemnizatorio

Al tenor del artículo 56.1.c) LC quedarán temporalmente bloqueadas, desde la declaración de concurso del arrendatario financiero, las acciones tendentes a recuperar los bienes cedidos en arrendamiento financiero mediante contratos inscritos en los Registros de la Propiedad o de Bienes Muebles o formalizados en documento que lleve aparejada ejecución. Esta previsión debe ponerse en conexión con el primer párrafo del precepto, en el que se establece: *“los acreedores con garantía real sobre bienes del concursado que resulten necesarios para la continuidad de su actividad profesional o empresarial no podrán iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o trascurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación”*.

El artículo 56.2 LC prevé que si las actuaciones ya se hubiesen iniciado antes de la declaración de concurso, procederá su suspensión *“si no hubiesen sido suspendidas en virtud de lo dispuesto en el artículo 5 bis, desde que la declaración del concurso, sea o no firme, conste en el correspondiente procedimiento, aunque ya estuvieran publicados los anuncios de subasta del bien o derecho. Sólo se alzará la suspensión de la ejecución y se ordenará que continúe cuando se incorpore al procedimiento testimonio de la resolución del juez del concurso que declare que los bienes o derechos no son necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor”*.

La Ley Concursal prevé como un efecto de la declaración de concurso el bloqueo de las ejecuciones singulares –judiciales o extrajudiciales- que pudieran seguirse contra el patrimonio del deudor (artículo 55.1). Pero el propio precepto contempla una primera excepción a esta regla general de prohibición de inicio o tramitación de ejecuciones singulares tras la declaración de concurso, como es la relativa a los procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado

diligencia de embargo y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado. A esta primera excepción adiciona el apartado 4 del artículo 55 LC a los “acreedores con garantía real”: esta excepción vendrá referida a los acreedores con garantía real que recaiga sobre bienes o derechos que no sean necesarios para la continuación de la actividad empresarial o profesional del deudor, como así resulta de cohonestar el artículo 55.4 con los artículos 56 y 57 LC (en los que se contienen las especialidades referentes a la ejecución de garantías reales sobre bienes necesarios).

El artículo 56.1 LC dispone que *“los acreedores con garantía real sobre bienes del concursado que resulten necesarios para la continuidad de su actividad profesional o empresarial no podrán iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o trascurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación”*.

A los efectos que aquí interesan, debe tenerse en cuenta que la suspensión de las acciones de recuperación a las que alude el artículo 56.1.c) LC serán las previstas en el artículo 250.1.11º LEC. Se establece en el artículo 250.1.11º LEC que se tramitarán por las normas del Juicio Verbal las demandas en las que se ejerciten acciones a través de las que se pretenda que el tribunal resuelva *“con carácter sumario, sobre el incumplimiento de un contrato de arrendamiento financiero, de arrendamiento de bienes muebles, o de un contrato de venta a plazos con reserva de dominio, siempre que estén inscritos en el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles y formalizados en el modelo oficial establecido al efecto, mediante el ejercicio de una acción exclusivamente encaminada a obtener la inmediata entrega del bien al arrendador financiero, al arrendador o al vendedor o financiador en el lugar indicado en el contrato, previa declaración de resolución de éste, en su caso”*.

