



TÍTULO

PAR CONDITIO CREDITORUM Vs PRIVILEGIUM

AUTOR

Dionisio Bernardo Jiménez Mañas

Esta edición electrónica ha sido realizada en 2012
Tutora: María Belén González Fernández
Curso: Experto Universitario en Derecho Concursal
ISBN: 978-84-7993-951-9
© Dionisio Bernardo Jiménez Mañas
© Para esta edición, la Universidad Internacional de Andalucía



Reconocimiento-No comercial-Sin obras derivadas

Usted es libre de:

- Copiar, distribuir y comunicar públicamente la obra.

Bajo las condiciones siguientes:

- **Reconocimiento.** Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciador (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o apoyan el uso que hace de su obra).
 - **No comercial.** No puede utilizar esta obra para fines comerciales.
 - **Sin obras derivadas.** No se puede alterar, transformar o generar una obra derivada a partir de esta obra.
-
- *Al reutilizar o distribuir la obra, tiene que dejar bien claro los términos de la licencia de esta obra.*
 - *Alguna de estas condiciones puede no aplicarse si se obtiene el permiso del titular de los derechos de autor.*
 - *Nada en esta licencia menoscaba o restringe los derechos morales del autor.*

TRABAJO FINAL
II CURSO DE EXPERTO EN DERECHO CONCURSAL
Universidad Internacional de Andalucía

PAR CONDITIO CREDITORUM
Vs
PRIVILEGIUM

Autor: Dionisio Bernardo Jiménez Mañas
Tutora: Dra. María Belén González Fernández
Diciembre 2011

ÍNDICE

Justificación.....	4
1.- Introducción.....	5
2.- Estado de la cuestión	6
2.1.- La posición del acreedor.	7
2.2.- A modo de ejemplo: don Justo contra Moro S. A.....	7
2.3.- La situación creada: don Justo contra Dudo S. A.	8
3.- Marco normativo.....	9
3.1.- Principios constitucionales.	9
3.1.1.- El principio de seguridad jurídica.	9
3.1.2.- El derecho a la tutela judicial efectiva.....	10
3.1.3.- La recepción de los principios constitucionales por el texto concursal.....	11
3.2.- La Ley 22/2003, de 9 de Julio, Concursal.....	12
3.2.1.- El problema de la coherencia entre la Exposición de Motivos y el articulado.	12
3.2.2.- La Exposición de Motivos.....	12
3.2.3.- <i>Par Conditio Creditorum Vs Privilegium</i> : precisiones terminológicas.	13
3.2.3.1.- <i>Par conditio creditorum</i> o igualdad de tratamiento de los acreedores.....	14
3.2.3.2.- Privilegios o tutela judicial efectiva.....	16
3.2.4.- El texto articulado.	17
3.2.4.1.- Artículo 8: la competencia exclusiva y excluyente del juez mercantil.	17
3.2.4.2.- Artículo 55.1: La providencia de apremio como título válido. Prevalencia de la autotutela de la Administración sobre la tutela judicial efectiva.	18
3.2.4.3.- La nueva redacción del artículo 55.3 por la Ley 38/2011, de 10 de Octubre...19	
3.2.4.4.- Artículo 82.3: el avalúo y descuento de las cargas no incluidas.....	21
3.2.4.5.- Artículo 89: la clasificación general de los créditos en el concurso.....	21
3.2.4.6.- Artículo 90. Créditos con privilegio especial.	22
3.2.4.7.- Artículo 91. Créditos con privilegio general.	23
3.2.4.8.- La nueva redacción del artículo 149.....	23
3.3.- El embargo en la Ley de Enjuiciamiento Civil.....	24
3.4.- La anotación preventiva de embargo en la Ley Hipotecaria.	24
3.4.1.- Artículo 42. Procedencia de la anotación preventiva.....	25
3.4.2.- Artículo 44. Preferencia del embargo anotado.....	25
3.4.3.- Artículo 71. Reipersecutoriedad de la afcción real.....	25

3.4.4.- Extinción y cancelación de las anotaciones preventivas	26
3.4.5.- El artículo 84 LH. La competencia para cancelar la anotación preventiva.	27
3.5.- Doctrina del Tribunal Supremo sobre la preferencia temporal del embargo.....	28
3.6.- El título XVII del Código Civil: la concurrencia y prelación de créditos.	28
4.- Antecedentes jurisprudenciales y fundamentos jurídicos.	31
4.1.- Auto JM-1 Málaga 16.11.2007 (AC 334/2005)	32
4.2.- Auto JM-1 Málaga 16.11.2009 (AC 947/2009)	32
4.3.- Auto JM-1 Málaga 08.06.2010 (AC 1426/2010)	34
4.4.- Auto JM nº 1 de Alicante de 14.12.2009 (AC 428/2008).....	35
4.5.- Fundamentos jurídicos comunes.	35
Conclusiones	37
BIBLIOGRAFIA	38

Justificación.

Desde la entrada en vigor de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, los profesionales del derecho hemos ido acercándonos a ella con mayor o menor profundidad, normalmente solo a su vertiente positiva y ante la necesidad de resolver problemas concretos. Pero para abordar un análisis crítico, se hace necesario un acercamiento al espíritu de la Ley, un análisis de su marco normativo y sobre todo una valoración de su justicia material.

La inmersión en el Derecho Concursal como objeto de estudio se ve complicada, no solo por la extensión de la materia y de la propia la Ley Concursal, sino sobre todo por su transversalidad; por la cantidad de aspectos no concursales de los que está trufado.

El título "Par conditio creditorum vs privilegium" pretende evocar al Derecho Romano en lo que tiene de búsqueda de la justicia, al plantear las coordenadas que enmarcarán nuestro trabajo: la tensión existente entre la regla general de dispensar un tratamiento igualitario a los acreedores en el concurso, y la necesaria tutela de los derechos adquiridos antes de la declaración del mismo.

Analizaremos si uno de esos derechos, la afeción real consolidada con la anotación en el registro de un embargo judicial, encuentra dentro de esas coordenadas su espacio jurídico natural y, de no ser así, las causas de ello y la solución que proponemos.

He decidido asumir el riesgo que supone una toma de postura crítica en lugar de realizar un análisis aséptico porque, aunque es la opción menos prudente, permite una aportación más personal, pero soy consciente de que este enfoque conlleva el riesgo añadido de una mayor subjetividad expositiva y de unas opiniones que no van a ser imparciales, y que no buscan el acuerdo, sino la justicia.

1.- Introducción.

La Ley 22/2003, Concursal ha venido a dar unidad, simplicidad y coherencia a la regulación de la materia, ha compilado y modernizado la fragmentaria y anacrónica regulación anterior y ha intentado reorientar su finalidad a la resolución de la crisis empresarial, más que a la represión de la conducta de sus responsables.

Esta nueva regulación ha supuesto la derogación de la obsoleta Ley de Suspensión de Pagos de 1922 y otras cuatro Leyes (sobre crisis en compañías ferroviarias y concesionarios públicos), todas ellas con un siglo a las espaldas. Pero también ha requerido la reforma de numerosas e importantes Leyes en vigor, como las de Enjuiciamiento Civil, Sociedades Anónimas y de Responsabilidad Limitada, de Cooperativas, del Seguro, General Tributaria y de la Seguridad Social, Hipotecaria, de Contratos de las Administraciones Públicas, de Consumidores y Usuarios, Códigos Civil y de Comercio, Estatuto de los Trabajadores, etc.

La reconstrucción de este enorme y delicado puzzle normativo requiere de una gran precisión técnico-jurídica; pero como todo proyecto legislativo de envergadura, necesita además las mayorías o acuerdos políticos suficientes. Deficiencias de técnica legislativa unas veces y de voluntad política otras, han dejado en la normativa concursal zonas donde las piezas no acaban de encajar.

Normalmente estos defectos se corrigen en un plazo prudencial, a través de los procesos de reforma, bajo el impulso de la necesidad y con la orientación de la doctrina. Sin embargo, después de casi ocho años de vigencia y numerosas reformas -la más reciente y ambiciosa operada por la Ley 38/2011- nuestra Ley Concursal tiene aún piezas que no encajan.

El tema que va a centrar este trabajo es una de ellas y necesita urgente reparación. Nuestra pieza es el tratamiento de la Ley Concursal en materia de preferencia y prelación de créditos, y donde no encaja es en el resto del entramado jurídico civil, tanto desde un punto de vista formal como material.

Dada la limitación de este trabajo, su objetivo será evidenciar la forma que tienen tanto el hueco como la pieza y qué partes habría que limar para que su encaje nos permita apreciar con nitidez, en la imagen resultante, los tranquilizadores perfiles de la seguridad jurídica y la tutela judicial efectiva, que por su naturaleza constitucional deben informar todo nuestro sistema legal.

2.- Estado de la cuestión

Los huecos dejados por esta falta de concordancia jurídica han sido el terreno abonado en el que ha enraizado rápidamente una manera de entender el proceso concursal netamente mercantil, que tiene como guías conceptos metajurídicos relativamente indeterminados como el interés del concurso o la *par conditio creditorum*, que busca consecuencias de carácter económico antes que justicia material, y que a veces entiende la competencia exclusiva y excluyente del juez mercantil como un poder omnímodo, mas allá incluso de los límites del proceso.

Esta forma de entender el objetivo del concurso y la misión del juez mercantil, junto a la redacción de algunos pasajes de la Ley Concursal y la interpretación extensiva que de su artículo 8 hacen parte de los juristas, han dado cobertura a una producción jurisdiccional con características –y diríase que finalidad- propias.

Vamos a poner en cuestión la cancelación por el juez mercantil de las anotaciones de embargo inscritas en el Registro de la Propiedad antes de la declaración del concurso, en virtud de mandamiento judicial y en el curso de un procedimiento ejecutivo, lo que bajo nuestro punto de vista no es conforme con el derecho a la tutela judicial efectiva proclamado en la Constitución ni con lo previsto en la Exposición de Motivos y el artículo 53 de la Ley Concursal, genera supuestos de injusticia material y crea un panorama de inseguridad jurídica para el acreedor.

Por otro lado, el suave aterrizaje del texto concursal en 2004 se produce en un entorno económico muy distinto al actual, en el que la gravedad de la situación ha forzado un uso extensivo de los procedimientos concursales e intensivo de los juzgados mercantiles, que pone a prueba tanto los aspectos procesales como materiales del procedimiento, revela las fricciones de la Ley 22/2003 con el resto del ordenamiento y pone de relieve unas deficiencias que, de no ser por la profundidad de la crisis que vivimos, probablemente no se hubieran manifestado. Esta situación justifica en parte una actitud de los jueces tendente a remover cualquier obstáculo o interferencia que retrase aún más el proceso.

En un entorno de normalidad económica, los costes sociales de las crisis empresariales pueden resultar asumibles por disolución con los beneficios que produce la depuración del sistema y la mejor satisfacción de los acreedores. Sin embargo, cuando es el propio sistema el que se encuentra en situación crítica, sus agentes no están en condiciones de asumir costes adicionales, por lo que la entrada en situación concursal de grandes empresas, o de un gran número de ellas, puede generar un efecto en cascada que lleve a sectores enteros a la ruina, y a la pérdida de muchos puestos de trabajo, pervirtiendo la finalidad curativa del concurso en una corriente liquidadora de consecuencias devastadoras.

Si a esto se suma cierto nivel de inseguridad jurídica, la inversión huirá y habremos cerrado el círculo de la autodestrucción económica. Por eso es vital, en estas circunstancias, que el sistema de justicia en general y el de garantías en particular sean fiables.

2.1.- La posición del acreedor.

No cabe plantearse que las resoluciones judiciales en virtud de las cuales se cancelan las anotaciones de embargo sean contrarias a derecho. Si así fuera la solución sería sencilla: recurrirlas. Formalmente estas resoluciones gozan, no solo de cobertura legal suficiente, sino del apoyo de una parte de la doctrina, que interpreta la norma con criterios más utilitaristas que de justicia material.