Si esta acción de recuperación tiene por objeto bienes que no son necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor no operará la paralización temporal de un año que establece el artículo 56.1 LC, por lo que el vendedor podrá iniciar estas acciones o continuar con su tramitación *extra muros* del concurso: al respecto, debe tenerse en cuenta que el artículo 57.1 LC atribuye al juez del concurso la competencia para conocer de las acciones que se inicie o reanude conforme a lo previsto en el artículo 56 LC –dedicado a la ejecución de garantías reales y acciones de recuperación que recaigan sobre bienes necesarios-, mientras que aquella disposición guarda silencio para el supuesto de que recayesen sobre bienes no necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor. Bien es cierto que el artículo 57 LC lleva por rúbrica *“inicio o reanudación de ejecuciones de garantías reales”* y que ello pudiera llevar a pensar que las previsiones contenidas en este último precepto no resultan de aplicación a las acciones de recuperación asimiladas que se enumeran en el párrafo 2 del artículo 56.1 LC, pues no se trata de procesos ejecutivos; sin embargo, la lógica de los artículos 56 y 57 LC debe conducir a sostener la conclusión contraria y así se desprende de la propia redacción del artículo 57.1 LC –que se refiere al *“ejercicio de acciones que se inicie o reanude conforme a lo previsto en el artículo anterior durante la tramitación del concurso”*-. De este modo, si el arrendatario financiero hubiese sido declarado en concurso, en caso de incumplimiento por éste de las cuotas que se hubiesen pactado, el arrendador financiero podrá entablar la acción de recuperación del artículo 250.1.11º LEC; sólo si

el bien sobre el que recayese fuese declarado “necesario” por el juez del concurso, éste será competente para conocer de las acciones que se iniciasen o reanudasen una vez transcurrido un año desde la declaración de concurso sin que hubiese tenido lugar ni la aprobación del convenio ni la apertura de la liquidación concursal –cfr. AAP de Madrid de fecha 25 de abril de 2014, Sección 28ª, [JUR 2015/248161]-.

Por tanto, si ya se hubiese acordado la apertura de la liquidación concursal, se habría superado el límite temporal que se prevé en el artículo 56.1 LC para el inicio o la continuación de los procedimientos de ejecución de garantías reales y acciones de recuperación asimiladas cuando recaigan sobre bienes necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor. En este caso se acordó la apertura de la fase de liquidación por auto de 28 de marzo de 2018, por lo que las acciones tendentes a recuperar los bienes cedidos en arrendamiento financiero contempladas en el artículo 250.1.11º LEC iniciadas antes de la declaración de concurso podrían continuar adelante. En todo caso, deberá tenerse en cuenta que según el artículo 57.3 LC “[a]bierta la fase de liquidación, los acreedores que antes de la declaración de concurso no hubieran ejercitado estas acciones perderán el derecho de hacerlo en procedimiento separado. Las actuaciones que hubieran quedado suspendidas como consecuencia de la declaración de concurso se reanudarán, acumulándose al procedimiento de ejecución colectiva como pieza separada”.

La siguiente de las cuestiones que se van a tratar pretende arrojar luz sobre la aparente incompatibilidad de los artículos 56.1.c) y 62.1 LC. A partir de las reflexiones que se han efectuado se puede afirmar que durante la tramitación del concurso podrán entablarse acciones de resolución de contratos de arrendamiento financiero a través de las que se pretenda la inmediata entrega del bien al arrendador financiero, en caso de incumplimiento del contrato: esta acción es la prevista en el artículo 250.1.11º LEC.

Sin embargo, al tenor del artículo 62.1 LC “la declaración de concurso no afectará a la facultad de resolución de los contratos a que se refiere el apartado 2 del artículo precedente por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes. Si se tratara de contratos de tracto sucesivo, la facultad de resolución podrá ejercitarse también cuando el incumplimiento hubiera sido anterior a la declaración de concurso”. El precepto distingue entre los contratos de tracto sucesivo y de tracto único a los efectos del ejercicio de la facultad resolutoria por la parte *in bonis* y de su literalidad se deduce que ésta sólo podrá instar la resolución de los contratos de tracto único que hayan sido incumplidos por el concursado cuando el incumplimiento sea posterior a la declaración de concurso; si el incumplimiento fuese anterior, la facultad resolutoria sólo podrá ejercitarse por el contratante *in bonis* si el contrato fuese calificado como de tracto sucesivo. Al respecto, debe tenerse en cuenta que el artículo 62.2 LC establece que la acción resolutoria se ejercitará ante el juez del concurso y se sustanciará por los trámites del incidente concursal. La STS nº 235/2014, de 22 de mayo, descarta que la facultad resolutoria pueda ejercitarse vigente el concurso por incumplimientos anteriores a la fecha de la declaración cuando se refiera a contratos de tracto único:

“Estamos ante un contrato de tracto único que, al tiempo de la declaración de concurso sólo estaba pendiente de cumplimiento por la concursada. No resulta de aplicación el art. 61.2 LC, que presupone la existencia de un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes. Por consiguiente, tampoco puede pretenderse la resolución por incumplimiento al amparo del art. 62.1 LC,

porque sólo lo admite en los casos del art. 61.2 LC, esto es, sólo cuando el contrato estuviera pendiente de cumplimiento por ambas partes al tiempo de la declaración de concurso. Todo ello, sin perjuicio de la distinción que el art. 62.1 LC hace entre contratos de tracto sucesivo y único, para permitir en el primer caso la resolución tanto si el incumplimiento es anterior como posterior a la declaración de concurso, y restringir la resolución en el segundo caso al incumplimiento posterior a la declaración de concurso, tal y como hemos declarado en las Sentencias 505/2013, de 24 de julio (RJ 2013, 5204) , y 510/2013, de 25 de julio (RJ 2013, 5534)”.

Conviene traer a colación la nítida distinción que a estos efectos ha sido trazada por la Sala Primera entre el sinalagma genético y el funcional, de tal manera que la reciprocidad en los contratos con obligaciones recíprocas debe existir no sólo en el momento de perfección del contrato –sinalagma genético-, sino también durante la fase de cumplimiento del contrato. La previsión de vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas a cargo de ambas partes que se contiene en el artículo 61.2 LC requiere que el sinalagma exista en su doble vertiente: el referido al nacimiento de las obligaciones y el relativo a su cumplimiento, por lo que se requiere un análisis de cada contrato a fin de determinar si, a la vista de lo pactado por las partes, una vez declarado el concurso, el contrato es sinalagmático⁹. La STS de 19 de febrero de 2013, [RJ 2013/2568], se refiere a las consecuencias jurídicas que nuestro ordenamiento anuda a la reciprocidad de las obligaciones contractuales –entre ellas, la facultad resolutoria del artículo 1124 CC, el régimen especial de producción de la mora ex artículo 1100 CC o la posibilidad de oponer la *exceptio non adimpleti contractus* ante la pretensión de cumplimiento del contratante incumplidor- y acota la aplicación en concurso de la previsión de vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas del artículo 61 LC a los contratos en los que la reciprocidad persiste en la fase funcional del vínculo:

*“El Código Civil no define la reciprocidad, pero doctrina y jurisprudencia - que se han ocupado de ella, fundamentalmente, al tratar de las consecuencias que le están vinculadas- la hacen depender del contenido del vínculo y, claro está, de la repercusión que dicho contenido tiene en el funcionamiento de la relación. En definitiva, cabe hablar de **obligaciones recíprocas** cuando, (1º) con causa en un mismo negocio, (2º) nazcan deberes de prestación a cargo de las dos partes, que ocupan la doble posición de acreedora y deudora de la otra, siempre que (3º) exista entre las prestaciones una interdependencia o mutua condicionalidad, de modo que puedan entenderse conectadas por un nexo causal, determinante de que cada una esté prevista inicialmente y funcione como contravalor o contraprestación de la otra.*

La reciprocidad no requiere equivalencia de valores, objetiva ni subjetiva, entre las dos prestaciones, pero sí que ambas tengan la condición de principales en el funcionamiento de la relación contractual de que se trate. Difícilmente cabrá advertir la condicionalidad entre una obligación principal y otra accesoria o secundaria.

La reciprocidad de los deberes de prestación puede ser advertida en la fase genética de la relación, esto es, en el momento de su nacimiento, con la perfección del contrato y la consiguiente creación de la regulación negocial o "lexprivata".

⁹ ANTÓN SANCHO, M., *Efectos de la declaración de concurso sobre los contratos*, Tirant lo Blanch, 2018, pág. 56.

Pero, a los efectos del artículo 61, cuando la reciprocidad debe existir es con posterioridad, propiamente, en la se ha venido en llamar fase funcional del vínculo y, además, por expresa exigencia, después de declarado el concurso. Se entiende que las obligaciones que tuvieron inicialmente aquella condición la pierden si una de las partes hubiera cumplido su prestación antes de aquella declaración, lo que determina que el crédito contra el concursado incumplidor sea considerado concursal. La razón de ello es que, durante la tramitación del concurso, la relación funciona, de hecho, igual que las que por su estructura original no eran recíprocas”.

Siguiendo la pauta marcada por el Tribunal Supremo, se propone prestar especial atención a la obtención de una ventaja correspectiva que justifique la vigencia del contrato y el sacrificio que corresponde al concurso de hacerle frente contra la masa. A su vez, igualmente relevante será la distinción entre contratos de tracto único y sucesivo, ya que sólo en estos últimos se habilita al contratante *in bonis* para instar la resolución contractual por incumplimientos anteriores a la declaración de concurso.

Por otra parte, se comparte el parecer de un sector de la doctrina, que defiende la aplicación de las reglas generales de los artículos 61 y 62 LC también a la compraventa con pacto de reserva de dominio, pues el hecho de que existan normas específicas para este contrato en la Ley Concursal no excluye la normativa general, por lo que la solución deberá pasar por una interpretación sistemática de unos y otros preceptos (v.gr. ANTÓN SANCHO, M., *Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos*, Tirant lo Blanch, 2018 pág. 318, y QUICIOS MOLINA, S., *Efectos de las garantías reguladas por la Ley de Ventas a Plazos de Bienes Muebles en caso de incumplimiento del comprador y concurrencia de acreedores*, Aranzadi, pág. 144).

Las anteriores reflexiones permiten esquematizar las acciones que el ordenamiento jurídico pone a disposición del arrendador financiero en caso de incumplimiento del contrato por parte del arrendatario financiero que es declarado en concurso:

- Puede acudir a la acción de recuperación a la que se refiere el artículo 56.1.c) LC si se cumplen los requisitos establecidos en el artículo 250.1.11º LEC y siempre que se respeten los límites temporales que se mencionan en el artículo 56.1.I LC cuando el contrato recaiga sobre bienes necesarios.
- Puede instar la resolución del contrato por el cauce del incidente concursal, de acuerdo con lo establecido en el artículo 62.1 LC, aunque en este caso: i) si el *leasing* es calificado como un contrato de tracto único, sólo podrá hacerlo si al tiempo de la declaración de concurso existían obligaciones pendientes a cargo de ambas partes y el concursado incumplió las obligaciones de su cargo con posterioridad a la declaración de concurso; ii) si el *leasing* es calificado como un contrato de tracto sucesivo, podrá hacerlo tanto por incumplimientos anteriores como posteriores a la declaración de concurso.

Conforme a lo señalado, carece de sustento legal la petición que se formula por los arrendadores financieros a fin de que en el plan de liquidación se incluya una previsión expresa en la que se califiquen los contratos de *leasing* en los que es parte como contratos con obligaciones pendientes a cargo de ambas partes, en los que además se habilite en todo caso al arrendador financiero para la resolución contractual y

otorgando la condición de créditos contra la masa a los derivados de la resolución operada en sede concursal por incumplimiento del concursado. Estas pretensiones exigen de un previo examen del clausulado del contrato de *leasing*, del que pueda extraerse una calificación fundada como contrato de tracto único o de tracto sucesivo. De ello dependerá la posibilidad de instar la resolución en interés del concurso que se confiere a la concursada –en caso de intervención- o a la AC –en caso de suspensión-, de conformidad con el artículo 61.2.II LC o a la acción de resolución por incumplimiento del artículo 62.1 LC.