Lo que pretendemos revelar es la incoherencia del actual marco normativo, que coloca en una inaceptable situación de inseguridad jurídica a cualquier acreedor de una deuda vencida y exigible cuyo deudor no haya solicitado el concurso de acreedores, el padecimiento de esta inseguridad por parte de cualquier acreedor, dada la imprevisibilidad de la solicitud, y la profunda injusticia material que se va a cometer contra él en caso de que se declare el concurso.

2.2.- A modo de ejemplo: don Justo contra Moro S. A.

Vamos a dibujar un ejemplo que servirá para dar plasticidad a nuestra exposición, al que podamos recurrir a lo largo de este trabajo y sobre el que repintar algunas trazas, necesarias para remarcar los perfiles más subjetivos de la situación jurídica creada y de su injusticia material.

Pongamos el caso -desgraciadamente habitual- de un empresario, don Justo, quién después de un año intentando cobrar un pagaré vencido a Moro SA ha consultado con su abogado, quién le ha informado que la Ley de Enjuiciamiento Civil pone a su disposición la acción cambiaria del artículo 819 y siguientes; aunque tendrá que desembolsar provisiones de fondos y gastos, la propia LEC prevé la condena al deudor al pago de las costas, con lo que al menos no aumentará su pérdida.

De una primera investigación patrimonial resulta que Moro SA tiene un inmueble a su nombre libre de cargas. Don Justo decide ejercer su derecho (y diríamos que obligación) de reclamar lo que se le debe e interponer la acción cambiaria. Tengamos en cuenta que a estas alturas nuestro acreedor no puede prever que su deudora vaya a solicitar concurso: es un deudor reticente al pago, pero solvente.

Contratará y provisionará de fondos a abogado y procurador, les otorgará poderes notariales y preparará los documentos para la demanda; sufrirá los costes temporales y económicos del proceso, pero lo hará porque es el único camino posible para obtener una resolución judicial que, una vez firme, será ejecutable en

virtud de su derecho a la tutela judicial efectiva. De persistir el impago podrá interponer (también con procurador y abogado) un nuevo procedimiento de ejecución que le permita anotar el embargo sobre el inmueble, incluso enajenarlo para hacer efectivo el cobro.

En cumplimiento de lo previsto en los artículos 629 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 42.2 de la Ley Hipotecaria, solicitará al juzgado que libre mandamiento de anotación de embargo al Registro de la Propiedad, requisito para que la afección surta sus efectos *erga omnes*, y que otorgará a su crédito la preferencia del artículo 1923.4 del Código Civil frente a los créditos anotados con posterioridad.

Don Justo ha recorrido este camino con la única finalidad de cobrar lo que se le tendría que haber pagado hace tiempo, seguro de que los procedimientos especial y ejecutivo que la Ley ha puesto a su disposición van a desplegar sus efectos jurídicos y de que su derecho constitucional a la tutela judicial garantiza su efectividad.

Pero MORO SA, acuciada por su situación económica, ha solicitado y ha sido declarada en concurso voluntario. En su informe, la administración concursal ha calificado el crédito de don Justo como ordinario; el juez mercantil ha autorizado la venta del inmueble y ordenado la cancelación de la anotación de embargo a favor del crédito de don Justo, quien debido a esta cancelación ha perdido un año y una importante suma de dinero, entre honorarios y aranceles.

Después de tan costoso procedimiento, nuestro acreedor se encuentra en la misma situación que TÉCNICA SA, que el mes pasado giró una factura a MORO SA por la reparación de un ordenador. Obviamente, si se trata igual a don Justo que a TÉCNICA SA, o al resto de acreedores que no han reclamado judicialmente su deuda, el último calificativo que podría darse a este tratamiento es el de igualitario. Don Justo habrá perdido mucho más tiempo y dinero que el resto de acreedores, que *sensu contrario* estarán siendo privilegiados en relación a él. Y este si que es un privilegio injustificado.

2.3.- La situación creada: don Justo contra Dudo S. A.

Lo sucedido con Moro SA no pasaría de ser un caso de injusticia material, flagrante pero agotado en sí mismo, si no fuera por la situación jurídica creada. Y es que la próxima decisión de iniciar o no acciones, va a resultar kafkiana para don Justo. Ante el impago de un nuevo efecto cambiario, en este caso un cheque de Dudo SA, nuestro acreedor se verá en la siguiente tesitura:

- a) Si inicio acción cambiaria y Dudo SA no paga, me verá obligado a instar el procedimiento ejecutivo. Dudo SA tiene un inmueble que podré embargar en garantía de mi crédito, pero como está teniendo problemas de liquidez podría solicitar concurso y, si el juez mercantil cancela mi anotación de

embargo, los procesos judiciales no habrán servido de nada y habré perdido una buena suma en costas, además de la deuda.

- b) Si no inicio acción cambiaria, e insisto en mi reclamación extrajudicial de cobro, podré ahorrarme las costas y unas cuantas preocupaciones, pero si Dudo SA no solicita el concurso ni me paga, y no he reclamado judicialmente, no cobraré y además mi derecho a reclamar prescribirá.

Es una situación perversa. Cuanto más diligente sea don Justo accionando, más lejos habrá llegado en la ejecución y mayor castigo le supondrá la cancelación de su anotación, si su deudora solicita el concurso. Y si no lo solicita y don Justo no ha accionado, su falta de diligencia será castigada con la prescripción de su derecho. En lugar de tutela, lo que se ofrece al acreedor es una *actio diabólica*.

3.- Marco normativo.

3.1.- Principios constitucionales.

3.1.1.- El principio de seguridad jurídica.

¿Es admisible la situación creada desde un punto de vista jurídico-constitucional? El artículo 9.3 de nuestra Constitución dice que no:

"3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos."

El principio de seguridad jurídica, garantizado por la Constitución, ha sido interpretado por la doctrina del Tribunal Constitucional en el sentido de certeza en el Derecho, como expresa en su Sentencia 46/1990, de 15 de marzo, FJ 4º:

"la exigencia del artículo 9.3, relativo al principio de seguridad jurídica implica que el legislador debe perseguir la claridad y no la confusión normativa, debe procurar que acerca de la materia sobre la que se legisle sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse, y debe huir de provocar situaciones objetivamente confusas".

Por su parte el Consejo de Estado, en su Memoria de 1992 aclara:

"la seguridad jurídica garantizada en el art. 9.3 CE significa que todos, tanto los poderes públicos como los ciudadanos sepan a qué atenerse, lo cual supone por un lado un conocimiento cierto de las leyes vigentes y, por otro, una cierta estabilidad de las normas y de las situaciones que en ella se definen. Esas dos circunstancias, certeza y estabilidad, deben coexistir en un estado de Derecho".

El principio de seguridad jurídica ha adquirido –como indica LEGUINA VILLA¹– una triple dimensión: como conocimiento y certeza del Derecho positivo, como confianza de los ciudadanos en las instituciones públicas y en el orden jurídico en general y como previsibilidad de las consecuencias jurídicas derivadas de las propias acciones o de las conductas de terceros.

La situación creada a don Justo no responde a las mínimas exigencias de la seguridad jurídica, pues no le permite saber a que atenerse, ni prever las consecuencias jurídicas de sus propios actos, ni las de los operadores jurídicos; ni tener certeza en el derecho, cuando una resolución judicial firme y la tutela en su ejercicio decaen sin la garantía de un procedimiento de revisión que le otorgue la oportunidad de defenderse, con el pretexto de proteger intereses de terceros que no eran parte en el negocio jurídico que dio origen a la anotación. Es una situación que se parece más a la indefensión que a la seguridad jurídica.

3.1.2.- El derecho a la tutela judicial efectiva.

El Artículo 24.1 de nuestra Carta Magna proclama:

“1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.”

Y el artículo 118 del mismo texto ordena:

“Es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto.”

Nuestro acreedor obtuvo una resolución judicial favorable en el juicio cambiario contra Moro SA, que devino firme, resolviendo que el deudor no había cumplido el pago al que estaba contractualmente obligado y que teniendo por correctos el título y el importe de la deuda, se había dado plazo de pago al demandado, ante cuyo incumplimiento el demandante tenía derecho a ejecutar su patrimonio para cobrar la deuda.

Mediante el procedimiento ejecutivo el juez civil da cumplimiento al mandato constitucional de tutelar al demandante en el ejercicio de su derecho de que, ante la reticencia del demandado, se lleve a efecto lo resuelto de manera forzosa. Y en ejercicio de esta tutela el juzgado ordenó al Registro de la Propiedad la anotación del embargo sobre el inmueble de la deudora.

¹ LEGUINA VILLA, J. “Principios Generales del Derecho y Constitución”, *Revista de Administración Pública*, nº 114, pág. 34.

El derecho constitucional a la tutela judicial efectiva implica el auxilio y la colaboración de todos los órganos judiciales en que lo resuelto se lleve a efecto. El decaimiento de estos efectos sin haberse cumplido la resolución supone la negación de la tutela judicial; y desde un punto de vista material, supone también el incumplimiento de otra de sus manifestaciones como es la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes, reiteradamente reconocida por el Tribunal Supremo, entre otras en la STC 69/2000, de 13 de marzo de 2000, FJ 2:

“De acuerdo con esta jurisprudencia “el derecho a la tutela judicial efectiva impone un límite a que los órganos judiciales puedan modificar o revisar sus resoluciones firmes al margen de los supuestos y cauces procesales taxativamente previstos en la ley. Esta intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes no es un fin en sí misma, sino un instrumento para la mejor garantía de aquella tutela judicial efectiva, en conexión con la observancia del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), pues de tolerarse la modificabilidad sin trabas de las resoluciones judiciales firmes, se vaciaría de contenido el instituto de la firmeza, dejando al albur de las partes o del propio órgano judicial el resultado final de los procesos judiciales”.

3.1.3.- La recepción de los principios constitucionales por el texto concursal.

Es obvio que las Leyes deben respetar los principios constitucionales, por eso la Exposición de Motivos de la Ley 22/2003, Concursal (ap. X, párr. 1º) proclama:

“La finalidad que se persigue es la de reconducir la complejidad del concurso a un procedimiento que permita su más pronta, eficaz y económica tramitación, sin merma de las garantías que exige la tutela judicial efectiva de todos los interesados.”

Abundando en la idea de tutela como obligación por parte de todos los operadores jurídicos, el artículo 53 de la Ley Concursal nos dice:

“1. Las sentencias y los laudos firmes dictados antes o después de la declaración de concurso vinculan al juez de éste, el cual dará a las resoluciones pronunciadas el tratamiento concursal que corresponda.”

2. Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de la acción que asiste a la administración concursal para impugnar los convenios y procedimientos arbitrales en caso de fraude.”

De modo que si un convenio o un procedimiento arbitral no son conformes a derecho, la administración concursal podrá atacarlos, pero utilizando la vía de la impugnación. Naturalmente. No cabe en nuestras coordenadas jurídicas cancelar los efectos de una resolución judicial sin un procedimiento de revisión regulado, en el que el titular del derecho tenga la oportunidad de defenderse.

3.2.- La Ley 22/2003, de 9 de Julio, Concursal.

3.2.1.- El problema de la coherencia entre la Exposición de Motivos y el articulado.

Aunque no pueda atribuirse carácter normativo a la exposición de motivos de la norma², no cabe duda de que contiene la esencia y el espíritu de lo que se pretende con ella, y de que plantea las directrices jurídico-materiales que su articulado debe desarrollar. Su brevedad y tipo de formulación facilitan su claridad y hacen difícil la existencia de ambigüedades o incoherencias en su contenido.

En sentido contrario, la extensión del articulado, la dilación en el tiempo de su tramitación parlamentaria, la dependencia del acuerdo político para llevar a cabo modificaciones o enmiendas, en ocasiones artículo a artículo y con motivaciones tan distintas a las de la propia norma, así como su formulación a base de ideas breves y desprovistas de hilo argumental o aclaraciones, generan una mayor distancia con la Exposición de Motivos y propician la existencia de incoherencias.