4.2. Tratamiento concursal del leasing

Se acaba de hacer referencia a la posibilidad que la Ley Concursal dispensa al arrendador financiero -dentro del concurso del arrendatario- para acudir al proceso declarativo especial del artículo 250.1.11º LC y recuperar mediante el ejercicio de la acción que se dilucida en este procedimiento el bien dado en *leasing*. También se ha examinado cuál es la problemática que puede generar la zona de confluencia entre esta acción tendente a la recuperación del bien –previa la resolución del contrato- y las previsiones contenidas en los artículos 61 y 62 LC –relativas a los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos-.

En el **marco concursal**, las opciones con las que cuenta el arrendador financiero son las siguientes:

- Por preverlo de modo expreso el artículo 56.1.a) LC, puede ejercitar durante el concurso la acción tendente a la recuperación del bien –que sólo se paralizará temporalmente si recae sobre bienes necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor-. La elección de esta alternativa conlleva la resolución del contrato y permitirá al arrendador financiero recuperar el bien.
- También puede no ejercitar esta acción tendente a la recuperación del bien y **preferir que se mantenga la vigencia del contrato**. En ese caso, **insinuará su crédito en el concurso** del arrendatario financiero, al que se le concederá la clasificación de crédito con privilegio especial del artículo 90.1.4º LC. Esta opción implica que el bien pueda realizarse dentro del concurso del comprador, destinando el precio obtenido al pago del crédito del vendedor. Además, para la enajenación en sede concursal, habrán de observarse las especialidades contenidas en el artículo 155 LC.

La clasificación como privilegiado especial del crédito cuyo origen se encuentre en un contrato de arrendamiento financiero conlleva que su pago se haga, en el concurso del arrendatario financiero, con cargo a los bienes afectos, ya sean objeto de ejecución separada o colectiva –artículo 155.1 LC-.

Tampoco es dudosa la no inclusión en el inventario de la masa activa en el concurso del arrendatario financiero del bien dado en *leasing*. Al respecto, será de aplicación el artículo 82.5 LC –introducido por la Ley 38/2011, de 10 de octubre-, a cuyo tenor “*Los bienes de propiedad ajena en poder del concursado y sobre los que este tenga derecho de uso, no serán incluidos en el inventario, ni será necesario su avalúo, debiendo*

figurar únicamente el derecho de uso sobre el mismo del arrendatario financiero concursado”.

A su vez, el artículo 90.1.4º LC concede la clasificación de créditos con privilegio especial a *“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”*. El apartado 2 del precepto supedita la concesión de esta clasificación crediticia a que la respectiva garantía esté constituida con *“los requisitos y formalidades previstos en su legislación específica para su oponibilidad a terceros, salvo que se trate de hipoteca legal tácita o de los refaccionarios de los trabajadores”*.

Tras la lectura del artículo 90 LC, puede llamarnos la atención que se reconozca un privilegio especial al arrendador financiero sobre los bienes arrendados o al vendedor sobre los bienes vendidos con reserva de dominio y ello debido a la no pertenencia del bien al concursado. En este punto, se comparte el parecer del sector doctrinal que atribuye al arrendador financiero y al vendedor con reserva de dominio, las dos siguientes alternativas: al tenor del artículo 56.1.II.a)y c) LC, podrá ejercitar la acción de recuperación del bien, previa resolución del contrato; o, en su caso, mantener su vigencia, en cuyo caso se le reconocerá un crédito con privilegio especial del artículo 90.1.4º LC, si se dieran los requisitos para ello. A esta cuestión se refiere DÍAZ ECHEGARAY, Tratamiento del leasing en el concurso de acreedores, Revista Aranzadi Doctrinal Civil-Mercantil nº 8/2017, cuando recuerda que *“se ha sostenido que la paradoja de contemplar al mismo tiempo un privilegio especial y la posibilidad de ejercitar una acción de recuperación no es tal, sino que, sencillamente, el acreedor ha de elegir entre una u otra. Se dice que el arrendador financiero podría escoger entre el sombrero de concursado o el sombrero de propietario a la hora de comunicar su crédito en el concurso. La doctrina más autorizada defiende que, en realidad, la LC no hace más que recoger la alternativa de que dispone el arrendador en caso de insolvencia del deudor. Aquel puede pedir la restitución del bien, perdiendo el privilegio que asiste a su crédito, u opera una suerte de ejercicio de acción de cumplimiento en virtud de la cual transmite la propiedad del bien al concursado, en cuyo caso su crédito goza de privilegio especial. En definitiva, la doctrina ha solucionado la cuestión relativa a la interpretación sistemática de estos preceptos concluyendo que lo que la LC ha pretendido es establecer una tutela similar a la otorgada por el art. 1124 del CC a través del ejercicio alternativo y mutuamente excluyente de las acciones de resolución – arts. 56.1. II y 62 de la LC– y de cumplimiento – arts. 90.1.4 y 155 de la LC–”*.