Desde este enfoque intentaremos desentrañar, dentro de los límites materiales de este trabajo, si el articulado de la Ley Concursal ha respetado el espíritu y las directrices plasmados en su Exposición de Motivos -en la que no hemos advertido incoherencias internas-, y su marco normativo, constitucional y civil.

3.2.2.- La Exposición de Motivos.

Vamos a plantear las líneas maestras trazadas por la Exposición de Motivos de la Ley 22/2003 en relación al tema que nos ocupa, la concurrencia y prelación de los créditos en el concurso, y en particular la posición que debería ocupar el embargo con origen en una resolución judicial firme anotado en el Registro de la Propiedad.

El apartado III, párrafos 9º a 12º resume los efectos de la declaración del concurso sobre los acreedores: paralización de acciones individuales contra el patrimonio del concursado, excepto las declarativas en tramitación, que continuarán hasta la sentencia, y las ejecuciones laborales o administrativas con embargos anotados.

El texto proclama también el respeto de la Ley por los derechos y garantías reales como "derechos sobre cosa ajena", y reconoce su diferente régimen respecto de los derechos de crédito, pero establece la paralización temporal de estas ejecuciones para no perturbar el desarrollo del procedimiento concursal; obligatoria y limitada espera que se considera un justo sacrificio en aras de la solución definitiva.

Particularmente interesante es el párrafo dedicado al privilegio especial del crédito con garantía real y su tramitación en el concurso:

² STC 36/81, de 12 de noviembre (RTC 1981, 36), FJ 7º "el preámbulo no tiene valor normativo aunque es un elemento a tener en cuenta en la interpretación de las Leyes"

“Naturalmente, los créditos con garantía real gozan en el concurso de privilegio especial (...) se pagarán con cargo a los bienes y derechos sobre los que recaiga la garantía. La ejecución se tramitará ante el juez del concurso. (...) la administración concursal podrá optar por atender con cargo a la masa el pago de estos créditos. Aun en caso de realización, el juez podrá autorizarla con subsistencia de la carga y subrogación del adquirente en la obligación del deudor, que quedará excluida de la masa pasiva, o mediante venta directa, con aplicación del precio al pago del crédito especialmente privilegiado.”

La primera categoría de créditos que sufren recortes son los que gozan de privilegio general; los créditos con garantía real no sufrirán este sacrificio, porque la garantía era efectiva a la fecha de declaración, por lo que se pagarán con cargo a la masa, mediante venta directa o por subrogación de la carga, pero siempre con cargo al bien afecto. El único sacrificio que la Ley considera justo que sufran es, como hemos visto, la espera en la ejecución.

En el apartado V, el párrafo 2º enuncia la regla general de igualdad en el tratamiento de los acreedores, central en el proceso concursal:

“Se considera que el principio de igualdad de tratamiento de los acreedores ha de constituir la regla general del concurso, y que sus excepciones han de ser muy contadas y siempre justificadas.”

El principio es claro: la regla general es la igualdad de trato de los acreedores en el concurso y las excepciones deberán estar justificadas. Desde una perspectiva jurídica la única justificación válida es que así lo establezca una norma vigente, por ejemplo el Código Civil, la Ley de Enjuiciamiento Civil y la Ley Hipotecaria, como es el caso de las anotaciones de embargo derivadas de una resolución judicial.

El párrafo 3º tiene también gran importancia para la defensa de nuestro caso, porque conceptualiza los privilegios como excepciones al régimen de los créditos ordinarios; si el crédito tiene naturaleza cualificada gozará de privilegio general, y si una garantía está afecta a su pago de privilegio especial. Pues bien, no cabe duda de que un crédito reconocido en resolución judicial firme tiene esa naturaleza cualificada, y que en caso de haberse anotado embargo existe una garantía afecta al pago del crédito. La frontera entre el mayor o menor privilegio del crédito es, por tanto, su situación jurídica a la declaración del concurso. El privilegio concursal es la manifestación del respeto a la tutela judicial efectiva en equilibrio con el inevitable sacrificio de todos en pro de la mejor solución del concurso.

3.2.3.-Par Conditio Creditorum Vs Privilegium: precisiones terminológicas.

Las expresiones que conforman el título de este trabajo son utilizadas en el ámbito del derecho mercantil con el sentido configurado por la doctrina en relación con la

naturaleza jurídica del crédito. Pero un análisis literal y etimológico de ambos revela una importante distancia entre significante y significado.

Y cuando un término se usa para denominar una realidad a la que no se ajusta, acaba transfiriendo parte de su significado a ella, transmutándola así en otra diferente. Por decirlo de otro modo, si denominamos erróneamente un hecho, sobre todo si es jurídico, el afectado podrá apelar al significado auténtico de la denominación errónea; puede que lo haga incluso en nuestro propio argot, con la frase “si el legislador hubiera querido decir otra cosa, la hubiera dicho”.

3.2.3.1.- Par conditio creditorum o igualdad de tratamiento de los acreedores.

La expresión que recoge el texto concursal, tanto en su Exposición de Motivos como en su desarrollo articulado, es “igualdad de tratamiento de los acreedores”. *Par conditio creditorum* no aparece ni una sola vez; y sin embargo la literatura en la materia prefiere esta última, quizá por su evocadora erudición.

Lo cierto es que al traducir, algo se pierde. *Par conditio creditorum* es, literalmente, “igual condición del crédito”; y entre este significado e “igualdad en el tratamiento de los acreedores” media un abismo. Es de agradecer que la precisión, en esta ocasión, se incline a favor del texto concursal: son los acreedores, como sujetos de derecho, los que deben ser tratados de igual forma. Obviamente los créditos no son sujetos, sino objetos de derecho, y no pueden ser tratados todos igual, sino en función de su naturaleza y régimen jurídicos.

Y por otro lado igualdad significa dar el mismo trato a los que ocupan posiciones jurídicas equivalentes; dar igual tratamiento a quienes ostentan un *estatus* jurídico diferente no es igualdad, sino injusticia.

Que la igualdad lo es solo entre iguales es tan cierto, que la propia Ley Concursal reconoce privilegio especial a aquellos créditos con garantía real, los relaciona en su artículo 90.1, coherentemente organizados y con el requisito adicional de la publicidad registral en los casos que su legislación específica así lo exija.

Por si no queda clara su especialidad, el artículo 55.4 excluye expresamente de las normas del artículo 55 (suspensión de las ejecuciones y apremios) a los créditos con garantía real, que son regulados aparte, en el artículo 56. Y esta especialidad no es incompatible con el principio general formulado, porque está perfectamente justificada, como prevé la Exposición de Motivos; del mismo modo que estaría justificada la preferencia del embargo anotado, por dimanar de una sentencia judicial firme objeto de tutela, gozar de la preferencia de cobro en el artículo 1923 del Código Civil, junto a las garantías reales, y cumplir los requisitos para su oponibilidad frente a terceros.

Por tanto, lo que hay que respetar es la igualdad jurídica en el sentido de no discriminación de unos acreedores frente a otros. Así lo ha interpretado la doctrina (SSTS de 21-01-2009 y 29-09-2010 entre otras), y este es el principio general recogido en el apartado V, párrafo 2º de la Exposición de Motivos, ya visto.

Del mismo modo, las excepciones que deben ser *“muy contadas y siempre justificadas”* (EM ap. V, párrafo 2º, LC) son las referidas al tratamiento de los acreedores, y no de los créditos. Sin embargo suele interpretarse (erróneamente) que atender a determinados privilegios del crédito es privilegiar al acreedor. Esto solo sucedería, si a otro acreedor con un crédito en idénticas condiciones se le tratara de forma distinta. Si se les trata de igual manera ¿donde quiebra el principio de igualdad de trato de los acreedores?

Por otro lado *par conditio creditorum* es un principio general, que en el ámbito concursal sustituye al principio general civil *“prior in tempore potior in iure”*³ con la finalidad de distribuir el activo no privilegiado entre los créditos de una forma equitativa. La *par conditio* es incompatible con la preferencia temporal, pero no con el respeto a la naturaleza o garantías del crédito. Y de todos modos un principio general no podría derogar un derecho constitucional como la tutela judicial, normas de rango legal como el Código Civil, la Ley de Enjuiciamiento Civil o la Ley Hipotecaria, ni privar de efectos a una resolución judicial firme.

Por su parte dirá JUANA PULGAR EZQUERRA⁴: *“la propia práctica ha venido a demostrar que a la par conditio creditorum se contraponen con rotundidad la supremacía del principio de preferencia, en conexión con la tradicional existencia de un amplio número de causas de preferencia legales y convencionales, constituyendo la desigualdad o al menos una igualdad alterada la regla común y no la excepción entre los acreedores, (...), lo que llega a cuestionar la existencia misma del principio de igualdad meramente programático como fundamento de la tutela del crédito, propugnándose su sustitución por un principio de proporcionalidad en el tratamiento de los créditos, como regla de distribución del activo y no tanto de la tutela del crédito”*

Comulgamos con esta visión, más acorde con el marco normativo general y más respetuosa con los derechos adquiridos por los acreedores. Continúa la autora:

“No obstante, si bien se explica en el marco de la par conditio “la poda de privilegios” y excepciones negativas que se admiten a la igualdad entre los acreedores, sin embargo no encontrarían a nuestro entender su fundamento en este ámbito, temas como la prohibición del ejercicio de acciones ejecutivas o paralización de la iniciadas (...) En efecto, aun cuando en ocasiones el tema se ha reconducido por algún sector doctrinal al ámbito de la par conditio, lo cierto es que no constituyen excepciones a dicho principio sino más bien al principio de concursalidad”.

³ *“Prior in tempore, potior in iure”*: el primero en el tiempo es preferido en derecho.

⁴ PULGAR EZQUERRA, Juana.: *“El concurso de acreedores. La declaración”*, La Ley, Madrid, 1ª ed. dic 2009, págs. 163-165.

Por supuesto compartimos también esta argumentación, y añadiremos dos consideraciones. La primera es que la repetida “poda de privilegios” no puede ser un fin en sí mismo, sino que es instrumental de una *par conditio* peor entendida cuanto mayor sea la poda. La segunda es que, como sugiere la última línea del párrafo, creemos que los créditos con garantía o afectión real tienen naturaleza extraconcursal, y solo deben figurar en la masa pasiva del concurso mientras su garantía no se haya ejecutado y compute por tanto en la masa activa.

Concluyendo, creemos que el principio general de la *par conditio creditorum* es un dogma, equívoco e injusto en nuestro actual derecho porque iguala el crédito anotado al que no goza de preferencia legal, despreciando no su naturaleza o circunstancias, sino el procedimiento judicial de tutela al que recurrió el acreedor, lo que supone un daño a todo nuestro sistema jurídico de garantías y al derecho constitucional a una tutela judicial efectiva.

3.2.3.2.- Privilegios o tutela judicial efectiva.

La vis latina de nuestro título evoca el origen jurídico-romano del término *privilegium*, que viene a significar “ley privada”, no en el sentido del derecho privado general, sino como ley hecha solo para uno (o para unos pocos). Pues bien, la Ley de las Doce Tablas ya prohibía los privilegios en el 450 a.C. con la sentencia “Privilegia ne inroganto”⁵ y que está en el origen de nuestra tradicional aversión a las leyes especiales.

Entonces ¿por qué la Ley Concursal establece privilegios para algunos créditos? La respuesta es que no los establece. Lo que ocurre es que se usa la acepción abierta del término “privilegio”⁶ y no la jurídico-romana. En realidad todos los privilegios que recoge la Ley Concursal están reconocidos en una Ley. No suponen un privilegio en el sentido clásico, sino el reconocimiento de una situación jurídica digna de protección y objeto de tutela.

Y esto ya es otra cosa. Si la Ley no concede ni mantiene privilegios sino que tutela situaciones jurídicas dignas de protección siempre que estén justificadas, no resulta sostenible que se discriminen situaciones jurídicas equivalentes. Y en esto se apoya nuestra defensa de la necesidad de reconocimiento de la misma tutela para una afectión real cuyo soporte jurídico es indiscutible. De hecho, como veremos más adelante, la garantía que ofrece al acreedor el embargo anotado en el Registro de la Propiedad, viene estando reconocida en nuestro Derecho Civil, en la misma familia de preferencias del crédito que los derechos reales de garantía.

⁵ Ley de las Doce Tablas, Tábula IX, I: “Privilegia ne inroganto”: “que no se establezcan privilegios”.

⁶ Diccionario de la R.A.E.: “(Del lat. privilegium). 1. m. Exención de una obligación o ventaja exclusiva o especial que goza alguien por concesión de un superior o por determinada circunstancia propia. 2. m. Documento en que consta la concesión de un privilegio.”

3.2.4.- El texto articulado.

A pesar de la extensión del articulado de la Ley Concursal, la gran cantidad de aspectos que regula y la intersección con materias no estrictamente mercantiles hacen inevitable que su redacción adolezca (o disfrute, depende como se mire) de una ambigüedad que permite su interpretación más allá de los límites inicialmente previstos por el legislador. Por ello vamos a delimitar un espacio interpretativo alrededor de los preceptos que afectan de manera más directa a nuestro planteamiento, ejercicio necesario para afrontar después, con un lenguaje común, el análisis de la doctrina y la jurisprudencia menor en la materia.

3.2.4.1.- Artículo 8: la competencia exclusiva y excluyente del juez mercantil.

La competencia de juez mercantil en el concurso, en lo que afecta a nuestro análisis, se centra en el punto 1 del artículo 8:

“Son competentes para conocer del concurso los jueces de lo mercantil. La jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente en las siguientes materias:

1. *Las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores a las que se refiere el título I del libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil. También conocerá de la acción a que se refiere el artículo 17.1 de esta Ley.”*

La enorme dimensión y complejidad de los procesos de ejecución universal hacen necesaria la concentración de un poder proporcional en el órgano decisorio. Y la Ley 22/2003 hace una apuesta decidida en tal sentido digna de elogio. La redacción del artículo 8 no deja lugar a dudas, y términos como “exclusiva y excluyente” invitan a hacer una interpretación extensiva de un poder ya amplio.

Por su parte la doctrina y la jurisprudencia han ido consolidando esta tendencia a remover los obstáculos que sean precisos para facilitar al juez mercantil la toma de todas las decisiones concernientes al concurso.

Así por ejemplo, el Auto 252/2009, de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 7, de 26 de noviembre de 2009 (JUR 2010/108833; Rollo 733/2009), cuando declara:

“En tres ocasiones esta Sala se ha pronunciado sobre cuestiones semejantes, en los Autos dictados en el Rollo de Apelación 522/07 (JUR 2008, 3904), en el Rollo de Apelación 864/08 (JUR 2009, 262303) y en el 158/09, entendiendo que el artículo 8-1, de la Ley Concursal (...) no puede interpretarse en el sentido literal de sus palabras, sino en el sentido material y finalista, por tanto hay que comprender en él todas aquellas acciones que incidan en el patrimonio del concursado, (...) atendiendo a lo indicado en la exposición de motivos

de la Ley Concursal: El carácter universal del concurso justifica la concentración en un solo órgano jurisdiccional del conocimiento de todas estas materias, (...)"

Por otro lado, el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, ha tenido la oportunidad de pronunciarse en sendas Sentencias nº 4/2005, de 19 de octubre de 2005 y 5/2009 de 22 de junio de 2009, resolviendo conflictos de jurisdicción entre el juez del concurso y la Agencia Estatal de Administración Tributaria en el primer caso y la Tesorería General de la Seguridad Social en el segundo, y en ambas ocasiones falla a favor de la jurisdicción del juez mercantil.

Y en lo que se refiere al caso concreto de las cargas anteriores a la declaración del concurso, una amplia corriente jurisprudencial⁷ viene interpretando que entre las competencias del juez mercantil se encuentra la de cancelar todas aquellas no contempladas como privilegio especial en el artículo 90 de la Ley Concursal.

Esta interpretación se ha visto en cierto modo avalada por la nueva redacción de los artículos 55.3 y 149.2.3 de la Ley 38/2011, de Reforma de la Ley 22/2003, Concursal, en vigor desde el 1 de Enero de 2012, en donde ya se prevé la cancelación de las cargas anteriores prácticamente en cualquier momento, como veremos al tratar el artículo.

Por tanto la única interpretación sostenible a tenor de lo visto, es que el juez del concurso tiene las competencias que le otorga el artículo 8 de la Ley Concursal, extensivamente interpretadas en relación con todos aquellos asuntos que tengan trascendencia sobre el patrimonio del concursado. Cabe inferir de ello, que la única forma de que el embargo anotado tuviera efectos jurídicos sería su reconocimiento como privilegio especial en el artículo 90.1 de la Ley Concursal.

3.2.4.2.- Artículo 55.1: La providencia de apremio como título válido. Prevalencia de la autotutela de la Administración sobre la tutela judicial efectiva.

El artículo 55.1 de la Ley Concursal impide la iniciación o continuación de ejecuciones singulares, salvo las administrativas y laborales en las que se hubieran embargado bienes a la fecha de declaración del concurso.

"Artículo 55. Ejecuciones y apremios.

1. Declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor.

⁷ Así el Auto JM 1 de Málaga de 16.11.2009 (AC 947/2009), Auto JM 1 de Bilbao de 30.06.2008 (AC 2008/1581) y Auto JM 1 de Alicante de 14.12.2009 (AC 428/2008).

(...) podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado diligencia de embargo y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes (...) con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que (...) no resulten necesarios para la continuidad de la actividad(...)"

La Ley reconoce el derecho de ejecución separada a un embargo cuyo origen es una resolución administrativa (la providencia de apremio), pero niega la misma protección al título ejecutivo cuando dimana de la autoridad judicial. Sin embargo el artículo 167.2 de la Ley 58/2003, General Tributaria, proclama:

"2. La providencia de apremio será título suficiente para iniciar el procedimiento de apremio y tendrá la misma fuerza ejecutiva que la sentencia judicial para proceder contra los bienes y derechos de los obligados tributarios. "

¿Cómo puede tener la providencia de apremio la misma fuerza ejecutiva que la sentencia judicial y no al revés? No parece razonable que la Ley General Tributaria se equipare en ejecutividad a una sentencia judicial, y que en un ámbito de ejecución universal sea precisamente esta la que no pueda desplegar sus efectos.

Además la finalidad del proceso concursal es, tal como reconoce la propia Ley 22/2003, la satisfacción de los acreedores; y la Administración ya goza del privilegio general de su crédito. ¿Por qué blindar además sus embargos a costa del acreedor, quién se supone que es el protagonista de la protección del proceso?

Se trata de una injusta ironía: los poderes públicos, que han diseñado y ofrecido el procedimiento ejecutivo al acreedor y que le deben tutela según la Constitución, lo desprotegen ahora para cobrar ellos primero. Es evidente que algo falla. El primer sacrificado debiera ser el concursado, responsable de la situación de insolvencia; el siguiente la Administración, por la responsabilidad social subsidiaria que debe asumir en el mal funcionamiento de las instituciones y la justicia; y el último sacrificado debería ser el acreedor, cuya tutela es la finalidad teórica del concurso.

Y por último, constatar que a pesar de todo lo dicho, el apartado 3 del artículo 55, introducido por la reforma operada en la Ley Concursal por la Ley 38/2011 prevé, de una forma un tanto torticera y claramente utilitarista, como veremos a continuación, la cancelación de los embargos en cualquier momento del concurso.

3.2.4.3.- La nueva redacción del artículo 55.3 por la Ley 38/2011, de 10 de Octubre.

Por concentrar en unas pocas líneas la forma de legislar que venimos criticando en este trabajo, merece la pena que nos detengamos en la redacción que la Ley 38/2011 de Reforma de la Ley 22/2003 Concursal, ha dado al apartado 3 del artículo 55:

"3. Cuando las actuaciones de ejecución hayan quedado en suspenso conforme a lo dispuesto en los apartados anteriores, el juez, a petición de la administración concursal y previa audiencia de los acreedores afectados, podrá acordar el levantamiento y cancelación

de los embargos trabados cuando el mantenimiento de los mismos dificultara gravemente la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado. El levantamiento y cancelación no podrá acordarse respecto de los embargos administrativos.”

El juez del concurso adquiere nuevas facultades sobre cancelación de las cargas anteriores (como veremos también en el art. 149.2.3), asumiendo así la Ley 38/2011 la interpretación de los jueces mercantiles, acaso por la influencia de algunos de ellos en la comisión para la reforma. Cabe plantearse si la opinión de los jueces ha pesado tanto sobre el legislador por la presión de la situación económica y la evidente ineficacia del proceso concursal en el cumplimiento de sus objetivos, en un intento de incrementar el número de convenios, aportando liquidez aunque sea a costa de las garantías del acreedor.

Esta orientación práctica no sería tan criticable de no haber debilitado todavía más aspectos tan sensibles como la consistencia procesal o la protección de la tutela. En este sentido sorprende la técnica con la que se ha diseñado, en las escasas líneas del 55.3, un procedimiento con la única finalidad de posibilitar la cancelación de las cargas anteriores en cualquier momento del proceso, bajo una falsa apariencia de garantías, y excluyendo a la Administración, para mayor sorna:

- 1.- La solicitud de la administración concursal puede realizarse en cualquier momento del proceso, ya no hace falta haber adjudicado los inmuebles gravados.
- 2.- El juez puede considerar subjetivamente el perjuicio que las cargas ejercen sobre la continuación de la actividad, pues no se exige motivación alguna.
- 3.- El requisito “cuando el mantenimiento de los mismos dificultara gravemente la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado” es simple apariencia de necesidad. Por definición cualquier carga es negativa para la actividad, de ahí su nombre; particularmente limita la capacidad financiera de su titular, lo que para un concursado supone, obviamente, una dificultad grave para la continuidad de su actividad.
- 4.- La audiencia previa a los interesados es también mera apariencia de posibilidad de defensa, pues dada la redacción del precepto, al titular de la anotación solo le cabría demostrar que la carga no dificulta la continuidad de la actividad para oponerse a la cancelación. Y aún así sería una victoria inútil porque la nueva redacción del artículo 149 dispone, como veremos al tratarlo, la cancelación de las cargas cuando se apruebe el remate o se adjudiquen los bienes.
- 5.- Una vez mas se carga todo el coste sobre las espaldas del acreedor, puesto que el artículo excluye a la administración pública de su aplicación: “El levantamiento y cancelación no podrá acordarse respecto de los embargos administrativos.”

Por tanto la reforma ha avanzado un poco más en una manera de legislar contra quien debiera ser tutelado, a su costa y a mayor gloria y beneficio, por una parte del concursado, quién siendo el máximo responsable de la situación ve aumentar

sus posibilidades de convenio y alejarse posibles culpabilidades, y por otra de la administración pública, que es quién debiera tutelar el derecho del acreedor.

3.2.4.4.- Artículo 82.3: el avalúo y descuento de las cargas no incluidas.

Otra muestra de la técnica legislativa utilizada en algunos artículos de la Ley es la delirante redacción del artículo 82.3, que explica como hacer correctamente un avalúo para a continuación desvirtuar con dos palabras todo lo explicado:

“3. El avalúo de cada uno de los bienes y derechos se realizará con arreglo a su valor de mercado, teniendo en cuenta los derechos, gravámenes o cargas de naturaleza perpetua, temporal o redimible que directamente les afecten e influyan en su valor, así como las garantías reales y las trabas o embargos que garanticen o aseguren deudas no incluidas en la masa pasiva.”