Llegados a este punto conviene traer a colación la SAP de Barcelona de 27 de noviembre de 2017 que efectúa las siguientes puntualizaciones en relación al alcance de la reforma operada por la Ley 38/2011 en el artículo 61.2 LC y añade en lo que respecta al privilegio establecido en el artículo 90.1.4º LC para los créditos por cuotas de arrendamientos financieros:

“...a pesar de que pueda parecer que ha traído cierta confusión al tratamiento del leasing en el concurso con la aparente atribución al arrendador financiero de una doble protección en sí mismo contradictoria: la del privilegio especial y la del dominio sobre el bien objeto del contrato. Es obvio que no es posible que el arrendador

financiero conserve la propiedad sobre un bien y que al mismo tiempo tenga un privilegio sobre el mismo. La razón de ser de esa doble protección hay que encontrarla en la naturaleza propia del contrato de arrendamiento financiero como un contrato de tracto sucesivo en el que el arrendador comúnmente tiene la facultad de optar por resolver el contrato o exigir su cumplimiento, acciones entre sí incompatibles. El doble régimen de protección es paralelo a esa facultad de opción y pretende dar respuesta a las distintas situaciones por las que pueden pasar los derechos de los que son parte en el contrato”.

Expuestas las anteriores consideraciones ha de concluirse que, si se opta por la enajenación del bien cedido en arrendamiento financiero dentro del concurso del arrendatario para la satisfacción del crédito del arrendador con el producto del bien afecto, habrán de seguirse las prescripciones del artículo 155 LC (referentes a las pautas para la realización en el concurso de los bienes afectos al pago de créditos con privilegio especial). La enajenación estará referida a la titularidad del bien y no sólo al derecho de uso que le correspondía al concursado y que fue incluido en la masa activa – cfr. artículo 82.5 LC-. Esta solución no sólo permite resolver la aparente contradicción entre los artículos 56.1.II LC, 90.1.4º y 155 LC, sino que además es plenamente acorde con el tenor del artículo 149.5 LC. En este precepto se dispone que “*en el auto de aprobación del remate o de la transmisión de los bienes o derechos realizados ya sea de forma separada, por lotes o formando parte de una empresa o unidad productiva, el juez acordará la cancelación de todas las cargas anteriores al concurso constituidas a favor de créditos concursales, salvo las que gocen de privilegio especial conforme al artículo 90 y se hayan transmitido al adquirente con subsistencia del gravamen*”; se dispone la cancelación o purga general de cargas y gravámenes como consecuencia de la realización de los activos en la liquidación concursal: la única excepción se prevé para los bienes que se hayan transmitido con subsistencia de la garantía, de conformidad con el artículo 155.3 LC. De este modo, si el *leasing* figurase inscrito en registro público, una vez que se hubiese operado la transmisión del bien a favor del adquirente tendría lugar la cancelación de aquella inscripción.

En suma, no cabe sostener que en caso de enajenación en el concurso del arrendatario financiero de los bienes dados en *leasing*, siguiendo las prescripciones del artículo 155 LC, la enajenación esté referida al derecho de uso que le correspondía al concursado en virtud del contrato. Si se opta por la realización en sede concursal, se enajena la propiedad del bien y esta elección faculta al acreedor con privilegio especial para el cobro preferente de su crédito con el importe obtenido con su realización.