La expresión final “no incluidas en la masa pasiva” resulta truculenta. No hay problema en que los créditos con garantía estén en la masa pasiva, porque una vez realizada aquella se excluyen como prevé el artículo 155.3 de la Ley Concursal.

Por otro lado, si un embargo está garantizando deudas no incluidas en la masa pasiva, puede ser por falta de diligencia del acreedor al comunicar su crédito, en cuyo caso no se entiende que se le premie. O bien porque se trate de la garantía de un tercero, o un inmueble que el ahora concursado compró con la carga; pero en ambos casos la responsabilidad sería del administrador social o concursal, pues la deuda debería obrar en la contabilidad y haber sido incluida en la masa pasiva. En cualquier caso se trata de una redacción confusa, de la que cabe sospechar una intención finalista para obtener recursos, una vez más, a costa del acreedor con un embargo anotado.

3.2.4.5.- Artículo 89: la clasificación general de los créditos en el concurso.

Ya vimos que la Exposición de Motivos (ap. V párr. 3º) de la Ley Concursal marca las directrices de la clasificación de los créditos en el concurso, y las excepciones positivas o negativas en relación a los créditos ordinarios. Y el artículo 89 establece la clasificación general de los créditos que luego desarrollarán los artículos 90 a 92:

“Artículo 89. Clases de créditos.

1. Los créditos incluidos en la lista de acreedores se clasificarán, a efectos del concurso, en privilegiados, ordinarios y subordinados.

2. Los créditos privilegiados se clasificarán, a su vez, en créditos con privilegio especial, si afectan a determinados bienes o derechos, y créditos con privilegio general, si afectan a la

totalidad del patrimonio del deudor. No se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley.

3. Se entenderán clasificados como *créditos ordinarios* aquellos que no se encuentren clasificados en esta Ley como *privilegiados* ni como *subordinados*."

Nuevamente vemos como el privilegio especial está vinculado a la garantía sobre bienes concretos, mientras el privilegio general afecta a la totalidad del patrimonio y se reconoce como hemos visto en razón a su naturaleza cualificada. Lo coherente entonces, desde un punto de vista sistemático, sería que los créditos reconocidos en una resolución judicial firme gozaran de privilegio general, del mismo modo que los de Derecho Público lo están por figurar en una certificación administrativa.

Y si se hubiera anotado embargo en el registro sobre bienes concretos, antes de la fecha de declaración de concurso, estos créditos deberían gozar de privilegio especial, del mismo modo que el embargo de carácter administrativo, pues el embargo anotado es una afección de carácter real sobre un bien determinado.

Por último nos parece criticable la derogación tácita que se hace de los privilegios reconocidos en el Código Civil, mediante el 89.2: "No se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley". Por razones de seguridad jurídica y de coherencia normativa hubiera sido preferible el término "una" en lugar de "esta", respetando la prelación de los créditos recogida en los artículos 1922 a 1925 del Código Civil. Además se da a paradoja de que la regulación concursal ha quedado lo suficientemente distinta de la civil como para generar incoherencia e inseguridad jurídica, pero lo bastante parecida a aquella como para que las diferencias no supongan un beneficio neto para el concurso.

3.2.4.6.- Artículo 90. Créditos con privilegio especial.

"1. Son créditos con privilegio especial:

1. *Los créditos garantizados con hipoteca voluntaria o legal (...).*
2. *Los créditos garantizados con anticresis, sobre los frutos del inmueble gravado.*
3. *Los créditos refaccionarios, sobre los bienes refaccionados (...).*
4. *Los créditos por cuotas de arrendamiento financiero o plazos de compraventa (...).*
5. *Los créditos con garantía de valores representados mediante anotaciones (...)*
6. *Los créditos garantizados con prenda constituida en documento público (...).*

2. Para que los créditos mencionados en los números 1 a 5 del apartado anterior puedan ser clasificados con privilegio especial, la respectiva garantía deberá estar constituida con los requisitos y formalidades previstos en su legislación específica para su oponibilidad a terceros, salvo (...) hipoteca legal tácita o de los refaccionarios de los trabajadores."

La ausencia en este artículo de los créditos con embargo anotado en el Registro de la Propiedad, en virtud de mandamiento judicial en ejecución de resolución firme, no tiene justificación por las siguientes razones:

- a) Sistemáticamente, el embargo anotado en el registro es una afección de indiscutible naturaleza real, por cuanto tiene las características de vinculación con la cosa, inmediatividad y reipersecutoriedad, y cumple con el requisito de la publicidad registral para su oponibilidad frente a terceros.
- b) Su preferencia está reconocida en una Ley, concretamente el artículo 1923.4 del Código Civil, en similar posición a los derechos reales. En el Proyecto de Ley de Concurrencia y Prelación de Créditos se le reconocía, como veremos, una preferencia equivalente a la hipoteca.
- c) El derecho a la tutela judicial efectiva exige que se cumpla lo ordenado en la resolución judicial que reconoció la deuda y la que ordenó el mandamiento de anotación del embargo del inmueble en el registro de la propiedad.

3.2.4.7.- Artículo 91. Créditos con privilegio general.

“Son créditos con privilegio general:

1. Los créditos por salarios que no tengan reconocido privilegio especial (...).
2. Las cantidades correspondientes a retenciones tributarias y de Seguridad Social (...).
3. Los créditos por trabajo personal no dependiente (...).
4. Los créditos tributarios y demás de Derecho público (...) hasta el 50 % de su importe.
5. Los créditos por responsabilidad civil extracontractual (...).
6. Los créditos que supongan nuevos ingresos de tesorería concedidos en el marco de un acuerdo de refinanciación (...).”

Del mismo modo que gozan de privilegio general los créditos de Derecho público por su naturaleza especialmente cualificada, debieran estar incluidos en este artículo aquellos créditos reconocidos en resolución judicial firme. En el Código Civil estos créditos tienen su preferencia reconocida en el art. 1924.3:

“Con relación a los demás bienes muebles e inmuebles del deudor, gozan de preferencia: (...)

3. Los créditos que sin privilegio especial consten:
 - a. En escritura pública.
 - b. Por sentencia firme, si hubiesen sido objeto de litigio.”

3.2.4.8.- La nueva redacción del artículo 149.

Otra de las modificaciones introducidas por la Ley 38/2011 de Reforma de la Ley Concursal, es la nueva redacción dada a la regla segunda del artículo 149, donde se introduce un nuevo apartado 3 con el siguiente literal:

“3. 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,

acordará la cancelación de todas las cargas anteriores al concurso constituidas a favor de créditos concursales que no gocen de privilegio especial conforme al artículo 90.”

Aunque el precepto viene a aclarar la cancelación de las cargas anteriores cuando se apruebe el remate o transmisión de los bienes, contiene el reconocimiento *sensu contrario* de que deben subsistir hasta entonces. De no adjudicarse (convenio en continuidad, sobreseimiento del concurso, etc.) las cargas deben subsistir, y con ellas sus consecuencias jurídicas, que tan solo están suspendidas.

3.3.- El embargo en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

“Artículo 613. Efectos del embargo. Anotaciones preventivas y terceros poseedores.

1. El embargo concede al acreedor ejecutante el derecho a percibir el producto de lo que se obtenga de la realización de los bienes embargados a fin de satisfacer el importe de la deuda que conste en el título, los intereses que procedan y las costas de la ejecución.

2. Sin estar completamente reintegrado el ejecutante del capital e intereses de su crédito y de todas las costas de la ejecución, no podrán aplicarse las sumas realizadas a ningún otro objeto que no haya sido declarado preferente por sentencia dictada en tercería de mejor derecho.(...)”

Este artículo, central en la categorización de la afección que produce el embargo anotado en el registro, concede al embargante el producto de la realización de los bienes embargados, y la única forma de atacar este derecho es demostrar que existe otro mejor a través de la tercería correspondiente. Lógicamente en este procedimiento el embargante podrá defenderse y demostrar la validez de su derecho frente al que pretende oponérsele.

Que el juez mercantil pueda cancelar los efectos de la anotación de embargo sin dar posibilidad de defensa a quien ha ganado la firmeza de su posición jurídica en virtud de la Ley y de una resolución judicial, por entender que la carga perjudica a acreedores comunes ajenos a esa relación de afección real entre el embargante y el bien embargado, que cumple los requisitos para su oponibilidad a terceros, resulta inaceptable desde el prisma de la seguridad jurídica, porque vacía de contenido la normativa sobre el embargo y parte de la registral.

3.4.- La anotación preventiva de embargo en la Ley Hipotecaria.

Por su parte la Ley Hipotecaria determina los requisitos que deben darse para practicar la anotación preventiva de embargo, los efectos que le son propios según la legislación civil y la forma y requisitos de su extinción y cancelación registral. Reconocen los artículos 42 y 44 el derecho a anotar en el Registro de la Propiedad Inmobiliaria del que hubiera obtenido mandamiento de embargo o sentencia

ejecutoria sobre inmuebles del deudor, y que tendrá para el cobro las preferencias establecidas en el artículo 1923 del Código Civil, ya visto.

3.4.1.- Artículo 42. Procedencia de la anotación preventiva.

“Podrán pedir anotación preventiva de sus respectivos derechos en el Registro correspondiente:

1. (...).
2. *El que obtuviere a su favor mandamiento de embargo que se haya hecho efectivo en bienes inmuebles del deudor.*
3. *El que en cualquier juicio obtuviere sentencia ejecutoria condenando al demandado, la cual deba llevarse a efecto por los trámites establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil.”*

Por tanto el acreedor que tiene a su favor sentencia ejecutoria o mandamiento de embargo, tiene derecho a que se practique la anotación en el Registro de la Propiedad, anotación que como veremos consolida la afección real y otorga la preferencia en el cobro.

3.4.2.- Artículo 44. Preferencia del embargo anotado.

Este artículo tiene una importancia cualificada, porque vincula el efecto de la preferencia del crédito a la condición de que se haya obtenido la anotación, que es la que otorga la preferencia, dado que solo una vez inscrita es pública y por tanto oponible a terceros.

“El acreedor que obtenga anotación a su favor en los casos de los números 2, 3 y 4 del artículo 42, tendrá para el cobro de su crédito la preferencia establecida en el artículo 1923 del Código Civil.”

No abundaremos ahora en el artículo 1923 del Código Civil, pues lo veremos detenidamente en capítulo aparte.

3.4.3.- Artículo 71. Reipersecutoriedad de la afección real.

En el artículo 71 la Ley Hipotecaria prevé que, una vez anotado el embargo, el embargante no se verá perjudicado por nuevos gravámenes, ni siquiera por la enajenación del inmueble.

“Los bienes inmuebles o derechos reales anotados podrán ser enajenados o gravados, pero sin perjuicio del derecho de la persona a cuyo favor se haya hecho la anotación.”

Este efecto jurídico es el que mejor revela la naturaleza real de la afección. Si el deudor transmitiera el inmueble a un tercero, la carga permanecería y sería

exigible a su nuevo titular; por tanto en la práctica, si se trata de un comprador de buena fe, este habrá descontado la carga del precio de compra. Jurídicamente ha "retenido" el importe de la carga para abonarla a requerimiento de su titular.

Esta transmisión de la carga es de vital importancia, porque ilustra a la perfección como una vez anotada, el importe de la misma no solo computa como pasivo en la esfera patrimonial del deudor, sino que permanece afecta al activo que responde de ella hasta su pago total.

Resulta aberrante que una garantía de tal consistencia, que como hemos visto solo podría discutirse a través de una tercería de mejor derecho, pueda cancelarse para salvaguardar el -sin duda peor- derecho de quienes son acreedores ajenos a esta relación, posteriores a ella y no amparados por un título cualificado.

3.4.4.- Extinción y cancelación de las anotaciones preventivas

El artículo 77 nos dice cómo se extinguen las anotaciones preventivas:

“Las anotaciones preventivas se extinguen por cancelación, por caducidad o por su conversión en inscripción.”

Y el artículo 79 enumera los supuestos en que procede solicitud y cancelación de las inscripciones o anotaciones preventivas.

“Podrá pedirse y deberá ordenarse, en su caso, la cancelación total de las inscripciones o anotaciones preventivas:

1. *Cuando se extinga por completo el inmueble objeto de las mismas.*
2. *Cuando se extinga también por completo el derecho inscrito o anotado.*
3. *Cuando se declare la nulidad del título en cuya virtud se hayan hecho.*
4. *Cuando se declare su nulidad por falta de alguno de sus requisitos esenciales conforme a lo dispuesto en esta Ley.”*

De modo que solo puede cancelarse la anotación cuando se hayan extinguido totalmente el inmueble o el crédito anotado, o cuando fuera declarado nulo el título en virtud del cual se practicó. En su desarrollo reglamentario, el artículo 173 del Reglamento Hipotecario establece los requisitos para practicar la cancelación.

“Artículo 173.

Para practicar la cancelación total de las inscripciones y anotaciones preventivas, en los casos a que se refiere el artículo 79 de la Ley, será necesario presentar en el Registro los títulos o documentos que acrediten la extinción de la finca o derecho, o en que se declare la nulidad del título inscrito o de la inscripción.(...)”

Desde un punto de vista hermenéutico, queda patente la consistencia del edificio jurídico construido para proteger el derecho de crédito, cuando se ha recorrido el camino de la ley hasta alcanzar una resolución judicial firme y se han puesto en marcha los mecanismos de tutela para su ejecución.

Y queda claro también que no existen fisuras en la diversidad de normas que conforman este edificio. La única existente es la provocada por la norma concursal, que disuena del resto.

3.4.5.- El artículo 84 LH. La competencia para cancelar la anotación preventiva.

Una de las interpretaciones más recurrentes en sede mercantil para fundamentar la cancelación de las cargas anteriores a la declaración del concurso es la que, partiendo del literal del artículo 84 de la Ley Hipotecaria, llega a la conclusión de que el juez mercantil es competente para cancelar las cargas anteriores a la declaración de concurso.

“Artículo 84.

Será competente para ordenar la cancelación de una anotación preventiva o su conversión en inscripción definitiva el Juez o Tribunal que la haya mandado hacer o aquel a quien haya correspondido legalmente el conocimiento del negocio que dio lugar a ella.”

Es necesario aclarar al respecto dos aspectos distintos pero conexos:

- a.- Que alguien sea el competente para declarar la cancelación no significa que pueda hacerlo si no se dan los presupuestos legalmente establecidos para ello, que como ya hemos visto son que se hayan extinguido por completo el inmueble que soporta la carga o la deuda que la originó, o que haya sido declarada nulo el título en virtud del cual se practicó. Nada más.
- b.- El juez del concurso es competente en la ejecución del inmueble que soporta la carga en virtud del artículo 8.1 de la Ley Concursal, pero no es competente para ordenar la cancelación de la carga anterior en virtud del artículo 84 Ley Hipotecaria, porque no es quién mandó hacer la anotación, ni tampoco le ha correspondido el conocimiento del negocio que dio lugar a ella.

Por ilustrarlo con un ejemplo, en el caso de nuestro acreedor don Justo, el negocio que dio lugar a la anotación fue el pagaré vencido e impagado, y la relación mercantil subyacente. Si la resolución del procedimiento declarativo es firme, no cabe volver sobre ella, salvo por los procedimientos de revisión legalmente establecidos. El juez del concurso solo podría conocer el asunto si no hubiera recaído resolución judicial firme y este se hubiera acumulado al concurso.

Esto en relación al soporte de la competencia del juez mercantil en el artículo 84 de la Ley Hipotecaria, según la interpretación que de su propias competencias han venido haciendo algunos jueces mercantiles. No cabe discutir la vigencia a partir del 1 de enero de 2012 de la competencia para cancelar cargas otorgada por la reforma por la Ley 38/2011, aunque ya hemos expuesto nuestra crítica al respecto.

3.5.- Doctrina del Tribunal Supremo sobre la preferencia temporal del embargo.

Otra perspectiva que revela la anormal situación en la que se encuentra la anotación de embargo en el concurso es la doctrina del Tribunal Supremo sobre los requisitos de la tercería de dominio sobre un bien, cuando tiene un embargo anotado en el registro con fecha anterior al traslado del dominio que se oponible. Así entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil de 15 de junio de 2.007, Recurso 2787/2000, Resolución 716/2007:

“(...) Es doctrina reiterada de esta Sala que para la prosperabilidad de la tercería de dominio hace falta la concurrencia de dos requisitos, primeramente, que el tercerista haya adquirido el dominio, y, en segundo lugar, que la adquisición del mismo sea anterior a la práctica de la diligencia de embargo (Sentencia de 18 de julio de 2005, con cita de numerosas sentencias anteriores, y Sentencia de 14 de marzo de 1986, con cita de la las sentencia de 22 de septiembre de 2001)(...)”

Es decir, el tercerista no consolidará su derecho si le era oponible el embargo inscrito, pues la publicidad registral otorga efectos “erga omnes”. Por visualizarlo con un ejemplo, imaginemos una tercería de dominio contra un bien cuyo titular no está en concurso, y que el título dominical del tercerista tiene fecha posterior a la anotación de embargo. Ya hemos visto que el Supremo no admitirá la tercería, prevaleciendo la afección del inmueble al pago total de la deuda.

Pero si el titular registral entra en concurso y el juez mercantil cancela la anotación, el tercerista no tendría ya obstáculo para que se le reconociera su mejor derecho, y podría adquirir la titularidad del inmueble. Es obvio que algo falla; el embargo es respetado por el Tribunal Supremo pero no lo es por la normativa concursal.

El embargo anotado tiene reconocida la preferencia para el cobro frente a cualquier otro acreedor anotado con posterioridad, incluso acreedores de derechos reales. Sin embargo la declaración de concurso lo convierte en papel mojado. Recursos de la administración de justicia tirados por la borda, elevados costes judiciales a cargo del acreedor que se sumarán a las pérdidas que su crédito sufrirá en el concurso, y falta de coherencia entre la Ley Concursal y la legislación civil, que ponen de manifiesto la urgente necesidad de armonizar la legislación vigente en materia de concurrencia y prelación de créditos.

3.6.- El título XVII del Código Civil: la concurrencia y prelación de créditos.

La Ley 22/2003 cercenó el título XVII del Código Civil, derogando los artículos 1912 a 1920 y los párrafos a y g del apartado 2º del artículo 1924, e insertó un

lacónico inciso en el 1921 que remite a la Ley Concursal la regulación de las preferencias crediticias en caso de concurso.

“Los créditos se clasificarán, para su graduación y pago, por el orden y en los términos que en este capítulo se establecen.

En caso de concurso, la clasificación y graduación de los créditos se regirá por lo establecido en la Ley Concursal.”

El artículo 1923 sigue reconociendo preferencia al embargo anotado, aunque por la remisión del 1921 ha quedado sin efecto en el ámbito concursal:

“Artículo 1923.

Con relación a determinados bienes inmuebles y derechos reales del deudor, gozan de preferencia:

- 1. Los créditos a favor del Estado (...)*
- 2. Los créditos de los aseguradores (...)*
- 3. Los créditos hipotecarios y los refaccionarios, anotados e inscritos en el Registro (...)*
- 4. Los créditos preventivamente anotados en el Registro de la Propiedad, en virtud de mandamiento judicial, por embargos, secuestros o ejecución de sentencias, sobre los bienes anotados, y sólo en cuanto a créditos posteriores.*
- 5. Los refaccionarios no anotados ni inscritos (...).”*

No se hizo una actualización completa y homogénea del régimen de preferencias como hubiera sido deseable, sino que se recortó traumáticamente el vigente en el Código Civil para no interferir con la norma concursal, que pasa a ser Ley especial y prioritaria en caso de concurso.

Esta ruptura de la coherencia normativa tiene su reflejo negativo sobre la seguridad jurídica, en su vertiente de previsibilidad de las consecuencias de la norma. Así, un acreedor sujeto al régimen jurídico de los créditos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil con unos procedimientos y unas consecuencias jurídicas determinadas, puede verse inmerso en el régimen jurídico de los créditos concursales, de consecuencias totalmente diferentes, sin poderlo prever ni evitar.

Pero el legislador era consciente de esta situación hasta tal punto que, a modo de vacuna, la Disposición Final Trigésima Tercera de la Ley Concursal ordenaba remitir a las Cortes, en el plazo de seis meses desde su entrada en vigor, el Proyecto de Ley sobre Concurrencia y Prelación de Créditos⁸.

Este Proyecto de Ley realizaba una completa actualización del régimen jurídico de la concurrencia y prelación de créditos en el Código Civil, adaptándose y completando la propuesta en la Ley Concursal, utilizando su misma nomenclatura (preferencia especial y general) y construyendo una regulación homogénea que hubiera evitado situaciones indeseables como las expuestas en este trabajo.

⁸ Boletín Oficial de la Cortes Generales, 8 de Septiembre de 2006, serie A, nº 98-1

Concretamente el artículo 1.922 ordenaba profusamente los créditos con privilegio especial, y en su apartado 9º reconocía a los créditos anotados en el Registro de la Propiedad en virtud de mandamiento de embargo:

“Artículo 1.922.

Con relación a determinados bienes del deudor, gozan de preferencia especial:

(...) 9.º Los créditos anotados, en virtud de mandamiento de embargo, en el Registro de la Propiedad, de Bienes Muebles u otro registro público o contable previsto en su legislación especial para su oponibilidad a terceros, sobre los bienes anotados y sólo respecto de créditos posteriores a la fecha de la anotación. La anotación de embargo no atribuye preferencia especial alguna frente a los créditos que gocen de preferencia general conforme a los números 1.º a 6.º del artículo 1.924, cualquiera que sea su fecha.”

El último inciso del apartado 9º hacía encajar todo el puzzle con la regulación concursal, al conciliar la preferencia especial con la prioridad de los seis primeros apartados del 1924, que ordenaba los créditos con preferencia general. Además el apartado 7º del 1924 reconocía la preferencia general a los créditos reconocidos en escritura pública o resolución judicial o arbitral firme:

“Artículo 1.924.

Gozan de preferencia general:

(...) 7.º Los créditos que, sin privilegio especial, consten en instrumento público o en sentencia o laudo arbitral firmes.”

Desde un punto de vista sistemático la solución es acorde a la Ley Concursal, porque respeta la naturaleza de las preferencias en el sentido expresado en su Exposición de Motivos, que caracteriza la preferencia especial por la vinculación del crédito con bienes concretos, y la general por la protección que merece su naturaleza, pero que vincula con carácter general a todo el patrimonio del deudor.

El Proyecto de Ley sobre Concurrencia y Prelación de Créditos resolvía así los problemas causados por los defectos en la sistemática legislativa concursal de 2003, y armonizaba las normativa concursal con la extraconcursal y la ejecución individual con la colectiva.

Sin embargo, tras una larga tramitación parlamentaria, el Proyecto de Ley acabó caducando a causa de la disolución de las Cortes el 13 de Febrero de 2.008⁹. La falta de acuerdo de las fuerzas políticas dilató su tramitación y a la postre enterró esta importante reforma no solo del Código Civil, sino también del Código de Comercio, la Ley de Hipoteca Mobiliaria, Ley de Navegación Aérea, Ley de Propiedad Horizontal, Ley General Tributaria, Estatuto de los Trabajadores, Ley

⁹ Esta iniciativa caducó en aplicación del artículo 207 del Reglamento del Congreso de los Diputados, como consecuencia de la disolución de las Cortes Generales (véase "BOCG. Congreso de los Diputados", serie D, núm. 675, de 13 de febrero de 2008).

de Regulación del Mercado Hipotecario, Ley de Venta a Plazos, Ley Hipotecaria y de la propia Ley Concursal.

Casi ocho años después de la entrada en vigor de la Ley 22/2003, el mandato contenido en su Disposición Final Trigésima Tercera sigue incumplido, y el régimen jurídico de la concurrencia y prelación de créditos sin resolver.

4.- Antecedentes jurisprudenciales y fundamentos jurídicos.

Como dijimos en capítulos anteriores, dada la redacción de algunos artículos de la Ley Concursal y en particular de los 82.3, 89.2 y 90.1, hubiera resultado imposible obtener, en sede mercantil, resoluciones favorables a la protección de las preferencias del crédito con embargos anotados en el registro.

En lo que sí existen dos posturas diferenciadas, es sobre si deben mantenerse las anotaciones de embargo anteriores a la declaración del concurso hasta la adjudicación del bien que las soporta, o si pueden o incluso deben cancelarse en las fases iniciales del proceso.

A favor del mantenimiento de las cargas -que compartimos- podemos citar el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 4 de mayo de 2006¹⁰, que declara que deben mantenerse los embargos trabados y suspendida la ejecución, con argumentos tan contundentes como estos:

"(...) es claro que "suspender" una ejecución ya iniciada, con embargos decretados y llevados a cabo, no es compatible con cancelar la traba y dejarla sin efecto, retrotrayendo al ejecutante al momento anterior a la ejecución despachada, algo que ni la LEC ni el mismo Juzgado de lo Mercantil exhortante pretenden.(...)"

(...) De alzarse los embargos, el ejecutante quedaría en peor condición que antes de la suspensión, pues si el auto de declaración del concurso se dejara sin efecto por cualquier razón o el concurso terminara sin pago de las deudas, por ejemplo por inexistencia de bienes y derechos del deudor (art. 176.1.3º LC), quedaría expuesto a una pérdida de prioridad si no se recupera la traba con premura." (AP Barcelona, 156/2006 de 4 de mayo)

No es necesario volver a incidir en nuestro total acuerdo con estos y otros argumentos que giran en torno al respeto a la situación jurídica ganada y la tutela de los procedimientos realizados antes de la declaración del concurso.

Veamos las argumentaciones jurídicas construidas en sede mercantil para motivar las resoluciones favorables a la cancelación de las cargas, inspiradas en principios generales mercantiles y concursales, pero en una interpretación que entendemos errónea, por cuanto pierden de vista los jurídico-constitucionales y la finalidad última de realizar la justicia material, que debería guiar la actividad jurisdiccional.

¹⁰ Auto nº 156/2006 de 04.05.2006, AP Barcelona, Secc. 15ª, Roj: AAP B 8544/2006, Id Cendoj: 08019370152006200225

4.1.- Auto JM-1 Málaga 16.11.2007 (AC 334/2005)¹¹

El Fundamento Jurídico Tercero b) de este Auto dice:

“b) El régimen de las cargas anteriores debe conciliarse en relación al artículo 82.3 de la Ley Concursal que recoge expresamente que: El avalúo de cada uno de los bienes y derechos se realizará con arreglo a su valor de mercado, teniendo en cuenta los derechos (...) así como las garantías reales y las trabas o embargos que garanticen o aseguren deudas no incluidas en la masa pasiva. Es evidente que si no tenemos en cuenta las trabas y embargos que garanticen o aseguren deudas incluidas en la masa pasiva es precisamente porque se someterán al común de la ejecución concursal colectiva derivada de la liquidación.(...)”

En relación a ello, ya hemos visto y criticado la incoherente redacción del artículo 82.3 LC, que explica como se realiza un avalúo para a continuación desvirtuarlo discriminando las cargas no incluidas en el artículo 90.1 como privilegio especial. La interpretación del juzgador es conforme al articulado y además allega recursos. El problema está en que esos recursos debieran tener naturaleza extraconcursal y estar fuera de la masa activa del concurso.

El enfoque correcto hubiera sido entender que el crédito forma parte de la masa pasiva del concurso hasta que se pague, por tener una garantía afecta que, hasta donde alcanza la deuda, ya no pertenece al activo del concursado. Ya vimos que en el derecho civil ningún derecho posterior puede anteponerse al embargo anotado, ni siquiera los derechos reales, y si el inmueble se vendiera la carga permanecería vinculada al crédito. Pero para ello la redacción del artículo 90.1 debería haberlos incluido. Continúa el Auto *“(...) Ello se concilia con lo previsto en el artículo 84 de la Ley Hipotecaria de 1946 en relación al artículo 8 de la LC.(...)”*

También hemos visto que del literal ni del espíritu del artículo 84 de la Ley Hipotecaria cabe deducir que sea el juez del concurso el competente para cancelar la resolución firme que dio origen a la anotación de embargo. No obstante los jueces mercantiles suelen interpretar extensivamente sus propias competencias. Eso si, siempre en beneficio “del concurso”.

4.2.- Auto JM-1 Málaga 16.11.2009 (AC 947/2009)¹²

El Razonamiento Jurídico Cuarto de este auto trata el problema de la competencia para el levantamiento de las cargas en un largo párrafo, de redacción discutible, argumentalmente redundante y cuya finalidad es, una vez más, justificar la interpretación extensiva de sus propias competencias:

¹¹ Del Repertorio de Jurisprudencia Concursal Sistematizada del Bufete Baró-Armengol, versión 9, 23.08.2011, pág. 170.

¹² Del Repertorio de Jurisprudencia Concursal Sistematizada del Bufete Baró-Armengol, versión 9, 23.08.2011, pág. 171.

“CUARTO.- LA COMPETENCIA PARA EL LEVANTAMIENTO DE CARGAS.

Únicamente queda ya por tratar de manera breve la competencia de este titular para como Juez del concurso ordenar el levantamiento de las cargas (...). Así, en función de la “asunción de competencia” sobre los procedimientos ejecutivos que se otorga al juez del concurso como vimos, este se convierte en el órgano que dispone lo oportuno sobre lo ya hecho en los procedimientos ejecutivos que se suspenden, (...) si bien la inscripción registral asegurativa sigue, su “titularidad” pasa al juez del concurso (...) si el crédito le compete ahora a otro órgano decidir sobre su pago, ese órgano decide también sobre las inscripciones registrales gregarias de dicho crédito. Todo lo anterior precisamente es lo que se debe deducir, con más contundencia si cabe si atendemos a lo dispuesto en el art. 84 de la LH.”

Hay tres afirmaciones en este párrafo del auto que apuntan en esa misma dirección de interpretación extensiva de las propias competencias. La primera es la idea de que el juez del concurso es “quien dispone lo oportuno sobre lo ya hecho en los procedimientos ejecutivos que se suspenden”. Creemos que lo ya hecho solo puede revisarse cuando se den los presupuestos para ello y mediante los procedimientos regulados en cada caso, sobre todo si se trata de resoluciones judiciales firmes. Sin embargo, al leer los autos, parece que se pretende sostener que el juez del concurso no solo ostenta las competencias materiales que le otorga el artículo 8 de la Ley Concursal, sino que dentro de ellas y bajo el pretexto del mejor devenir del concurso, puede ejercer las facultades que entienda oportuno, y esto excede las competencias del juez mercantil, porque convertiría al marco jurídico concursal en una zona de exclusión de la seguridad jurídica.

Inmediatamente después, una segunda afirmación asegura que la “titularidad” de la inscripción registral pasa al juez del concurso. No podemos estar de acuerdo con la redacción de la frase, porque la titularidad implica que uno es el propietario del título, y en el caso de la anotación de embargo el titular de la misma es el demandante a favor del cual se anotó el embargo, no el juez.

El error gramatical no tendría mayor importancia si no fuera porque viene a constatar ese lenguaje de autoreconocimiento, que una tercera frase viene a corroborar al afirmar que “si el crédito le compete ahora a otro órgano decidir sobre su pago, ese órgano decide también sobre las inscripciones registrales gregarias de dicho crédito”.

Hay que insistir en que, aunque le competa al juez del concurso decidir sobre las ejecuciones pendientes, eso no implica que pueda hacer lo que guste con las inscripciones registrales. De hecho la hipoteca no deja de ser una inscripción registral “gregaria” (no nos gusta el término) del crédito y el juez tampoco puede cancelarla arbitrariamente. La realidad es que la competencia para cancelar determinadas anotaciones las tiene el juez del concurso por facultad de la Ley, ex artículos 46 y 97.2 de la vigente Ley Concursal, y también 55.3 y 149.2.3 (a partir del 1 de enero de 2012).

4.3.- Auto JM-1 Málaga 08.06.2010 (AC 1426/2010)¹³

El Fundamento Jurídico Quinto del Auto dice:

“En cuanto al levantamiento de cargas (...), como ya ha tenido este juzgador de exponer en el Auto de fecha 16/11/2009, (...) salvo las superprotegidas relativas a créditos con privilegio especial, una vez declarado el concurso pierden toda su virtualidad, (...), todo el resto de cargas que no estén anejas a los referidos créditos dejan de tener ningún tipo de preferencia o privilegio para el cobro del crédito sobre el precio de venta de dicho bien, (...).”

No podemos estar de acuerdo con este punto de vista, que gravita sobre todo el auto e interpreta que las cargas no recogidas en el artículo 90.1 pierden toda su virtualidad una vez declarado el concurso. Con ello se justifica su cancelación, y como veremos más adelante llega a decirse que es como si no existieran. ¿Y que pasaría si en el concurso prosperara una acción de reintegración de tal importancia relativa que hiciera sobreseer el procedimiento? Ya no habría concurso y las cargas tendrían todo su derecho a desplegar sus efectos jurídicos. Continúa el auto:

“En definitiva, nos podemos encontrar con cargas provenientes de: (...) Bienes que estén gravados con créditos privilegiados generales, ordinarios o subordinados:(...) estén inscritos los gravámenes antes de la declaración del concurso o después, al declararse el concurso y paralizarse toda ejecución, es absolutamente indiferente desde ese momento, tener o no el citado gravamen, ya que deja de tener todo efecto por virtud del principio de la par conditio creditorum. Es decir, si hay un embargo de este tipo de créditos, (...), se suspende (...), y se ventila dentro del concurso el crédito que se está ejecutando (...) repito, es absolutamente indiferente tener o no el embargo, pues que el principio de trato igualitario incide también en el ámbito de las garantías con reflejo registral (...).”

Una vez más se incide en los mismos argumentos, con similar lenguaje que si no puede calificarse de prepotente lo parece, y se asegura que es absolutamente indiferente tener o no el citado gravamen, que deja de tener todo efecto por virtud de la *par conditio creditorum*. Y más adelante se repite para asegurar que es *“absolutamente indiferente tener o no el embargo pues el principio de trato igualitario incide también en el ámbito de las garantías con reflejo registral”*.

Ya hemos dicho que no compartimos esta tesis y porqué, pero no está de más señalar ese lenguaje que se nos antoja poco respetuoso en general con los efectos jurídicos del procedimiento ejecutivo ahora suspendido, y en particular con quién ha tenido el infortunio de promoverlo confiando en la justicia.

¹³ Del Repertorio de Jurisprudencia Concursal Sistematizada del Bufete Baró-Armengol, versión 9, 23.08.2011, pág. 171.

4.4.- Auto JM nº 1 de Alicante de 14.12.2009 (AC 428/2008)¹⁴

El Fundamento Jurídico Tercero del Auto dice:

“(...) existe un argumento adicional (...) y es que la cancelación deviene necesaria para que la concursada cumpla los contratos de compraventa ya perfeccionados antes de la declaración de concurso y pendientes de cumplimiento; (...). Por tanto, con ello no se está sino posibilitando el cumplimiento de unos deberes contractuales y además resulta beneficioso para el interés del concurso en tanto implica el cobro de sumas pendientes.”

Sorprende de nuevo un argumento descaradamente finalista. Que la cancelación beneficie a otros, no puede ser argumento para cancelar los efectos jurídicos de una resolución firme y anotada en un registro público, sino que es necesario que esté previsto en la Ley. De hecho lo está, y por eso sobra y sorprende el argumento.

4.5.- Fundamentos jurídicos comunes.

La realidad es que los jueces mercantiles, ante una redacción más que deficiente de determinados pasajes de la Ley Concursal, suelen recurrir a principios informadores del derecho concursal, como la *par conditio creditorum*, la satisfacción de los acreedores o la continuidad de la actividad, y sobre ellos construyen sus fundamentos jurídicos, que en unas ocasiones resultan forzados y en otras directamente opuestos a la letra de la propia Ley.

El Auto del Juzgado Mercantil nº 1 de Alicante, de 14 de diciembre de 2009, ya visto, contiene en su Fundamento Jurídico Primero un buen resumen de los argumentos empleados por los jueces mercantiles en sus resoluciones:

“La cuestión relativa al levantamiento de las cargas sobre bienes de la concursada no está resuelta de forma expresa en la LC ni en las leyes procesales, a pesar de la frecuencia e importancia que tal cuestión tiene en la práctica forense. Para ello conviene tener en cuenta las siguientes consideraciones:

1) El art. 55 LC acuerda la suspensión de las ejecuciones pendientes.”

Y nosotros decimos: sí, pero suspensión significa paralización temporal de las ejecuciones, y no la cancelación de las cargas registrales anteriores.

“2) El art. 8 LC atribuye la competencia exclusiva de la ejecución contra bienes del concursado al Juez del Concurso, cualquiera que sea el órgano que la hubiere ordenado.”

Sí, pero la competencia en la ejecución posterior no implica la cancelación de las cargas anteriores. Ni siquiera el juez que ordenó el embargo podría cancelarlas, si no se dan los requisitos del artículo 79 de la Ley Hipotecaria que hemos visto.

¹⁴ Del Repertorio de Jurisprudencia Concursal Sistematizada del Bufete Baró-Armengol, versión 9, 23.08.2011, pág. 175.

"3) El art. 82.3 LC señala que el avalúo de los bienes en inventario se realizará teniendo en cuenta, entre otros, las trabas o embargos que aseguren deudas no incluidas en la masa pasiva."

Ya hemos criticado la redacción finalista y torticera del artículo, que a pesar de todo no sería un inconveniente si las cargas firmes anteriores al concurso se consideraran extraconcursoales.

"4) El pago de los créditos concursales se verifica según el orden y clasificación contenidos en art. 89 y ss. LC (art. 155 y ss. LC)"

Que es lo mismo que no decir nada en relación a la cancelación de las cargas. En realidad si el artículo 90.1 reconociera los embargos anotados anteriores a la declaración del concurso, no habría que tocar ni una coma de estos artículos, porque seguirían diciendo lo mismo.

"5) El art. 84 LH indica que es competente para ordenar la cancelación de una anotación preventiva el Juez o Tribunal que le haya mandado hacer o aquél a quien haya correspondido legalmente el conocimiento del negocio que dio lugar a ella."

Y ya hemos explicado que el juez mercantil no es quien ordenó la anotación ni adquiere el conocimiento del negocio jurídico que dio origen a la misma, ya que se trata de un litigio ya resuelto por resolución firme.

Otro argumento que suele utilizarse con profusión es que la anotación de embargo no genera nuevos derechos ni modifica la prioridad del crédito que la ha generado. En nuestro derecho las anotaciones registrales tienen carácter declarativo, no constitutivo, salvo excepciones como la hipoteca, cuya inscripción es constitutiva por expreso mandato de la Ley Hipotecaria.

La inscripción del resto de derechos reales, como la prenda o la anticresis, no genera derechos ni modifica la prioridad del crédito, solo les da publicidad frente a terceros, y sin embargo tienen el mismo reconocimiento en el art. 90.1 que la hipoteca. Y es que la publicidad es absolutamente necesaria cuando se trata de oponer a un tercero un derecho, que aunque constituido legalmente en base a una sentencia o un contrato, quedaría sustraído al conocimiento del resto de participantes en el tráfico de no inscribirse.

Además es falso que la anotación no genere derechos ni prioridades al crédito, porque el art. 1922.4 del Código Civil reconoce preferencia especial a los créditos anotados en virtud de mandamiento de embargo inscrito en un registro público con los requisitos para su oponibilidad a terceros, sobre los bienes anotados y respecto de créditos posteriores, lo que sin duda les genera un derecho: la prioridad de cobro al liquidar el bien, frente a créditos posteriores. Será accesorio, como todos los derechos de garantía, y temporal si se quiere, pero no deja de ser un derecho generado por la inscripción, en virtud como hemos visto del artículo 44 de la Ley Hipotecaria.

Conclusiones

Este trabajo se ha desarrollado teniendo como primera referencia las normas fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico, los principios constitucionales. Partiendo de ellos y siguiendo el hilo conductor de la jerarquía normativa, que también garantiza la Constitución, nos hemos planteado los niveles de coherencia normativa y justicia material de la regulación de la anotación preventiva de embargo en el ámbito de los privilegios del crédito concursal.

Cinco cuestiones fijan el planteamiento de este trabajo, y centran un espacio para la discusión sobre la necesidad de reformar los artículos 90 y 91 de la Ley Concursal:

- Los acreedores deben acudir al concurso en igualdad de condiciones, pero sus créditos deberían mantener la preferencia legal que les corresponda en función de su naturaleza y régimen jurídico. Para ello el régimen de preferencias o privilegios del crédito, debería estar armonizado en toda la legislación civil, mercantil y concursal, por coherencia normativa y para no crear situaciones de inseguridad jurídica o injusticia material a los acreedores ni al tráfico mercantil.
- Además de un principio constitucional, la seguridad jurídica es uno de los pilares del sistema económico. Suele decirse que “el dinero es miedoso”, y es cierto. Si el sistema jurídico de garantías se vuelve inseguro e imprevisible, la inversión huirá hacia terrenos más seguros, llevándose riqueza y empleo.
- La Ley Concursal debería reconocer privilegio general a los créditos que constaran en instrumento público, resolución judicial o laudo arbitral firme, en consideración a su naturaleza especialmente cualificada en relación a los créditos privados.
- Así mismo debería reconocerse a las anotaciones preventivas practicadas en los Registros Públicos en virtud de mandamiento judicial de embargo, privilegio especial en el artículo 90.1 de la Ley Concursal, junto a los derechos reales de garantía, en atención a la afección real del crédito sobre bienes concretos.
- El reconocimiento de estas dos situaciones jurídicas fue recogido por el legislador del Proyecto de Ley sobre Concurrencia y Prelación de Créditos, cuya tramitación parlamentaria ordenaba la Disposición Final Trigésima Tercera de la Ley 22/2003, de 9 de julio; mandato que a día de hoy permanece incumplido, y al que debería darse cumplimiento sin más demora.

BIBLIOGRAFIA

ARELLANO GÓMEZ, Fco. Javier.: "Consideraciones de derecho civil acerca de la relación existente, en sistemas jurídicos continentales, entre la regla "par conditio creditorum" y los privilegios crediticios" en *Derecho y conocimiento*, vol. 1, págs. 275-298, Facultad de Derecho, Universidad de Huelva, 2001.

ARIAS VARONA, Fco. Javier.: "Administradores concursales y bienes o derechos de titularidad discutible" en *Revista Informativa del REFOR* núm. 21, marzo 2007, págs. 11-14.

BELLIDO ASPAS, M.: Conclusiones del Seminario: "Repercusión de los Juzgados de lo Mercantil y de las reformas normativas operadas por la nueva Ley Concursal", Publicación del CGPJ, 2004.

BLANES PÉREZ, Perfecto.: "La ejecución ordinaria en la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil", Artículo en http://www.procuradores-alicante.com/la_ejecucion.htm

BLANQUER UBEROS, Roberto.: "Comentarios al Proyecto de Ley sobre Concurrencia y Prelación de Créditos", en *Revista El Notario del Siglo XXI*, nº 11, 12.02.2007, en <http://www.elnotario.com>

BLASCO GASCÓ, Fco. de P.: "El pago de los acreedores concursales", Aranzadi 2ª ed., 2010, págs. 280 y ss.

CASTILLO BLANCO, F. A.: "El principio de seguridad jurídica y sus manifestaciones", Instituto Nacional de Administración Pública, *Revista Documentación Administrativa*, nº 263-264, pág. 21 y ss.

CUENA CASAS, Matilde.: "Algunas deficiencias de la Ley Concursal ante la insolvencia de la persona física", en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 7, nov 2009, págs. 91-111.

ESCOLÁ I BESORA, Mª Elisa.: "Problemas de la vis atractiva del proceso concursal y posibles soluciones" Artículo, agosto 2009, en <http://www.jausaslegal.com>

ESPINOSA DE RUEDA JOVER, Mariano.: "Naturaleza jurídica de la anotación preventiva de embargo; eficacia frente a actos dispositivos posteriores", *Revista Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, nº 11, 1991.

FONO PUEYO, Juan M.: "Implicaciones laborales derivadas de la reducción de privilegios en el sistema concursal europeo, especial referencia al caso español" Artículo, nov 2004, en <http://www.noticias.juridicas.com>

GARCIA CRUCES, J. A.: "Las Garantías reales en el Concurso: marco general", en *III Seminario de Derecho Concursal*, Universidad de Zaragoza, 30 de mayo de 2008.

GARCIA CRUCES, J. A.: *Presupuestos y finalidad de la acción de reintegración en el concurso de acreedores*, en "La reintegración en el Concurso de acreedores", ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009.

GARCÍA-VILLARRUBIA BERNABÉ, M.: "La competencia objetiva de los juzgados de lo mercantil" en *Homenaje al profesor D. Rodrigo Uría González en el centenario de su nacimiento*, *Revista de Actualidad Jurídica* número extraordinario 2006, págs. 47-64

GOLDENBERG SERRANO, J. L.: "Consideraciones críticas respecto al denominado principio de la par conditio creditorum", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 37, núm. 1, 2010, págs. 73-98. Pontificia Universidad Católica de Chile.

GOMEZ MARTÍN, Fernando.: "La transmisión de la empresa en sede concursal", en *I Congreso Español de Derecho de la Insolvencia*, Gijón, 16, 17 y 18 de abril de 2009.

GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, Juan J.: "Una aproximación a los principios de seguridad jurídica, buena fe y protección de la confianza legítima en el derecho administrativo", Artículo, abril 2005, en <http://www.noticias.juridicas.com>

HERNANDO MENDIVIL, Javier.: "La zozobra del principio de la par conditio creditorum", Artículo, 8 de mayo de 2008, en <http://www.legaltoday.com>

LAZO GONZÁLEZ, Patricio.: "El contexto dogmático de la par conditio creditorum en el derecho romano" *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte (Santiago, Chile), Año 17 - Nº 2, 2010 págs. 79-97.

LEGUINA VILLA, J.: "Principios Generales del Derecho y Constitución", *Revista de Administración Pública* nº 114, pág. 34.

LÓPEZ DÍAZ, A.: "Sobre la necesidad de pronunciamiento del juez del concurso para la prosecución de los apremios preferentes", *Revista Quincena Fiscal* nº 13, julio de 2010.

MENÉNDEZ ESTÉBANEZ, Fco Javier.: "Primeras notas sobre la competencia de los nuevos juzgados de lo mercantil." *Revista Xurídica Galega*, nº 43, 2004, págs. 41-74.

PULGAR EZQUERRA, Juana.: "El concurso de acreedores. La declaración", *La Ley* 2ª ed. dic 2009, págs. 160-165

RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, Edmundo.: "Los créditos contra la masa en el proyecto de reforma de la ley concursal" en *IV Foro de encuentro de Magistrados y profesores de Derecho Mercantil*, Bilbao, 8 de julio de 2011, en <http://www.ivforojuecesprofesoresmercantil.com>

SALA SANJUÁN, Abel Joan.: "Ejecuciones y apremios en la ley concursal" Artículo, Febr 2009, en <http://www.noticias.juridicas.com>